



UNIVERSIDAD
AUSTRAL

Repositorio Institucional

LOS PRINCIPIOS JURÍDICOS COMO FUENTE DEL DERECHO CONCURSAL

Teoría general y análisis particular de los cinco principios que vertebran e iluminan el sistema falimentario

Mármol, Pablo Ernesto

Facultad de Derecho
Tesis Doctoral

PABLO ERNESTO MÁRMOL

**LOS PRINCIPIOS JURÍDICOS
COMO FUENTE DEL DERECHO CONCURSAL**

**Teoría general y análisis particular de los cinco principios
que vertebran e iluminan el sistema falimentario**

Tesis doctoral presentada en la Facultad de Derecho de la
Universidad Austral para optar al título de Doctor en Derecho

Director de tesis: Prof. Dr. Ariel A. Dasso



UNIVERSIDAD
AUSTRAL

FACULTAD DE DERECHO

Buenos Aires, 2011

ÍNDICE GENERAL

AGRADECIMIENTOS	19
ABSTRACT	21
ABREVIATURAS	23
INTRODUCCIÓN	29

PRIMERA PARTE

CONCEPTO, CLASIFICACIÓN, NATURALEZA Y FUENTES DE LOS PRINCIPIOS JURÍDICOS Y SU APLICACIÓN AL DERECHO CONCURSAL

CAPÍTULO I

IMPORTANCIA, CLASIFICACIÓN Y FUNCIÓN DE LOS PRINCIPIOS PARA EL DERECHO

§ 1. Preliminar	37
§ 2. Parte general. El método científico	38
2.a) La ciencia del Derecho. <i>Intelectus et ratio</i>	38
2.b) La dialéctica como método de planteamiento de la problemática de los principios	44
2.c) La experiencia jurídica. La importancia de la filosofía del derecho y de la valoración jurídica	47
§ 3. Consideraciones generales sobre los principios	50
3.a) Codificación y <i>common law</i>	50
3.b) Criterios de valoración y distinción entre normas y principios...	54
3.c) Principios y máximas jurídicas	59
3.d) Caracterización normativa de los principios	62

4	PABLO ERNESTO MÁRMOL	
	3.e) La discusión acerca de la “jerarquización” de los principios	65
§ 4.	Ventaja de los principios. Clasificación por su función	67
	4.a) Clasificación de Norberto Bobbio	69
	4.b) Clasificación de Ricardo Guastini	70
	4.c) Clasificación de Luis Pietro Sanchis	72
	4.c.1) Principios explícitos	72
	4.c.2) Principios implícitos	73
	4.c.3) Principios extrasistemáticos	73
	4.d) La posición de Josef Esser	74
§ 5.	Clasificación de los principios concursales	75
§ 6.	La utilización de los principios para la solución de problemas jurídicos. La tarea del intérprete	76
§ 7.	Algunas reflexiones en torno a las posiciones que pretenden clasificar a los principios	80

CAPÍTULO II

NATURALEZA DE LOS PRINCIPIOS,

SU UTILIZACIÓN EN LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

Y APLICACIÓN AL DERECHO INFRACONSTITUCIONAL

§ 1.	Antecedentes histórico-doctrinarios de los principios	83
§ 2.	Los principios desde el punto de vista constitucional	85
§ 3.	Nociones previas sobre los principios generales del derecho	90
§ 4.	Naturaleza jurídica de los principios generales del derecho	93
§ 5.	Interpretación e integración del derecho	97
§ 6.	En busca de un concepto de principio	100
§ 7.	Significación de los principios jurídicos	103
§ 8.	Existencia de principios jurídicos fuertes y débiles	105
§ 9.	La referencia a los principios generales del derecho en el título preliminar del Código Civil	108
§ 10.	¿Es posible y útil la codificación o enumeración de los principios?	110
§ 11.	El peso de los principios	113
§ 12.	Colisión entre principios. Propuestas de solución	115
§ 13.	Diferenciación entre normas y principios jurídicos	119
§ 14.	La solución de conflictos entre principios y reglas	122
§ 15.	Criterios de aproximación entre principios y normas	125
§ 16.	La tópic y los principios generales del derecho en la solución de problemas jurídicos	129

LOS PRINCIPIOS JURÍDICOS COMO FUENTE DEL DERECHO CONCURSAL	5
§ 18. Interrelación entre normas, principios y valores	133
§ 19. Importancia y función de los principios en la teoría de la interpretación	139

CAPÍTULO III

**LAS FUENTES Y LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO:
SU UTILIDAD PARA EL DERECHO CONCURSAL**

§ 1. Las fuentes del derecho	143
§ 2. Tendencias y actualidad sobre la problemática de las fuentes en el título preliminar del Código Civil	147
§ 3. Las fuentes del derecho y el problema de su obligatoriedad	150
3.a) La ley	151
3.b) La costumbre	157
3.c) La jurisprudencia	161
3.d) La doctrina	166
3.e) La analogía	169
3.f) Los principios generales	172
§ 4. La importancia de las fuentes en el derecho privado	175
§ 5. Importancia del derecho comparado como fuente del derecho concursal	178
§ 6. Integración e interpretación normativa	187
§ 7. Laguna legal y labor judicial	189
§ 8. ¿Puede el juez resolver un caso de laguna sin modificar el derecho?	192
§ 9. El problema de las lagunas y las soluciones en la quiebra	194
§ 10. Prioridad del derecho concursal (<i>lex specialis</i>)	200
§ 11. Colisión entre normas fundamentales	205
§ 12. Jurisprudencia y principios	206
§ 13. Papel de la jurisprudencia de principios en materia concursal	208

SEGUNDA PARTE
LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO CONCURSAL:
ESTUDIO HISTÓRICO Y DE DERECHO COMPARADO

CAPÍTULO IV
ORIGEN Y EVOLUCIÓN DE LOS PRINCIPIOS
EN EL DERECHO CONCURSAL COMPARADO

§ 1.	Antecedentes y desarrollo de los principios. Del interés por la persona al interés por los bienes	213
§ 2.	Derecho romano	216
§ 3.	Edad Media y Moderna. <i>Decoetus semper culposus praesumitur, donec contrarium probetur</i>	222
	3.a) Italia	228
	3.b) Francia	235
	3.c) Alemania	240
	3.d) Inglaterra	241
	3.e) España	243
§ 4.	Los principios en el derecho concursal comparado actual	247
	4.a) Italia	247
	4.b) Francia	252
	4.c) Alemania	256
	4.d) Bélgica	262
	4.e) Inglaterra	267
	4.f) España	269
	4.g) Estados Unidos	272
	4.h) Brasil	277
	4.i) Las recientes reformas en los países de América Latina	280
§ 5.	Presente de los principios en el derecho concursal comparado	288

CAPÍTULO V
LOS PRINCIPIOS EN LA LEGISLACIÓN CONCURSAL ARGENTINA

§ 1.	Sinopsis de la evolución de los principios en el derecho patrio	293
§ 2.	Legislación hispánica	294
	2.a) Las Partidas	294
	2.b) Las Ordenanzas de Bilbao	296

	LOS PRINCIPIOS JURÍDICOS COMO FUENTE DEL DERECHO CONCURSAL	7
§ 3.	Legislación patria	300
3.a)	Código de Comercio de 1862	300
3.b)	Código de Comercio de 1889	304
3.c)	Ley 4156	307
3.d)	Ley 11.719	311
3.e)	Leyes 18.832 y 19.980. El estado interventor-benefactor	313
3.f)	Ley 19.551 y su reforma ley 22.917	318
3.g)	Ley 24.522	323
3.h)	Ley 25.563. La reforma en la emergencia	328
3.i)	Ley 25.589. La contrarreforma a la ley concursal. de la coherencia perdida a la razonabilidad	332
3.j)	Ley 26.086. La impronta laboral y su implicancia en la legislación falimentaria. El cambio de rumbo	335
3.k)	Ley 26.684. La solución por conducto de la cooperativa de trabajadores: ¿mero subterfugio o la verdadera respuesta del legislador a la crisis empresarial?	339
§ 4.	Algunas consideraciones sobre la evolución de los principios en el derecho argentino	342

TERCERA PARTE

**LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO CONCURSAL:
DE LA UNIVERSALIDAD AL PRINCIPIO DE CONSERVACIÓN DE LA EMPRESA**

CAPÍTULO VI

REAFIRMACIÓN DEL PRINCIPIO DE UNIVERSALIDAD CONCURSAL

§ 1.	Fisonomía	347
§ 2.	Concepto	355
§ 3.	Naturaleza jurídica	357
§ 4.	Teorías	359
4.a)	Teoría procesalista	359
4.b)	Teoría de la ejecución colectiva	362
4.c)	Teoría negatoria de la quiebra como ejecución colectiva	364
4.d)	Teoría amplia	367
§ 5.	Elementos que integran la voz “universalidad”	369
5.a)	Elemento subjetivo	370
5.a.1)	El deudor. El patrimonio como prenda común de los acreedores	370

5.a.2)	Otros sujetos admitidos: la <i>holding</i> y los garantes	372
5.a.3)	Los pequeños concursos. La reforma que no fue	374
5.a.4)	Inidoneidad de la ley 24.522 para tratar el concurso del consumidor	377
5.a.5)	Deudores impedidos de recurrir al proceso falencial <i>motu proprio</i>	390
5.a.6)	El caso de los socios con responsabilidad ilimitada	393
5.a.7)	La sociedad en liquidación y la conservación de la empresa	396
5.a.8)	La empresa como sujeto pasivo de bancarrota	401
5.a.9)	¿El sujeto debe estar en actividad para poder acceder a la solución preventiva y al salvataje (art. 48, LCQ)? ...	406
5.a.10)	¿Quién decide el tipo de procedimiento: preventivo o liquidativo?	411
5.a.11)	¿Existe un recaudo mínimo de cumplimiento para la procedencia de la presentación concursal?	414
5.b)	Elemento objetivo	419
5.b.1)	De la cesación de pagos a la crisis empresarial	419
5.b.2)	La presentación en concurso: ¿debe ser oportuna?	425
5.b.3)	El patrimonio. Garantía de satisfacción para los acreedores.....	431
5.b.4)	Oportunidad en que debe efectuarse la determinación del activo	435
5.b.5)	Actos ineficaces respecto de los acreedores	437
§ 6.	Algunas derivaciones del principio de universalidad concursal	439
6.a)	Universalidad y concurso preventivo	439
6.b)	Universalidad y acuerdo preventivo extrajudicial	441
6.c)	Universalidad y quiebra	445
§ 7.	¿Pueden existir excepciones al principio de universalidad?	447
§ 8.	Los acreedores. Globalización del proceso concursal	449

CAPÍTULO VII

LOS SUBPRINCIPIOS DEL PRINCIPIO DE UNIVERSALIDAD CONCURSAL

§ 1.	Principio de colectividad	453
1.a)	Sujetos que integran la “colectividad” en el concurso preventivo	457
1.b)	Quid de los acreedores posteriores a la presentación concursal..	462
1.c)	La situación de los acreedores con garantías reales	469

LOS PRINCIPIOS JURÍDICOS COMO FUENTE DEL DERECHO CONCURSAL	9
1.d) Sujetos que integran la “colectividad” en la quiebra	472
§ 2. Principio de concursalidad	482
§ 3. Principio de concurrencia	485
§ 4. Principio de unidad	487
4.a) Críticas a la unicidad del sistema concursal	491
4.b) Elementos que integran la unicidad del proceso concursal	493
4.b.1) Jurisdicción	493
4.b.2) Competencia	497
4.b.3) Legislación aplicable	508
§ 5. Algunas consideraciones en torno a los subprincipios concursales	511

CAPÍTULO VIII

ESTOCADA A LA IGUALDAD:

LA PAR CONDICIO CREDITORUM Y LOS PRIVILEGIOS CONCURSALES

§ 1. Proemio	513
§ 2. Orígenes del adagio	515
§ 3. La igualdad en el derecho concursal comparado	518
§ 4. La igualdad desde el punto de vista constitucional	526
§ 5. Momento en que se exterioriza	529
§ 6. Justicia e igualdad. Quid de los privilegios concursales	532
§ 7. La par condicio creditorum en la praxis	538
7.a) Situación de los acreedores por causa o título anterior a la presentación concursal	538
7.b) Posición del cocontratante <i>in bonis</i>	540
7.c) Deudas en moneda extranjera	541
7.d) Los intereses y el CER (Coeficiente de Estabilización de Referencia)	543
7.e) Desistimiento voluntario	546
7.f) Clasificación y agrupamiento	547
7.g) Propuesta concordataria	550
7.h) Categorización, propuesta y continuación de la empresa	553
7.i) Supuestos especiales (art. 48, LCQ).....	554
7.j) La participación de la cooperativa en el salvataje. La cuestionable intervención de los trabajadores y la dilución del crédito laboral (art. 48 bis, ley 26.684)	555
7.k) <i>Cramdown power</i> (art. 52, LCQ)	560
7.l) Acuerdo preventivo extrajudicial	564
7.ll) La paridad post-homologación	565

10	PABLO ERNESTO MÁRMOL	
	7.m) Quiebra. Hipótesis que alteran la igualdad	566
§ 8.	¿Es razonable apartarse del régimen de privilegios?	567
§ 9.	¿Queda algo de la <i>par condicio creditorum</i> ?	571
§ 10.	Mutación de la igualdad. Principio de las mayorías	572
§ 11.	Reflexiones en torno a la paridad de acreedores en el sistema concursal	575

CAPÍTULO IX

SUSPENSIÓN DE EJECUCIONES, ACCIONES E INTERESES:

SU VALOR COMO PRINCIPIO

Y LA DESMITIFICACIÓN DEL FUERO DE ATRACCIÓN CONCURSAL

§ 1.	Prefacio	579
§ 2.	La suspensión en el derecho concursal comparado	583
§ 3.	Las normas de la UNCITRAL	588
§ 4.	Suspensión. Concepto	591
§ 5.	La suspensión de pagos	594
	5.a) Diferencia entre cesación de pagos y suspensión de desembolsos	594
	5.b) Controversia acerca de la perjudicialidad del acto como condición para la declaración de ineficacia en violación a la prohibición legal de realizar pagos	597
§ 6.	Suspensión de acciones y ejecuciones frente al concurso del deudor ...	599
§ 7.	Las suspensiones en el acuerdo preventivo extrajudicial (APE)	602
§ 8.	Postergación de acciones de contenido patrimonial en la quiebra. La persistencia de la atracción de ejecuciones de garantía real y el principio de unidad patrimonial	608
§ 9.	¿La presentación en concurso preventivo obliga a suspender los pedidos de quiebra pendientes?	612
§ 10.	Suspensión de medidas cautelares	614
§ 11.	La suspensión en caso de prestación de servicios públicos	618
	11.a) Servicios públicos prestados al deudor	618
	11.b) Servicios públicos concesionados al concursado. ¿Quién debe decidir la continuidad de la concesión?	619
§ 12.	Cesación del convenio colectivo de trabajo. Una reforma inconveniente para lograr la recuperación de la hacienda (ley 26.684) .	622
§ 13.	Algunas suspensiones en particular	629
	13.a) Suspensión de intereses	629

LOS PRINCIPIOS JURÍDICOS COMO FUENTE DEL DERECHO CONCURSAL	11
13.b) Actualización de créditos. indexación, C.E.R. y C.V.S. ¿interrupción o prosecución?	633
13.c) La suspensión de los intereses y de la ejecución en el caso de acreedores con garantía real. El <i>prius</i> de la conservación de la empresa	639
13.d) Los intereses en los créditos laborales. El plenario “Club Excursionistas” y la reforma introducida por la ley 26.684	647
13.e) La cuestión de la morigeración de las tasas de interés y el orden público concursal	653
13.f) Ejercicio del derecho de retención. ¿Se suspende en caso de concurso?	659
13.g) La suspensión de las acciones de contenido patrimonial: ¿comprende a las acciones de nulidad, pauliana o de simulación?	663
§ 14. Suspensión o atracción. <i>¿That is the question?</i>	667
§ 15. El principio de universalidad y la suspensión vs. la atracción concursal	668

CAPÍTULO X

EL PRINCIPIO DEL INTERÉS PÚBLICO

Y EL ORDEN PÚBLICO CONCURSAL

§ 1. Preámbulo	669
§ 2. Concepto de orden público	671
§ 3. Algunos principios vinculados con el orden público concursal	673
3.a) Principio inquisitivo. Regreso con gloria	673
3.b) Principio publicístico	677
§ 4. Orden público o interés público. Sutiles y grandes diferencias	680
§ 5. Interés de los acreedores	685
§ 6. Interés del concurso	688
§ 7. Interés del deudor	691
§ 8. Interés de los socios	692
§ 9. Interés del Estado: ¿mero espectador o artífice?	695
§ 10. Interés en la continuidad de la empresa	702
§ 11. Interés del mercado	705
§ 12. Algunos principios vinculados con el interés público	706
12.a) Principio de buena fe	707
12.b) Principio de información	711
12.c) Principio de supremacía constitucional	717
§ 13. Algunas medidas de protección de los diversos intereses	721

12	PABLO ERNESTO MÁRMOL	
§ 14.	Disposiciones concursales. ¿Cuáles son de orden público?	724
§ 15.	Crítica a la posición que considera de orden público a todas las resoluciones judiciales en el proceso concursal	729
§ 16.	El carácter de orden público e interés general en la jurisprudencia nacional	733
§ 17.	Conflictos que se presentan entre el orden público concursal y otras normas de orden público	734
	17.a) Ley de concursos y leyes laborales. Aportes para una controversia	735
	17.b) Ley de concursos y leyes de emergencia	740
	17.c) Las leyes sobre locaciones, arrendamientos rurales y entidades deportivas y sus relaciones con la quiebra	741
	17.d) Ley de quiebras y defensa de la competencia (ley 25.156).....	744
§ 18.	Interpretación e interés general de la ley de bancarrotas	747

CAPÍTULO XI

LA CONSERVACIÓN DE LA EMPRESA COMO PRINCIPIO CONCURSAL:

DERECHO COMPARADO Y ELEMENTOS DEL PRINCIPIO

EN LA LEGISLACIÓN FALIMENTARIA ARGENTINA

§ 1.	Preliminar	751
§ 2.	El concepto de empresa. Dificultades para su precisión	753
§ 3.	Similitudes y diferencias con otras figuras	757
§ 4.	La empresa como objeto transaccional	760
§ 5.	Del interés por el deudor al interés por la empresa	764
§ 6.	La crisis como presupuesto objetivo de protección de la empresa	766
§ 7.	Perfil funcional. La actividad de la empresa como recaudo para una adecuada salvaguardia	770
§ 8.	¿Protección de la empresa o del patrimonio?	777
§ 9.	Conceptualización del principio de conservación de la empresa	779
§ 10.	La conservación de la empresa en el derecho comparado	781
§ 11.	Elementos que exteriorizan el principio de conservación de la empresa en la ley concursal argentina	787
§ 12.	Continuación de la explotación	791
	12.a.) Continuación en el concurso. Actos sujetos a autorización: ¿cuando y cómo debe autorizarse?	792
	12.b) Continuación de contratos en curso de ejecución. ¿Cuáles deben continuarse? ¿Beneficio para el deudor o para los terceros?	795

LOS PRINCIPIOS JURÍDICOS COMO FUENTE DEL DERECHO CONCURSAL	13
12.c) Continuación de los contratos individuales de trabajo	798
12.d) Reestructuración de la cartera laboral en el concurso	801
12.e) La continuación de la empresa en el concurso y el salvataje	804
12.f) Continuación en la quiebra	808
12.g) ¿Qué empresas deben continuar?	814
12.g.1) Empresa socialmente útil	816
12.g.2) Empresa económicamente viable	818
12.h) ¿El deudor puede oponerse a la continuación de la explotación?	821
12.i) Presentación del plan de empresa como recaudo de continuación	822
12.j) La continuación por la cooperativa de trabajo	825
12.k) La recuperación de la empresa por medio de la cooperativa de trabajo (ley 26.684)	828
§ 13. La conservación en el sistema falimentario	831
13.a) Introducción general	831
13.b) Conservación de bienes	835
13.c) Conservación e integridad patrimonial	837
13.d) El convenio y la conclusión de la quiebra como principio de conservación de la empresa	840
13.e) La problemática de la integridad frente a la insuficiencia patrimonial	843
13.f) La extensión de responsabilidad como principio de la integridad patrimonial	844
§ 14. Otras formas de conservación en la ley concursal: conservación del crédito	847
14.a) Exposición general	847
14.b) Discusión acerca de la operatividad de la cosa juzgada para el crédito verificado en el concurso preventivo frente a la quiebra directa posterior y su conservación	850
14.c) La ley 21.488 y el ajuste de créditos	854
§ 15. Conservación del privilegio	856
§ 16. La conversión de los créditos como forma de reorganización y continuidad de la explotación	857
§ 17. La participación de los bancos y del Estado en la conversión de créditos y la necesidad de implementar instrumentos de reorganización	859

CAPÍTULO XII

LA CONSERVACIÓN DE LA EMPRESA

COMO PRINCIPIO RECTOR DE LA LEGISLACIÓN CONCURSAL

§ 1.	Conservación vs. continuidad. <i>¿Quo usque tandem?</i>	863
§ 2.	¿Conservación de la empresa o del procedimiento?	866
§ 3.	Prevención y conservación	868
§ 4.	El saneamiento y el salvataje de la empresa. El fin de la conservación .	869
§ 5.	Conservación provisoria o definitiva del negocio	873
§ 6.	Breve esquicio sobre el interés de los acreedores vs. la conservación de la empresa	876
§ 7.	Formas de realización de la empresa para lograr su conservación	879
	7.a) Enajenación de la empresa en marcha	880
	7.b) Venta de la empresa como unidad	882
	7.c) El acuerdo por cesión de bienes (<i>un ritorno non tanto desiderato</i>).....	884
	7.d) La adquisición de la empresa por compensación de créditos por medio de la cooperativa de trabajadores	887
	7.e) La venta directa de bienes a la cooperativa de trabajadores	890
§ 8.	Algunos supuestos extraconcursales para la conservación de la empresa	891
	8.a) Emergencia económica. Acceso al crédito	892
	8.b) El <i>leveraged buy out</i> como instrumento para superar la crisis y conservar empresas	893
	8.c) La ley de entidades deportivas y el salvataje de los clubes de fútbol (<i>altre risorse per il salvatagio delle imprese</i>)	897
	8.d) Los planes de moratoria y exención de impuestos como un aporte del Estado u otros organismos para el salvataje	901
§ 9.	El nuevo rol de la empresa	902
§ 10.	La conservación de la empresa como principio general del sistema de principios en el derecho concursal argentino	905
CONCLUSIONES FINALES		911
	Capítulo I (Clasificación y función de los principios)	911
	Capítulo II (Naturaleza y utilización constitucional e infraconstitucional de los principios)	912
	Capítulo III (Fuentes del Derecho Concursal y sistema de principios)	915
	Capítulo IV (Origen y evolución de los principios concursales)	917
	Capítulo V (Los principios en la legislación falimentaria argentina).	920
	Capítulo VI (Principio de universalidad concursal)	921

LOS PRINCIPIOS JURÍDICOS COMO FUENTE DEL DERECHO CONCURSAL	15
Capítulo VII (Subprincipios de la universalidad concursal)	926
Capítulo VIII (<i>Par condicio creditorum</i> y privilegios)	931
Capítulo IX (El principio de suspensión de acciones, ejecuciones e intereses)	933
Capítulo X (El principio del interés público)	938
Capítulos XI y XII (El principio de conservación de la empresa como actual principio rector de los concursos)	942
BIBLIOGRAFÍA	951

A los amigos y maestros
Dr. Fernando Toller y Dr. Ariel A. Dasso
a los que me une una sincera amistad
y con quienes mantengo
una pesada deuda de gratitud.

A Eleonora,
Luciano, Patricio, Pablo Javier e Ignacio Manuel
por la incommensurable paciencia
y por la injusta privación
de horas de amor.

AGRADECIMIENTOS

Se ha dicho que “el agradecimiento es la memoria del corazón” (Lao Tse) y, resulta de toda justicia por razones de lealtad, corresponder con los amigos e instituciones que han contribuido, de una u otra forma, a concluir esta investigación.

En primer término debo expresar mi más sincero reconocimiento por su invaluable ayuda y colaboración a los profesores Fernando Toller, Rodolfo L. Vigo, Juan Cianciardo y Joaquín Migliore, quienes contribuyeron con sus enseñanzas, aportes y trabajos doctrinarios a infundirme un gran entusiasmo por la filosofía del derecho.

A Fernando Toller, en especial, por sus aportes e incentivos, desde lo científico y espiritual, por su invaluable apoyo y estímulo permanentes, sin los cuales no hubiera sido posible culminar el estudio que se aborda en este libro.

A Ariel Ángel Dasso por su colaboración con trabajos e ideas enviados a la distancia y por sus consejos, su tiempo, su sabiduría y su infinita paciencia, los cuales sirvieron de constante aliento e inspiración.

Asimismo, debo dar gracias a la Universidad Austral por su contribución con el material bibliográfico, como así también por toda la información que fue posible obtener para el estudio e investigación de la ciencia jurídica; la cual seguramente, si Dios lo permite, traspasará las fronteras de esta obra.

ABSTRACT

This thesis discusses the principles of bankruptcy law, taking into consideration the bankruptcy legislation and the theoretical approaches in Argentina, U.S.A. and countries of the European Community, particularly: Germany, Belgium, France, Italy, Spain, and United Kingdom.

Although the concept of principles about bankruptcy is at the moment unknown in the practice of bankruptcy Argentinean legislation, the judge is ordered to decide if the principle –in particular situations– must be applied before the rule. Yet, it is necessary recognize that in certain situations the values and general principles of law play an important role against the cold letter of the law. This thesis realizes the importance of the different interests that revolve around the failure: debtor, creditors, enterprise, state and the economy.

If the law wants to be the thread which weaves the story of the great institutions of society, then it should be a discipline of principles. Hence, not a principled investigation of pure abstract theory, but of particular use to the understanding of existing law, to judge them critically and to interpret and apply according to their deepest senses and not only with superficial biased.

The purposes of the inquiry are to investigate why the traditional legislation of bankruptcy law is insufficient to remedy multiple problems presented to the insolvency of a company and what are the appropriate mechanisms to find solutions to them.

The work is structured in twelve chapters, divided in three parts. The first part deals about general principles of law and its relation with the fundamentals of bankruptcy. The second part is arranged to establish the principles underpinning insolvency law and proposals for solutions to difficult situations that arise.

This doctoral dissertation further demonstrates that the universality, suspension of executions and actions, public interest as well, in particular, preserving the enterprise, have become the topics of insolvency legislation of any country.

ABREVIATURAS

GENERAL

Las citas en forma abreviada de artículos, nombres, referencias, leyes y en general de publicaciones y tribunales se simplifican para una lectura más grácil, de la siguiente forma:

apart.:	apartado
APE.:	Acuerdo Preventivo Extrajudicial
ANSeS	Administración Nacional de la Seguridad Social
arg.:	argumento
art./arts.:	artículo/artículos
BCRA	Banco Central de la República Argentina
Bs. As.:	Buenos Aires
cap.:	capítulo
Cód. Civ.:	Código Civil de la República Argentina
Cód. Com.:	Código de Comercio de la República Argentina
cit.:	citado
col.:	columna
comp.:	comparar
cfr.:	confrontar
conc.:	concordante
consid.:	considerando
C.N.:	Constitución de la Nación Argentina
Córd.:	Córdoba
Cód. Pen.:	Código Penal
C.P.C.yC.N.:	Código de Procedimiento Civil y Comercial de la Nación
CPEREF.:	<i>Código dos Processos Especiais de Recuperação da Empresa e de Falência</i> (Código de procesos especiales de recuperación de la empresa y

	de falencia falencias de Portugal)
decr.:	decreto
decr.-ley:	decreto-ley
decr. regl.:	decreto reglamentario
D.I.P.:	Derecho Internacional Público
D.I.Priv.:	Derecho Internacional Privado
DT:	Derecho del Trabajo
ed.:	editorial
fr.:	fragmento
ibíd.:	ibídem (en el mismo lugar)
íd.:	idem
<i>i. e.:</i>	<i>in example</i> (en ejemplo)
inc./incs.:	inciso/incisos
INAES:	Instituto Nacional de Asociativismo y Economía Social
INDEC:	Instituto Nacional de Estadística y Censos
<i>infra:</i>	debajo, posteriormente
Ingl.:	Inglaterra
<i>InsO.:</i>	<i>Insolvenzordnung</i> (Ley de Insolvencia de Alemania)
I.V.A.:	Impuesto al Valor Agregado
LCE.:	Ley Concursal Española
LCT.:	Ley de Contrato de Trabajo
LCQ.:	Ley de Concursos y Quiebras (24.522)
LCU.:	Ley Concursal Uruguayaya
LDC.:	Ley de Defensa de la Competencia
L.F.:	<i>Legge Fallimentare</i> (Ley de Quiebras de Italia)
<i>Lei de Falências:</i>	Ley de Quiebras del Brasil
LMA.:	Ley de Medio Ambiente
LOT.:	Ley Orgánica de Tribunales
LSC.:	Ley de Sociedades Comerciales
lug. cit.:	lugar citado
n./ns.:	nota/notas
n.º:	número/números.
op. cit.:	<i>opus citatum</i> (obra citada)
pág./págs.:	página/páginas
párr.:	párrafo
part.:	partida

<i>passim</i> :	en varios lugares
P.E. o P.E.N.:	Poder Ejecutivo o Poder Ejecutivo Nacional
PBI.:	Producto Bruto Interno
p. ej.:	por ejemplo
PG:	parte general
P.J.:	Poder Judicial
P.L.:	Poder Legislativo
reimp.:	reimpresión
res.:	resolución
R.J.N.:	Reglamento para la Justicia Nacional
s./ss.:	siguiente/siguientes
<i>supra</i> :	arriba, precedentemente
t.:	tomo
tít.:	título
TIA:	<i>The insolvency Act</i>
t.o.:	texto ordenado
UNCITRAL:	<i>United Nations Commission on International Trade Law</i>
<i>vide/vid.</i> :	véase, léase
v. gr.:	verbigracia
vol.:	volumen
vs.:	<i>versus</i> (contra)
§:	parágrafo

ABREVIATURAS DE PUBLICACIONES

<i>Adla</i> :	Anales de Legislación Argentina, editorial La Ley, Buenos Aires
<i>AS</i> :	Acuerdo y Sentencias de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, La Plata
<i>BO</i> :	Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires
<i>BOE</i> :	Boletín Oficial de España
<i>DJ</i> :	Doctrina Judicial, Buenos Aires
<i>DJA</i> :	La Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración, Montevideo
<i>DL</i> :	Derecho Laboral, Buenos Aires
<i>DT</i> :	Derecho del Trabajo, Buenos Aires

<i>Dig. Jur. :</i>	Digesto Jurídico, Buenos Aires
<i>E.D.:</i>	El Derecho, Buenos Aires
<i>Edda:</i>	Anales de Legislación Argentina, editorial El Derecho, Buenos Aires
<i>J.A.:</i>	Jurisprudencia Argentina, Buenos Aires
<i>L.L.:</i>	Revista jurídica argentina La Ley, Buenos Aires
<i>LLO:</i>	Revista jurídica argentina La Ley Online, Buenos Aires
<i>LLBA:</i>	Revista jurídica argentina La Ley Buenos Aires, Buenos Aires
<i>LLLitoral:</i>	Revista jurídica argentina La Ley Litoral, Buenos Aires
<i>LLNoroeste:</i>	Revista jurídica argentina La Ley Noroeste, Buenos Aires
<i>LLC:</i>	Revista jurídica argentina La Ley Córdoba, Buenos Aires
<i>RDPC:</i>	Revista de Derecho Privado y Comunitario, Santa Fe
<i>RDC:</i>	<i>Rivista di Diritto Commerciale</i>
<i>RDCO</i>	Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones
<i>RDM:</i>	Revista de Derecho Mercantil
<i>RL:</i>	Repertorio general de la revista jurídica argentina La Ley

ABREVIATURAS DE TRIBUNALES

Tratándose de tribunales extranjeros, provinciales o federales en las provincias, se indica a continuación el nombre o la abreviatura de la nación, la provincia o la ciudad de su sede.

<i>C.C.I.:</i>	<i>Corte Costituzionale della Repubblica Italiana</i>
<i>CNCiv.:</i>	Cámara Nacional en lo Civil de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (sala A, B, C, D, E, F, según corresponda)
<i>CNCiv. en plen.:</i>	Cámara en lo Civil de la Capital, en reunión plenaria de sus salas
<i>CNCom.:</i>	Cámara Nacional en lo Civil de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

	noma de Buenos Aires (sala A, B, C, D, E o F, según corresponda)
CNCom. en pl.:	Cámara en lo Comercial de la Capital, en reunión plenaria de sus salas
Cám.Civ.yCom.Fed:	Cámara Federal en lo Civil y comercial
CNCr.yCorrec.:	Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional
Cám.Pen.Econ.:	Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico de la Capital
CNTrab.:	Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo de la Capital
C.J.:	Corte de Justicia
C.S.J.N.:	Corte Suprema de Justicia de la Nación
Juz. Proc. Conc. y Reg.:	Juzgados de Procesos Concuriales y Registro
S.C.:	Suprema Corte
S.C.U.S.:	<i>Supreme Court of The United States</i> (Corte Suprema de Estados Unidos)
S.T.J.:	Supremo Tribunal o Superior Tribunal de Justicia

INTRODUCCIÓN

Señalaba Francesco CARNELUTTI que ninguna rama de la ciencia vive sin respirar filosofía, pero esta necesidad es sentida por el derecho más que por cualquier otra (...) ya que el jurista se convence cada vez más de que, si no sabe más que derecho, no alcanza a conocer siquiera el mismo derecho.

En palabras de GARCÍA MAYNEZ: «indagar acerca de la filosofía de una ley no es un ejercicio inútil o de mera erudición. Escasas son las normas que no revelen una franca adscripción filosófica o, lo que es más grave, la indefinición filosófica del legislador (...) El problema de la justificación de un orden concreto sólo puede plantearse y resolverse de manera satisfactoria cuando se tiene un conocimiento adecuado de los fines a que debe tender, lo mismo que de los medios que permitirán realizarlos. Lo dicho revela una de las causas determinantes de la imperfección de los sistemas legales: “ni siquiera el legislador más sagaz puede intuir convenientemente los valores que, en tal o cual circunstancia histórica, deben condicionar el contenido de las leyes, ni prever tampoco de manera infalible, hasta qué punto éstas serán cumplidas o aplicadas. La angostura o estrechez del conocimiento estimativo, a que alude Nicolai HARTMANN en su ‘Ética’, claramente explica esa deficiencia”»¹.

Saber, pues, leyes, no es saber Derecho; porque “las leyes no son más que la imagen imperfecta y frecuentemente desleal del Derecho que vive en la armonía viva del organismo social...”².

Si la legislación quiere volver a ser el hilo con el que se entreteje la trama de los grandes institutos de la sociedad, entonces debe consistir en una disciplina de principios. «De allí que una investigación principista no

¹ GARCÍA MAYNEZ, Eduardo, *Filosofía del Derecho*, 7ª ed., ed. Porrúa, México, (1994), pág. 414.

² ALBERDI, Juan Bautista, *Fragmento preliminar al Estudio del Derecho*, (1837).

sea de pura teoría abstracta, sino de concreta utilidad para la comprensión del derecho vigente, para su juzgamiento crítico y para su interpretación y aplicación de acuerdo con sus profundos sentidos y no, solamente, con parcializada superficialidad»³.

Es por ello, que desentrañar los principios de la legislación concursal resulta una labor que impone agudeza y espíritu crítico, por lo que este trabajo es un ensayo para establecer las bases de un ordenamiento concursal que alejado de los modelos económicos que dieron sustento a las diversas reformas, se aposente sobre bases sólidas que puedan soportar los vendavales de las crisis económicas o sociales.

La primera reflexión que cabe remarcar sobre nuestro régimen concursal estriba en la inexistencia de una pormenorizada “exposición de motivos” que, normalmente, orienta toda ley que legisle la insolvencia. Por ser normativa de interés público (y, aquí el primer interrogante para el lector) que tiende a regular una conjunción de intereses: sociales, patrimoniales, económicos, etcétera –ejemplo de ello, es la extensa exposición de motivos de la ley concursal española 22/2003, Capítulo IV, pto. c.1– requiere, cuanto menos, de un mensaje acerca de la fuente filosófica que inspirara al legislador. Pero, esta inexistencia de un texto en el que se explique el contenido de la ley y se expongan las razones y fundamentos de la misma, potencia el estudio de los principios y objetivos que posee la legislación de quiebras, los cuales serán motivo de estudio y análisis a lo largo de este trabajo.

No ha de extrañar ante ese paisaje, la concurrencia –y aun simultaneidad– de tensiones entre diversos principios, cuando no incompatibles: “la universalidad, la suspensión, la conservación, el salvataje y reconversión de la empresa”, por un lado y “la tutela del crédito y el interés de los acreedores”, por el otro. El espectro de intereses a tutelar en el marco concursal se ha acrecentado notablemente y “las posiciones, rangos o jerarquías preferentes de esa protección, de suyo en cada ley de concursos y quiebras, experimenta una profunda adaptación cuando no modificación”⁴.

³ ALEGRÍA, Héctor, *Algunas cuestiones de derecho concursal*, prólogo, ed. Abaco, Buenos Aires, (1977), quien sigue el pensamiento de Werner GOLDSCHMIDT.

⁴ TARZIA, Giuseppe, *La parti e i terzi nelle procedure concursali*, Riv. di Diritto Proc. n.º 2, Cedam, Padova, (1993), págs. 375/386; la cita en pág. 384, n.º 4 y pág. 381, n.º 3.

El espectro de sujetos concursables: emprendedor (*entrepreneurship*), consumidor (*consumer*), sociedad (*corporation*), grupo (*holding*), revela la complejidad de situaciones que se presentan en los procesos colectivos y la dificultad de encontrar soluciones recurriendo a la letra fría de la ley.

El desafío que se exhibe en las próximas páginas se incardina a desentrañar los “principios” que emergen de la legislación concursal, así como aquellos que pueden ser extraídos por vía interpretativa, ya sea porque afloran del mismo ordenamiento, o bien porque han sido convalidados en forma pretoriana o por su reconocimiento doctrinario, intentando encontrar soluciones a los misceláneos inconvenientes que plantea la insolvencia, ante la presencia de una realidad política y económica que condiciona las soluciones a los diversos conflictos que se presentan.

La difícil tarea en encontrar la *télesis* del ordenamiento concursal, no puede ser realizada sin recurrir a desempolvar los valores supremos que son inmanentes a los procesos colectivos, esbozando los criterios de un sistema protectorio, en su esencia hermenéutico, aunque con algunas particularidades que exceden lo meramente teórico.

Los principios presentan en orden a su importancia una doble función de interpretación y de integración; primero, porque dan sentido a las decisiones que se adopten y, segundo, por cuanto sirven de solución para la hipótesis de vacío normativo. El problema que presentan las lagunas legales se remedia recurriendo a los principios, ya que estos se muestran como normas superiores del ordenamiento.

Por estas consideraciones y por otras que serán expuestas a lo largo de este trabajo, recurrir a los principios generales del ordenamiento debe entenderse como una autorización dirigida al intérprete a fin de que produzca la norma, es decir, que fabrique la premisa mayor de su razonamiento mediante lo que puede llamarse un principio implícito, obtenido inductivamente del conjunto del material normativo o deductivamente, a partir de un principio expreso más general que de sentido y justifique su decisión.

Los brincos históricos de la filosofía que impregnara la normativa concursal, entre sistemas privatistas (ley 4156) y publicistas (ley 11.719), provocan un enorme desafío en pos de encontrar el verdadero espíritu de

una legislación que se desgarrar en verdaderas luchas intestinas, entre posiciones: pro-acreedores o pro-deudor.

Este estudio es un humilde aporte a la ciencia jurídica desde la óptica de los *principles* que inspiran la legislación concursal argentina, pero que pueden ser utilizados en cualquier país –con especial acento en el de conservación de la empresa– por entender que se trata de aquél que dentro del derecho de la insolvencia es el que posee mayor peso o importancia, independientemente de la ideología que pueda prevalecer en la elaboración de la legislación de quiebras.

A lo largo del presente se ofrecen posibles soluciones interpretativas así como propuestas que podrán incorporarse en proyectos de reforma, a algunos problemas y asimetrías que se presentan con la aplicación de la ley de bancarrotas; en el convencimiento de que recurriendo a los principios, podrán encontrarse soluciones más justas y equitativas que contemplen los distintos intereses en juego.

La universalidad de la quiebra, la crisis de la igualdad de los acreedores frente a un deudor *in malis*, la suspensión de acciones en contra del deudor, el interés público y los diversos intereses que concurren al proceso concursal y la conservación de la empresa representan la tesis fundamental de este trabajo y permiten afirmar que los principios de universalidad, suspensión de acciones y otras pretensiones, igualdad y mayorías, interés público y el de la conservación de la empresa, son las raíces que sostienen cualquier legislación falimentaria y sirven de guía para resolver –particularmente– los casos difíciles.

Esta consideración es el fruto de la investigación realizada en la legislación, doctrina y jurisprudencia existentes en el derecho comparado, más avanzadas en materia de quiebras, cuyos postulados y principios resultan aplicables a los procesos falimentarios en nuestro país.

Las propuestas de interpretación de algunos dispositivos de la ley concursal y la utilización de los principios como Norte de la legislación falimentaria se esbozan en los Capítulos VI a XII, como una suerte de culminación de las principales reflexiones de esta tesis. Varias de las conclusiones que fundamentan este estudio se sostienen en una reflexión personal basada en el estudio de distintos institutos en el derecho comparado, en aportes de la doctrina autoral local y extranjera y en algunos precedentes existentes en la jurisprudencia nacional, por lo que las mismas

pueden ser utilizadas a los fines de fundamentar decisiones judiciales o, simplemente, como *guides* para el intérprete.

Las conclusiones obtenidas se expresan con una opinión del autor –desde un reflexivo punto de vista– y están destinadas a proponer soluciones o mejorar aquellas que desde la doctrina o la jurisprudencia han sido elaboradas. En ellas se recogen a modo de resumen las principales ideas que fundamentan este trabajo.

El uso de abreviaturas en las citas tiene por objeto hacer más fluido el texto, evitando de esta forma que el mismo luzca recargado con datos correspondientes a las obras de los diversos autores a los que se ha recurrido para obtener antecedentes, opiniones o argumentos que permitieron arribar a las conclusiones de esta tesis. Para ello, se ha recurrido al uso de acrónimos, frecuentemente utilizados.

La actualidad que presenta el problema de la empresa en crisis, no es patrimonio nacional y ha servido para el desarrollo de múltiples investigaciones en la doctrina autoral; sin embargo, el presente muestra una profundidad distinta, la que se ha tratado de escrutar por vía de los principios en este trabajo.

Los objetivos de esta investigación conducen a dilucidar las razones por las cuales la legislación tradicional de bancarrotas, no basta para resolver los múltiples problemas que presenta la insolvencia de una empresa, y cuáles son los mecanismos adecuados para encontrar soluciones a los mismos.

Las sugerencias, ponencias y propuestas efectuadas en el texto de este trabajo están destinadas a presentar soluciones a problemas que a diario plantea el derecho concursal frente al cual guarda silencio, normalmente, la ley o bien brinda soluciones, a veces injustas; por lo que el objetivo es que esta investigación sea de utilidad para el jurista, el intérprete o, en última instancia, para el legislador como inspiración para la elaboración de futuras reformas a la Ley de Concursos y Quiebras.

Al final de la obra se menciona la bibliografía consultada por orden alfabético de los diversos autores, tanto nacionales como foráneos, a la que el lector podrá recurrir para una mejor descripción de los datos y publicaciones aportados.

PRIMERA PARTE

**CONCEPTO, CLASIFICACIÓN,
NATURALEZA Y FUENTES
DE LOS PRINCIPIOS JURÍDICOS
Y SU APLICACIÓN AL DERECHO CONCURSAL**



CAPÍTULO I

IMPORTANCIA, CLASIFICACIÓN Y FUNCIÓN DE LOS PRINCIPIOS PARA EL DERECHO

§ 1. PRELIMINAR

Introducir al lector en el desafío propuesto es la consigna en orden a proyectar un análisis particular del derecho concursal argentino.

No son pocas las sentencias ni las referencias doctrinarias, en las que se analiza en detalle y en algunos casos en forma particularizada, los principios que como norte señala la ley de bancarrotas (locución, que aún hoy utiliza nuestra Constitución para hacer referencia a la quiebra). Por ello, se ha creído conveniente, examinar en este trabajo, los principios que rigen los concursos y quiebras, con particular énfasis y profundidad en lo que entiendo es el *leit motiv* de la materia, cual es, la “conservación de la empresa”, como fuente creadora de bienes y servicios, multiplicadora de inversiones y desarrollo de un país.

El trabajo parte de los principios generales del derecho, pasando brevemente por aquellos orientadores del derecho concursal, para entrar de lleno en los diversos institutos que regulan la materia y sientan las bases de los procedimientos falenciales. Para llevar a cabo tamaña tarea, no solamente se profundiza el estudio de la legislación actual, sino que no se deja de lado las modificaciones introducidas por los distintos ordenamientos que reformaron sistemáticamente la ley de concursos y quiebras (reforma y contrarreforma), como así tampoco los proyectos de modificación y, esencialmente, la legislación y jurisprudencia nacional y extranjera.

No quedan al margen aquellos principios que históricamente merecieron apoyo doctrinal y jurisprudencial y hoy resultan materia de debate

permanente en congresos y jornadas científicas por su reducido valor como líneas directrices del ordenamiento falimentario.

§ 2. PARTE GENERAL. EL MÉTODO CIENTÍFICO

2.a) La ciencia del Derecho. *Intellectus et ratio*

La ciencia jurídica contemporánea, se debate en gran medida, entre el iusnaturalismo⁵ y el iuspositivismo⁶, como grandes corrientes de interpretación, en las que el derecho como ciencia, encuentra apoyo para la

⁵ ABBAGNANO, citando a Benito de Spinoza, expresa: «Todo lo que un hombre hace según las leyes de su naturaleza, lo hace por omnímodo derecho de naturaleza, y tiene tanto derecho sobre naturaleza cuanto vale su poder. “Por Derecho e institución de naturaleza, no entiendo otra cosa más que las reglas de la naturaleza de cada individuo, según las cuales lo concebimos naturalmente determinado a existir y obrar en un cierto modo”. Podría mencionarse a DESCARTES como iniciador de la moderna filosofía, cuyo signo más característico, “reside en el cisma irremediable entre la inteligencia y el ser”, la filosofía deja el ser y se recluye en el pensar. La corriente del Derecho natural o iusnaturalismo afirma y admite que es posible conocer algo jurídico además del Derecho establecido socialmente, mientras que su contrario el iuspositivismo postula que no hay otro Derecho que el positivo». ABBAGNANO, Nicolas, *Historia de la filosofía*, Barcelona, ed. Hora Vol II, pág. 247. De otro lado, VIGO en términos muy resumidos, sostiene que el “iusnaturalismo” subordina la validez de las leyes a cierta relación existente entre el contenido de las normas y los principios morales. Cfr VIGO, Rodolfo L., *Perspectivas iusfilosóficas contemporáneas*, ed. Abeledo-Perrot, (1991), pág. 18.

⁶ «El nombre filosofía positiva, procede de Saint SIMON y Augusto COMTE y, en su versión abreviada “positivismo”, subsiste hasta hoy día (...) El positivismo es una postura filosófica relativa al saber humano, que, si no resuelve *sensu stricto* los problemas relativos al modo de adquisición del saber -en el sentido psicológico o histórico- constituye, por el contrario, un conjunto de reglas y criterios de juicios sobre el conocimiento humano Trata de los contenidos de nuestros enunciados sobre el mundo, necesariamente inherentes al saber, y formula las normas que permiten establecer una distinción entre el objeto de una cuestión posible y lo que, razonablemente, no se puede presentar como cuestión. El positivismo es, por tanto, una actitud normativa que rige los modos de empleo de términos tales como “saber”, “ciencia”, “conocimiento”, “información; en consecuencia, las reglas positivas, distinguen, en cierto modo, las polémicas filosóficas y científicas que merecen ser llevadas a cabo de las que no pueden ser dilucidadas y en las que, por consiguiente, no vale la pena detenerse. Esta corriente, niega todo valor cognoscitivo a los juicios de valor y a los enunciados normativos». KOLAKOWSKI, Leszek, *La filosofía positivista*, ed. Cátedra, Madrid, (1981), pág. 13-14. Para Alf ROSS en *El concepto de validez del Derecho* cit. por VIGO, *op. cit.*, pág. 19; Positivismo jurídico significa: “una actitud o enfoque de los problemas de la filosofía jurídica y de la teoría del Derecho, basado en los principios de una filosofía empirista y antimetafísica”.

comprensión de los distintos institutos del ordenamiento jurídico; ello, siempre entendido, desde un punto de vista racional.

Cada ciencia particular supone y comprende ciertas nociones fundamentales, pero no las estudia directamente: hacerlo así, en el orden científico, implica pasar al plano filosófico⁷.

Para ARISTÓTELES, la ciencia es el conocimiento cierto por las causas. «Al modo platónico, el estagirita distingue la ciencia de la opinión; esta última se basa en proposiciones probables, discutibles, etc.; no así la ciencia. El conocer científico exige saber con toda certeza cómo y por qué es una cosa, y eso implica remontarse a sus causas necesarias. Es un saber mediato, elaborado, que parte de principios inmediatos, necesarios y universales, esto es, evidentes e indemostrables como son los principios de no contradicción, del todo mayor que la parte, etcétera».⁸

Consideramos tener ciencia sobre algo “...cuando creemos conocer la causa en virtud de la cual es la cosa, que ella es efectivamente causa de aquella cosa y que no es posible que fuera de modo distinto de cómo es” (...) En consecuencia, es imposible que aquello de lo que hay ciencia en sentido propio sea diversamente de cómo es en realidad. Ahora, si hay algún otro modo distinto de tener ciencia (conocimiento intuitivo de los principios), lo diremos enseguida; por el momento decimos que tener ciencia es lo que hemos dicho (conocer la causa), es necesario que la ciencia demostrativa proceda de premisas verdaderas, primeras, inmediatas, más conocidas, anteriores y causa de las conclusiones. De tal modo, en efecto, los principios pertenecen también a lo demostrado. El silogismo, por tanto, subsiste también sin éstas condiciones, mientras la demostración no puede subsistir sin ellas, ya que no produciría ciencia⁹.

La ciencia, propiamente, es «el conjunto de conclusiones demostradas a partir de estos principios. Y, demostrar para ARISTÓTELES, es proceder mediante silogismos. Los dos tipos de demostraciones propiamente científicas son las llamadas *propter quid* y *quia*. La demostración *quia* parte de los efectos para llegar a las causas (por los síntomas, por ej. se puede demostrar que una persona tiene una determinada enfermedad); la

⁷ Cfr. SANGUINETI, Juan José, *Lógica*, ed. Eunsa, Navarra, (1994), pág. 167.

⁸ YARGA, Iñaki, *Historia de la filosofía antigua*, ed. Universidad de Navarra, (1992), pág. 131.

⁹ Cfr. Anal. Post. I, 2, 71 b 9, cit. por YARGA, *ibidem*.



propter quid, al contrario, parte de las causas para llegar a los efectos (ejemplo claro lo constituyen las demostraciones matemáticas, que partiendo de unos principios deducen las conclusiones)»¹⁰.

ARISTÓTELES distinguió las ciencias en tres grandes ramas: las ciencias especulativas son las que buscan el saber por sí mismo; la ciencia ética que persigue el saber en función del perfeccionamiento moral; y las ciencias *poiéticas* o productivas, que buscan el saber para hacer cosas, para producir determinados objetos. Las más altas en dignidad y valor para ARISTÓTELES son las especulativas, constituidas por la física, matemática y metafísica¹¹.

La ciencia¹² «cuyo objetivo es darnos a conocer la realidad del mundo, de nosotros mismos y de Dios, tiene en la vida de los hombres una importancia análoga a la del conocimiento en general. Los hombres se dedican a la ciencia movidos por dos motivos: a) fin especulativo: por la tendencia natural a saber, que es propia de la dignidad de la naturaleza humana, y; b) fin práctico: para satisfacer las necesidades de la vida»¹³.

¹⁰ «La ciencia, por tanto, es según ARISTÓTELES un conocimiento: a) Necesario, opuesto al conocimiento probable y contingente que procede de la opinión. Como procede de principios ciertos y evidentes, las conclusiones son necesarias, pues no pueden ser de otro modo. b) Es además, un conocimiento universal, en el sentido de inmutable y válido para todo un tipo de entes -aquellos que constituyen el objeto de cada ciencia- y también en cuanto opuesto a particular. Para ARISTÓTELES la ciencia puede versar sobre la realidad sensible, pero nunca tomada individualmente sino agrupada en géneros o especies». *Ibidem*.

¹¹ *Idem*, pág. 133.

¹² «La ciencia es el conocimiento ordenado y mediato de los entes y sus propiedades, por medio de sus causas». En esta definición, tomada de la experiencia de cualquier trabajo científico, se destacan dos aspectos: en primer lugar, el saber científico no pretende conocer las cosas sin más, sino conocerlas en todas sus propiedades y por medio de sus causas o principios; en segundo lugar, este conocimiento se distingue del espontáneo por su orden metódico, por su sistematicidad y por su carácter mediato, que le sitúa más allá del alcance de nuestras luces en la vida cotidiana». Cfr. SANGUINETI, *op. cit.*, pág. 167 y 168.

¹³ «Como toda actividad humana, la ciencia debe utilizarse ordenadamente, en función de los fines de la naturaleza humana y de las necesidades concretas de los hombres. Esto no va en desmedro de la libertad científica. Siendo la ciencia una parte de la conducta humana, y teniendo en nuestros días unas repercusiones sociales muy profundas, su desarrollo ha de guiarse por las exigencias de la persona humana y de la sociedad concreta en que viven los hombres. Existe una responsabilidad moral de la ciencia –de los hombres de ciencia– que en nuestro siglo se ha puesto particularmente de relieve: un crecimiento desproporcionado de algunas actividades técnico-científicas, con omisiones en otros terrenos, a veces también científicos, puede causar daños o

Pero, la ciencia, a pesar de que comprende y estudia ciertas nociones fundamentales, no lo hace en forma directa y esencial a lo que es su objeto; ya que de hacerlo así, entraría de lleno en el plano filosófico. Es por ello, que cuando queremos estudiar en profundidad una materia y desentrañar el verdadero sentido y alcance de sus normas, sus causas y efectos, recurrimos de plano, al campo de la metafísica.

La filosofía, «es la ciencia que estudia todas las causas en sus principios primeros y más universales. A ésta le interesa estudiar metódicamente la esencia de las cosas, no tanto de cada una en su especie, sino más bien de los grandes sectores y de principios de la realidad (naturaleza de los cuerpos, de los vivientes, del hombre, sentido del universo, etc.). Esto es de hecho lo que hacen todos los filósofos de cualquier orientación. El objeto propio de la filosofía es el ser y la esencia de las cosas. La ciencia y la filosofía miran el mundo con una diferente perspectiva»¹⁴.

Si bien es cierto que la disciplina que resulta materia de estudio en el presente trabajo, es parte de la ciencia del derecho, no menos cierto es que la misma no puede ser entendida en profundidad, si no lo es desde el plano de los principios, para llegar a los fundamentos de los diversos dispositivos, que componen el derecho concursal. Limitar el presente, a efectuar un análisis superficial de esta parte del derecho, sería engañar al lector, ya que lo que se busca a través de este trabajo, es bucear en un plano más profundo, que lo que la mera lectura acerca de las normas y algunos institutos, nos podría brindar.

En este sentido, EISNTEIN expresaba «todo verdadero teórico es una especie de metafísico oculto, por muy puro positivista que se imagine»¹⁵.

peligros a la humanidad. La tarea científica debe realizarse como un servicio a los hombres, especialmente en la época actual». SANGUINETI, *idem*, pág. 170 y 171.

¹⁴ «Las ciencias particulares son más abstractas, en el sentido de que aíslan cierto aspecto de las cosas, para considerarlo más atentamente desinteresándose de los demás: su punto de vista es parcial, y por eso tiende muchas veces al esquematismo, a la idealización, a la representación con modelos (por ej. la cinemática estudia los aspectos geométricos del movimiento, al margen de sus causas, fuerzas en acción, etc.). La filosofía, en cambio, es total en cuanto va a lo esencial: no le interesan tanto los detalles materiales, numéricos, ni los aspectos particulares, sino que intenta un conocimiento completo, radical y esencial. No se trata, pues, de que la filosofía estudie cuestiones genéricas y las ciencias sean más concretas, sino que la filosofía mira lo esencial, y la ciencia particular los detalles particulares». SANGUINETI, *idem*, pág. 177 y 178.

¹⁵ EINSTEIN, Albert. *On the generalized Theory of Gravitation en Ideas and Opinions by Albert Einstein*, ed. Crown, New York, (1954), pág. 342.

La ciencia del derecho particularmente como saber científico, toma un cariz más propio de la filosofía que de las ciencias particulares, ya que su objeto de estudio es el comportamiento racional y libre del hombre. Preguntarnos: ¿que es el derecho?, ¿cual es la naturaleza jurídica de determinado instituto?, ¿cuáles son los principios de los concursos y quiebras?, importa efectuar disquisiciones profundas que van más allá de la vida práctica de la ciencia jurídica.

El saber científico, en el campo del derecho, se encamina a determinar cuales son las virtudes de una norma, que efectos podrá tener ésta en la comunidad; y se pregunta, si la misma es adecuada para las circunstancias de tiempo y de lugar. Por lo tanto, la ciencia no se detiene en descubrir las cualidades de la norma, sino esencialmente a inducir sus causas y sus principios, a los fines de comprender los efectos que ésta provoca o puede ocasionar en la sociedad.

La investigación científica, «no solamente debe surgir de la experiencia empírica, sino de la realidad que los problemas cotidianos le plantean al hombre. Preguntarse acerca de la conveniencia de una ley, o de los efectos que ésta produce en su aplicación práctica en la sociedad, requiere una investigación previa. De allí, “los que quieren investigar con éxito han de comenzar por plantear bien las dificultades, pues el éxito posterior consiste en la solución de las dudas anteriores, y no es posible soltar si se desconoce la atadura. Pero la dificultad del pensamiento, pone de manifiesto la atadura en relación con el objeto; pues, en la medida en que siente la dificultad, le ocurre por lo mismo que los que están atados; en ninguno de los dos casos, efectivamente, es posible seguir adelante. Por eso es necesario considerar bien, todas las dificultades, por las razones expuestas y porque los que investigan sin haberse planteado antes las dificultades son semejantes a los que desconocen adónde se debe ir, y, además, ni siquiera conocen si alguna vez han encontrado o no lo buscado; pues el fin no es manifiesto para quien así procede, pero para el que se ha planteado antes las dificultades, sí es manifiesto»¹⁶.

El derecho «para el hombre “es racional”, porque el hombre mismo es pura razón, en cuanto ello representa una característica y una propiedad, que lo distingue de los demás seres, y emana de su esencia específi-

¹⁶ ARISTÓTELES, *Metafísica*, L. III, Cap. I, 995 a 27 – b2.

ca. Pero, el derecho también se encuentra caracterizado por los fenómenos espirituales, y en el orden del conocimiento, su referencia a lo universal de la verdad del ser, y en el orden del apetito o de la voluntad, a lo universal del bien y del fin»¹⁷.

Los principios constitutivos del pensamiento jurídico, están dados por la racionalidad y la dialéctica; cuestión esta, que los clásicos distinguían entre inteligencia y razón. De allí ARISTÓTELES acuñó ambos conceptos expresándolos mediante los términos respectivos: *noûs*¹⁸ y *logos*, traducidos en la Edad Media por *intellectus* y *ratio*. «El primer término designa la facultad intelectual humana en cuanto espiritual, es decir, en cuanto separada de la materia e intencionalmente dirigida al ente, al bien, a la verdad y a la unidad en su máxima universalidad; es la primera manifestación de lo espiritual en el hombre, el sello de su semejanza divina. También se llama así, la intelección misma (correspondiente a la *nóesis* platónica) en cuanto captación de la esencia o forma de las cosas. La segunda expresión –y, como correlato objetivo del verbo *lego*, (hablar, lo que se habla)– quiere decir palabra, originariamente la palabra proferida; también la palabra mental (o palabra pensada), y de ahí la idea o concepto de significado por esa palabra (lo que se piensa). En contraposición a *intellectus*, el *logos* según la tradición aristotélica escolástica designa la facultad intelectual humana discursiva o racionante, que alcanza la verdad a través de un proceso mental análogo al movimiento “*cogitatio*”, que infiere un conocimiento a partir de otro, en especial cuando esta inferencia es mediata. Es el hábito o disposición del buen razonamiento, es decir, del proceso discursivo correcto»¹⁹.

De acuerdo a estos conceptos «intelecto y razón no son potencias diversas, sino una y la misma. Aún cuando sus actos sí sean diversos (...) Relacionando el modo de conocimiento con el *status* ontológico y el dinamismo subsecuente, propio de los espíritus creados en oposición al hombre, SANTO TOMAS establece una analogía entre los cuerpos celestes

¹⁷ LAMAS, Adolfo Félix, *Percepción e inteligencia jurídicas. Los principios y los límites de la dialéctica* en “Los principios y el Derecho natural en la metodología de las Ciencias Prácticas”, ed. Educa, Bs. As., (2002), pág. 17.

¹⁸ “...es el hábito de los primeros principios prácticos de la razón natural que le permite distinguir lo bueno de lo malo”. MONTEJANO, Bernardino (h), *Curso de Derecho natural*, (7ma ed.), ed. LexisNexis Abeledo-Perrot, Bs. As., (2002), pág. 184.

¹⁹ LAMAS, *op. cit.*, pág. 13, 14 y 15.

y las inteligencias angélicas y los cuerpos terrenos y la humana. Así como los cuerpos celestes alcanzan inmediatamente su última perfección, así la inteligencia intuitiva del ángel descubre –en los primeros principios captados naturalmente– todas las conclusiones contenidas en ellos sin mediar discurso alguno»²⁰.

El derecho, en sí mismo, es por un lado práctico y por otro, puramente racional, en tanto determina y regula la vida en sociedad. Pero, al tratarse de una ciencia, posee un método específico en orden al conocimiento de su fin, idea ésta plasmada en la máxima de ULPIANO: *iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi*²¹ (justicia es la constante y perpetua voluntad de dar a cada uno lo suyo).

2.b) La dialéctica como método de planteamiento de la problemática de los principios

La dialéctica es «el arte del diálogo, pero el diálogo era para PLATÓN toda operación cognoscitiva, ya que el pensamiento es un diálogo del alma consigo misma. En general, la dialéctica es el procedimiento propio de la investigación racional»²².

El término proviene del griego que se suele traducir por “razón discursiva” y que «remite a la capacidad de la razón de obtener conocimientos mediante la progresión de las premisas a una conclusión que necesariamente deriva de aquellas el conocimiento obtenido mediante causas y principios». Pero, el término, tiene diversas acepciones según los diversos pensadores²³.

²⁰ CASTAÑO, Sergio Raúl, *La Racionalidad de la ley*, ed. Ábaco de Rodolfo Depalma, pág. 27.

²¹ ULPIANO, *Digesto*, L. I, Tit. II, fr. 10, proemio.

²² ABBAGNANO, *op. cit.*, vol. I, pág. 104.

²³ «El término “dialéctica” se entiende según acepciones muy diversas. Reseñamos aquí las siguientes: (I) Como concepción no sólo de un método sino de la realidad al que aquél habría de ajustarse. Se subraya aquí la movilidad o carácter dinámico de todo. La dialéctica podría definirse como «la ciencia del movimiento» (Heráclito podría servir de emblema), y se opondrá a metafísica, entendida como concepción de la realidad (y aún de la realidad última) de un ser inmóvil (Parménides, Zenón). Objeción: Esta concepción es muy indeterminada. Tendría que dar cuenta de por qué Zenón -o Parménides-, pese a negar el movimiento en el plano de la realidad, han practicado el método dialéctico y aun lo han instaurado; luego, no es por los «argumentos contra el

HEGEL, aplicaba el término dialéctica a su sistema filosófico. El pensador alemán razonaba que «la evolución de las ideas se produce a través de un proceso dialéctico, es decir, un concepto se enfrenta a su opuesto y como resultado de este conflicto, se alza un tercero, la síntesis, que ostenta mayor verdad y precisión que los primeros. La dialéctica es para HEGEL la ley del mundo y de la razón que lo domina»²⁴.

En particular, la atención de los intérpretes se ha centrado en los últimos años en la dialéctica de ARISTÓTELES señalando su valor científico. «Este método argumentativo, como se ha dicho antes, no parte de premisas apodícticas, necesarias, sino plausibles, esto es, de opiniones notables

movimiento» por lo que un pensamiento deja de ser dialéctico, como tampoco deja de ser metafísico un pensamiento que propone como prototipo de sustancias eternas e inmóviles ciertos corpúsculos materiales llamados átomos. (II) Como concepción que defiende la «multilateralidad de relaciones» implicadas en cualquier proceso real (frente a la restricción esquemática de un proceso cualquiera a una «única línea» de relaciones, restricción en la que se haría consistir el modo de pensar metafísico). «El término dialéctica –leemos en una exposición del “materialismo dialéctico”– significa que todo está interconectado y que hay un proceso continuo de cambio en esta interrelación.» Emparentada con esta idea de dialéctica es la que subordina la dialéctica a la totalidad (G. Lukács, L. Goldmann). La principal objeción que levantamos contra esta concepción procede del que solemos llamar principio de *symploké*, formulado por Platón. (III) Como concepción que subraya la estructura de «retroalimentación negativa» de ciertas totalidades o sistemas, llamados, precisamente por este motivo, dialécticos (Klaus, M. Harris). Objeción: Consideramos gratuita tal propuesta reductora, puesto que, sin perjuicio de que los sistemas dotados de retroalimentación negativa sean dialécticos, no todo lo que es dialéctico tiene por qué ajustarse a tal modelo. (IV) Concepciones que se proponen definirla en función de las contradicciones implicadas en los procesos analizados (si bien los papeles que se atribuyen a estas contradicciones pueden ser muy distintos). Esta concepción es la que tiene más antigua tradición académica y escolástica (Platón, Aristóteles, Kant, Hegel). Nos acogemos a esta acepción fuerte de término dialéctica. («Fuerte» no solamente por su concreción, que comparte con la acepción iii, sino también por la magnitud de problemas que plantea; sin por ello querer decir que las restantes acepciones no susciten también «cuestiones de fondo», si bien su orientación más laxa permite diluir las dificultades o, al menos, aplazarlas.) La razón objetiva que cabría aducir para justificar esta decisión –que desde un punto de vista lexicográfico y doxográfico está autorizada– la tomamos de la posibilidad de reducir las restantes acepciones a la condición de casos particulares de la propuesta. GARCÍA SIERRA, Pelayo, *Diccionario filosófico. Manual de materialismo filosófico. Una introducción analítica*. ed. Biblioteca Filosofía en Español., Oviedo, (1999), pág. 96.

²⁴ Y, en efecto, la dialéctica tiene por objetivo unificar lo múltiple, conciliar las oposiciones, pacificar los conflictos, reducir cada cosa al orden y a la perfección del todo. Según HEGEL, multiplicidad, oposición, conflictos, son sin duda alguna reales como formas o aspectos de la alienación en que la razón viene a encontrarse frente a sí misma; pero precisamente por ello, son reales sólo como instrumentos de paso, formas de mediación del proceso a través del cual la razón se constituye en su unidad e identidad consigo misma, como autoconciencia absoluta. ABBAGNANO, *op. cit.*, vol. III, pág. 94.

–*éndoxa*– sostenidas por todos, por la mayoría o los sabios; desde ellas, también silogísticamente, se alcanzan conclusiones cuya verdad dependerá de la verdad de las premisas. Tales conclusiones pueden alcanzar un grado de necesidad que normalmente no será absoluto, pero sí suficiente para el ámbito del saber en que se desarrollan. La demostración dialéctica se realiza en el contexto de una discusión, y tiende a probar la validez o no de una tesis confrontándola, a ella y sus conclusiones, con las opiniones notables aceptadas previamente por quienes toman parte en la discusión y, más generalmente, por el común opinar de la generalidad o de la comunidad científica»²⁵.

Ahora bien, la dialéctica –al menos la dialéctica clásica de origen platónico y aristotélico– tiene como una de sus funciones la investigación en general y la investigación y solución de problemas en particular. «La experiencia jurídica, el método jurídico y el Derecho aparecen así en una relación estrecha con la dialéctica; en cierto modo, ellos son en sí mismo dialécticos»²⁶.

Preguntarnos acerca de los principios que rigen el derecho concursal, no es mera especulación filosófica, sino que ello tiene sentido, en la investigación que se propone, en orden a escudriñar hasta qué punto los principios y, particularmente, el de conservación de la empresa, tienen aplicación práctica, ya sea por consagración legislativa, o bien, por su aceptación doctrinaria y jurisprudencial, en el derecho de quiebras.

La dialéctica como método científico nos propone discutir y encontrar soluciones a la problemática concursal, sobre todo a partir del análisis de los diversos institutos –incluso de aquellos que históricamente han inspirado los concursos y quiebras: *par condicio creditorum*– para poder llegar a conclusiones más exactas, que nos permitan precisar aquellos que verdaderamente dan sustento a los concursos y quiebras.

²⁵ YARGA, *op. cit.*, pág. 132.

²⁶ LAMAS, *op. cit.*, pág. 37.

2.c) La experiencia jurídica. La importancia de la filosofía del derecho y de la valoración jurídica

La voz experiencia proviene del latín *experientia* y significa “hecho de haber sentido, conocido o presenciado alguien algo”²⁷.

La experiencia jurídica «tiene como una de sus funciones metodológicas el señalamiento del objeto de la ciencia del derecho y de la prudencia jurídica; ella constituye, asimismo, el contacto –intencional y real a la vez– con los fenómenos jurídicos en su concreción, para luego continuar, mediante abstracción e inducción, en la formulación de los principios»²⁸.

Para SFORZA se puede, pues, definir la filosofía del derecho como “aquella parte de la filosofía que estudia la experiencia jurídica, en su universalidad, como acto de vida”²⁹. Por otro lado, MARTINEZ DORAL dice: la filosofía del derecho podría definirse como “la pretensión de trascender la experiencia jurídica inmediata, en busca de los principios fundamentales que la justifican”³⁰.

Las vinculaciones entre la filosofía del derecho y la experiencia como contacto intencional, directo e inmediato del hombre con la realidad³¹, permiten sostener que el derecho como fenómeno, se exterioriza en la sociedad a través de la conducta del hombre o de los hechos sociales, que adquieren significación jurídica.

En el ejemplo de BERGSON, «alguien que no hubiera ido nunca a París puede decirnos muchas cosas sobre París, a través de crónicas de viaje que hubiera leído; pero una cosa muy distinta puede decirnos de París, quien ha visto París, quien ha vivido en París, quien ha transitado por las calles de París. Sólo esta segunda persona tendría por fuente de informa-

²⁷ También significa: 2. f. práctica prolongada que proporciona conocimiento o habilidad para hacer algo, 3. f. conocimiento de la vida adquirido por las circunstancias o situaciones vividas. 4. f. circunstancia o acontecimiento vivido por una persona. Diccionario de la Real Academia Española, (22ª edición), ed. Espasa-Calpe.

²⁸ LAMAS, *op. cit.*, pág. 20.

²⁹ SFORZA, Cesarini, *Filosofía del diritto*, 3ª ed. Milano, (1958), pág. 3.

³⁰ MARTINEZ DORAL, J. M., *La racionalidad práctica de la filosofía del Derecho en Persona y Derecho*, (1988), pág. 195.

³¹ LAMAS, Adolfo Félix, *La experiencia jurídica*, IEF “Santo Tomás de Aquino”, Bs. As., (1991), págs. 279-281.

ción su intuición, su experiencia, mientras que la otra ha recurrido a conceptos»³².

Tal como postula COSSIO, «cualquier norma, considerada desde el punto de vista del contenido dogmático, implica un hecho en la experiencia jurídica que pudo no ser así: de la misma manera que nosotros no tenemos legislada la institución de la enfiteusis, pudo no haber hipoteca o pudo no haber delito de lesiones en nuestro régimen jurídico. Pero lo que no pudo ni puede dejar de haber, porque en ese momento desaparecería el derecho mismo, es la valoración jurídica: cualquiera sea la institución que la realice, siempre esa institución es alguna justicia, algún orden, alguna seguridad, etc. Es decir, que podemos alterar el contenido dogmático, e incluso hacer desaparecer esta o aquella de sus figuras en un ordenamiento jurídico; pero lo que todas las figuras jurídicas tienen, y, por lo tanto, lo que no se puede hacer desaparecer, es una valoración positiva o negativa de justicia, de orden, de seguridad, etc. De manera, que la valoración jurídica se ofrece como un elemento material, pero necesario»³³.

Hace más de una década Julio César CUETO RÚA, al analizar el fallo dictado por el Tribunal de Apelaciones del Estado de Illinois, Estados Unidos, en el caso “Zepeda v. Zepeda” (190 N. E. 2d. 849) opinaba: “...La lectura de esa sentencia facilitará la observación de ciertos aspectos de la realidad de la experiencia judicial. Ayudará a comprender las diferencias en los estilos de pensamiento de quienes dirimen disputas teniendo en cuenta la realidad de la experiencia normativa, como es el caso del *common law* y de las modernas concepciones nórdicas del derecho privado y de quienes, en cambio, concentran su estudio en proposiciones normativas generales (leyes, decretos reglamentarios, reglamentaciones administrativas, acordadas judiciales, entre otras) para extraer de esas proposiciones, mediante procedimientos lógicos (deducción, construcción interpretativa, definición) las normas generales cuya aplicación permitirá

³² COSSIO, Carlos, *El Derecho en el Derecho judicial. Las lagunas del Derecho. La valoración judicial*, ed. Librería El Foro, pág. 64.

³³ *Idem*, pág. 77.

dictar sentencias consistentes y coherentes”³⁴. Por ello, puede sostenerse con cierta certeza, que la valoración jurídica es inmanente al Derecho³⁵.

La vida del derecho no ha sido lógica, ha sido experiencia. OLIVER W. HOLMES decía: “a veces el voto, ni siquiera, lleva lógicamente a la sentencia”³⁶. Por otro lado, MAX RADIN profería: “pueden haber otras razones mejores que las expresadas en el voto para fundar la resolución del caso”³⁷, en clara referencia a la entidad de la sentencia frente a la opinión del juez emitida en su dictamen.

La experiencia «permite acceder, en alguna medida, al valor concreto del objeto y a su identidad individual (sensibles *per accidens*); de la misma manera, alcanza a determinar ciertos vínculos reales inmediatos (v. gr. causalidad e intencionalidad voluntaria), todo lo cual significa una preparación material adecuada para la abstracción e inducción de las ciencias que tengan por objeto el valor, la substancia, la causalidad y la intencionalidad. En general, por su carácter noéticamente originario, la experiencia es necesaria para la constitución de todos los saberes, aunque ella integra la metodología de las ciencias en desigual medida, según la índole del objeto de cada una de ellas³⁸.

En particular, la experiencia jurídica en la aplicación práctica del derecho concursal requiere del estudio del derecho comparado, del análisis de los precedentes, de la interpretación doctrinaria y judicial y del análisis del *casus*, como elementos necesarios para este rñón de la ciencia del derecho; para la inducción de los principios comunes y propios de la materia y para la configuración de los principios secundarios³⁹.

³⁴ CUETO RÚA, Julio, *Lógica y experiencia en el Derecho. A propósito de Zepeda v. Zepeda*, L.L. 1991-D-954.

³⁵ COSSIO, *op. cit.*, pág. 77.

³⁶ HOLMES, Oliver W., *The common law*, a. impresión Little Brown and. Co. Boston, pág. 145.

³⁷ RADIN, Max, *Case law and stare decisis. Concerning Präjudienrecht in Amerika*, Columbia Law Review, t. 33, pág. 10.

³⁸ LAMAS, *Percepción...*, págs. 23 y 25.

³⁹ Cfr. *ibidem*.



§ 3. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LOS PRINCIPIOS

3.a) Codificación y *common law*

Un primer interrogante que podría plantearse el lector servirá para iniciar el presente apartado: ¿son los principios, directrices pertenecientes al derecho codificado, únicamente, o también aparecen en sistemas no normatizados? Los términos “principios generales del derecho”, “principios jurídicos”, “ideas directrices”, etc., son utilizados comúnmente por la doctrina y la jurisprudencia, muchas veces, en un claro apartamiento del contenido de la norma, para justificar una decisión. Pero, precisamente, estas ideas permiten al magistrado encontrar motivos sobrados para argumentar una sentencia, sin que el mismo violente el ordenamiento jurídico.

Así como en los países de concepción jurídica romanista, se dice, que detrás de una norma existe un principio que lo sustenta, así también en el *common law*, detrás de la jurisprudencia, existen ideas que el jurista anglo-americano profesa sobre la operación del *principle*⁴⁰.

La fuerte corriente racionalista del siglo XVIII culminó en la codificación francesa, lo cual provocó el nacimiento de esta escuela, de la exégesis, que asentada sobre el positivismo jurídico, proclamó la omnipotencia del derecho positivo. Es decir, frente a los intentos del iusnaturalismo de querer crear un código ideal, reacciona el positivismo señalando que no hay más Derecho que aquel que es producto de la experiencia jurídica⁴¹.

⁴⁰ «Basta una observación superficial para percatarse de que es muy heterogéneo el conjunto de cuestiones que incluimos entre los principios generales del derecho: “consideraciones” de la jurisprudencia, y axiomas y máximas propuestos por la doctrina. Se encontrarán, en efecto, principios didácticos y constructivos, ideas dominantes en un sistema jurídico nacional y principios abstractos en que se inspira una institución universal, principios que se derivan como *ratio* de los fundamentos vigentes del Derecho, y otros que han sido introducidos por la tradición, unos que han sido propuestos por la práctica jurisprudencial y otros que la estructura política ha proclamado obligatorios, principios materiales y principios heurísticos o técnicos de la aplicación del Derecho, y finalmente principios generales superiores que por definición informan “todo Derecho”». ESSER, Josef, *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho privado*, ed. Bosch, Barcelona, (1961), pág. 4.

⁴¹ «Y el ideal de la escuela racionalista de elaborar un código válido para todos los tiempos y lugares es, en cierto modo, acogida por esta primera codificación Europea que, superando la



Prácticamente, «desde la época de la codificación, pero con renovado ímpetu en las últimas décadas, viene insistiéndose en que el derecho no es sólo un universo de normas, o al menos, no sólo de esas normas de estilo concluyente propias del Código Penal, sino que comprende también principios o principios generales»⁴².

Los juristas que intervinieron en la redacción del Código Napoleónico, «con un alto sentido práctico, hicieron desaparecer el primer artículo del proyecto de título preliminar, que declaraba solemnemente la existencia del derecho natural, el cual postulaba: “Existe un derecho universal e inmutable, fuente de todas las leyes positivas; él es la razón natural que gobierna a todos los hombres”. No obstante, hemos de afirmar, frente a esta aseveración de RIPERT, en su obra clásica: “La regla moral en las obligaciones civiles”, que durante todo el siglo XIX la doctrina del derecho natural prevalece en todos los campos, y que partiendo de esta concepción los juristas adoptan una posición segura y cómoda; porque para juzgar las leyes humanas no tienen más que escuchar la razón, que les sirva para la labor interpretadora y, además, como medio de salvar las lagunas que puedan presentar. Así, si el derecho positivo no contiene ninguna regla, se hace un llamamiento al derecho natural, y si la regla es

etapa de las meras recopilaciones de leyes, concibe el Derecho legislado como un cuerpo, como una unidad orgánica, donde los preceptos no está insertos de una manera desconexa, sino en íntima dependencia y articulación. Por eso, el Código Napoleón trata de revestirse de omnipotencia legislativa: sólo es Derecho lo que está en él; no hay Derecho fuera de él. De este modo los civilistas realizan el ideal que en el campo de la especulación filosófica concibieron los iusnaturalistas. Sin embargo, se ha dicho que el Código francés no recoge, aparentemente, las ideas filosóficas de su época, es decir, esta corriente avasalladora del iusnaturalismo racionalista». Cfr. RODRÍGUEZ - ARIAS BUSTAMANTE, Lino, *Ciencia y filosofía del Derecho*, ed. Ediciones jurídicas Europa – América, Bs. As., (1961), pág. 97.

⁴² «No puede exigirse del legislador que exponga todos los principios generales en artículos de tal claridad, que de ellos puedan derivarse, por una simple deducción, las consecuencias aplicables a todos los casos especiales que caigan bajo los principios en cuestión. Además, no es tampoco misión del legislador sentar una norma especial para todos y cada uno de los supuestos concretos que la vida va presentando. Finalmente, no incumbe al legislador adivinar todas las argucias técnicas que pueden inaugurarse para frustrar el propósito de la ley (frente a una jurisprudencia que se atiene exclusivamente a la letra de la misma)»; sentencia del Tribunal Supremo Alemán». Cit. por SANCHIS, Luis Pietro, *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, (1992), pág. 5 y 6.

contraria a los principios proclamados por éste, ella tiene que desaparecer, porque la justicia del derecho natural la condena»⁴³.

La significación que los principios poseen para la evolución jurídica, sufrió también importantes cambios de una época a otra. «Hoy en día, ni siquiera los sistemas de derecho civil codificado se dan por satisfechos con los principios sacados por inducción de los textos legales en los que antes parecía estribar todo el problema. Atañe a la jurisprudencia, y sobre todo a la judicatura –cuya función consiste en corroborar los dictados de aquella, mediante una directa intervención en las situaciones prácticas–, el sacar a la luz los principios que, aun sin estar concretados en una norma general están, sin embargo, expresados en la ley, y aplicarlos a los casos que la ley no menciona expresamente, pero nos vienen dados por la vida y caen bajo aquellos principios»⁴⁴. Aunque, también es propio de la doctrina, desentrañar los principios generales de una particular materia de estudio.

Entre el lugar que ocupan las normas, y el que corresponde a los principios, podrían efectuarse distinciones o bien construcciones dogmáticas, que servirían para justificar la postura del positivismo (sistemática y rígida), pero no para convalidar la completitud del sistema jurídico.

En palabras de DWORKIN, «los principios hacen referencia a la justicia y la equidad (*fairness*). Mientras que las normas se aplican o no se aplican, los principios dan razones para decidir en un sentido determinado, pero, a diferencia de las normas, su enunciado no determina las condiciones de su aplicación. El contenido material del principio –su peso específico– es el que determina cuando se debe aplicar en una situación determinada. Los principios –además– informan las normas jurídicas concretas de tal forma que la literalidad de la norma puede ser desatendida por el juez cuando viola un principio que en ese caso específico se considera importante»⁴⁵.

Dentro del ordenamiento concursal podrían mencionarse a título enunciativo, los principios de “universalidad”, “unidad”, “conurrencia” y otros; que, o bien específicos de la materia, o bien implícitos en la nor-

⁴³ RODRÍGUEZ - ARIAS BUSTAMANTE, *op. cit.*, pág. 97 y 98.

⁴⁴ ESSER, *op. cit.*, pág. 5.

⁴⁵ DWORKIN, Ronald, *Los Derechos en serio*, trad. Marta Guastavino, 5ª reimp., ed. Ariel, Barcelona, (2002), pág. 9.

mativa, brindan apoyo para la construcción que la jurisprudencia, va realizando de éstos.

Obsérvese por ejemplo, que en el caso de la *par condicio creditoris* (igualdad de acreedores), amen de la imposición contenida en el art. 43 segundo párrafo⁴⁶ y de la referencia genérica que realiza el art. 56 del ordenamiento concursal en el sentido de atacar con la nulidad cualquier prerrogativa que importe otorgar un beneficio a algunos acreedores en detrimento de los otros; su origen no lo encontramos en la normativa falencial, sino que el mismo halla algún esbozo en el art. 3876 del Código Civil⁴⁷, impidiendo la concesión de beneficios a ciertos acreedores en detrimento del resto: privilegios, ya que estos, únicamente pueden ser creados por la ley.

Del ejemplo brindado puede extraerse, que la Ley de Concursos y Quiebras nada dice con respecto a que los acreedores deben encontrarse en un pie de igualdad, sino que se limita a fulminar con la nulidad el privilegio concedido a algunos acreedores, en estas condiciones. A su zaga, el Código Civil, se encarga de enunciar que el deudor no puede beneficiar a uno o algunos de sus acreedores, salvo que el privilegio proviniera de la ley.

Como se puede apreciar, ninguno de los dos ordenamientos sostienen textualmente que los acreedores se encuentran frente al deudor en un pie de igualdad, sino que ello se infiere de un principio más general, como es el de igualdad⁴⁸, que se encuentra consagrado en la Constitución Nacional (*vide* Capítulo VIII).

De lo referido se puede inferir que un principio puede no haber sido consagrado normativamente por el legislador, pero la ausencia de tal reconocimiento, no le impide al juez aplicarlo, como que así tampoco le

⁴⁶ Art. 43. *Periodo de exclusividad*. "...Las propuestas deben contener cláusulas iguales para los acreedores dentro de cada categoría, pudiendo diferir entre ellas..."

⁴⁷ Art. 3876: "El privilegio no puede resultar, sino de una disposición de la ley. El deudor no puede crear privilegio a favor de ninguno de los acreedores. Puede convenirse la postergación de los Derechos del acreedor hasta el pago total o parcial de otras deudas presentes o futuras del deudor".

⁴⁸ La Constitución Nacional reza en el art. 16: "La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento: no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad. La igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas".

resta efectividad su interpretación doctrinaria. Para ESSER, “el centro de gravedad va desplazándose lentamente desde el sistema codificado a una casuística judicial orientada según principios”.

El proceso de superación del normativismo rígido es lento, recién en la década del 70 el Consejo de Estado Francés admitió como parte del derecho a los principios; y en España, la reforma al Código Civil de 1974 se atrevió a indicar que los principios generales del derecho “informaban” a todo el sistema jurídico, aunque les reconoce el papel de fuente supletoria de la ley y la costumbre⁴⁹.

El “bien común”, “la razonabilidad”, “la equidad” son principios que no tienen en términos normativos reconocimiento expreso por parte del creador de la ley, pero eso no significa desconocer la aceptación de ellos como dispositivos rectores que ayudan al juez en la toma de decisiones.

3.b) Criterios de valoración y distinción entre normas y principios

PERELMAN, ha enunciado que «si el siglo XIX ha sido en el derecho, el siglo del formalismo, el siglo XX, bajo la influencia de consideraciones sociológicas y metodológicas, conduce al realismo, al pluralismo jurídico, a la aceptación del papel creciente de los principios generales del derecho, a una concepción más tópica que formalista del razonamiento jurídico»⁵⁰. El comienzo de esta nueva centuria, parecería acentuar esa concepción.

La diferencia entre principios jurídicos y normas jurídicas es una distinción lógica. «Ambos conjuntos de estándares apuntan a decisiones particulares referentes a la obligación jurídica en determinadas circunstancias, pero difieren en el carácter de la orientación que dan. Las normas son aplicables a la manera de disyuntivas. Si los hechos que estipula una norma están dados, entonces o bien la norma es válida, en cuyo caso la respuesta que da debe ser aceptada, o bien no lo es, y entonces no aporta

⁴⁹ VIGO, Rodolfo Luis, *Nuevos vientos de la filosofía del Derecho* en “Anuario de Filosofía Jurídica y Social”, ed. Abeledo-Perrot, Bs. As., (1993), págs. 124.

⁵⁰ PERELMAN, Chaim, *À propos de la règle de droit. Réflexions de méthode* en “La règle de droit”, Études publiées par C. Perelman, Bruxelles, Bruylant, (1971), pág. 323.

nada a la decisión (...) Los principios tienen una dimensión que falta en las normas: la dimensión del peso o importancia»⁵¹.

Con la voz “norma” «se alude a que algo deba ser o producirse; en particular, a que un hombre deba comportarse de determinada manera. Sin embargo, de cara al significado de la separación de la ley respecto de los derechos y de la justicia, dentro de una noción genérica de norma de este tipo, es importante diferenciar lo que podría denominarse “regla” de lo que podría, por el contrario, denominarse “principio”. Si esa separación no se reflejase en la distinción regla-principio, no tendría la capital importancia que hoy, en cambio, debe reconocérsele en el mundo del derecho. 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 interesan en la medida en que son principios). Por ello, distinguir los principios de las reglas significa, a grandes rasgos, distinguir la Constitución de la ley. Las reglas proporcionan el criterio de nuestras acciones, nos dicen cómo debemos, no debemos y podemos actuar en determinadas situaciones no previstas por las reglas mismas; los principios, directamente, no nos dicen nada a este respecto, pero nos proporcionan criterios para tomar posición ante situaciones concretas pero que *a priori* aparecen indeterminadas»⁵².

Conforme sostenía STATI, «*le principe juridique diffère de la règle juridique par le défaut de précision*» (el principio jurídico difiere de la regla jurídica por la falta de precisión)⁵³.

⁵¹ «...una norma jurídica puede ser más importante que otra porque tiene un papel más relevante en la regulación del comportamiento. Pero no podemos decir que una norma sea más importante que otra dentro del sistema, de modo que cuando dos de ellas entran en conflicto, una de las dos sustituye a la otra en virtud de su mayor peso. Si se da un conflicto entre dos normas, una de ellas no puede ser válida. La decisión respecto de cuál es válida y cuál debe ser abandonada o reformada, debe tomarse apelando a consideraciones que trascienden las normas mismas (...) En ocasiones una norma y un principio pueden desempeñar papeles muy semejantes, y la diferencia entre ambos es casi exclusivamente cuestión de forma». DWORKIN, Ronald, *Los Derechos en serio*, trad. Marta Guastavino, 5ª reimp., ed. Ariel, Barcelona, (2002), págs. 74 y 75.

⁵² ZAGREBELSKY, Gustavo, *El Derecho dúctil. Ley, Derechos, justicia*, trad. Marina Gascón, (2ª edición), ed. Trotta, Madrid, (1997), págs. 109 y 110.

⁵³ STATI, Marcel O., *Le standard juridique*, ed. Librairie de Jurisprudence Ancienne et Moderne, París, (1927), pág. 56.

La aplicación lisa y llana de la norma (*rule*), no genera *per se* un análisis lógico valorativo, sino que ello se produce cuando la ley, calla, omite o silencia, o cuando ésta contraría los principios (*principles*) generales del derecho, en cuyo caso, se debe efectuar un análisis axiológico.

Pronunciaba FEUERBACH que “a partir de un determinado límite, es imposible hacer marcha atrás y derivar directamente lo general de lo particular, por lo que no queda otro recurso que empezar hallando la regla independientemente de lo dado”. De ello, colige: “aquí debo, por tanto, salir de lo positivo para volver a entrar en lo positivo”⁵⁴.

Siguiendo un criterio positivista, debe citarse la posición del profesor HART, quien presentó el positivismo jurídico como una determinada tradición isufilosófica sobre dos problemas sustanciales, a saber, el del concepto de derecho y el de las relaciones entre el derecho y la moral. En su obra principal lo hace de la siguiente manera: «La expresión “positivismo” se usa, en la literatura angloamericana contemporánea, para designar una o más de las siguientes tesis: 1) que las leyes son mandatos de seres humanos; 2) que no hay conexión necesaria entre el derecho y la moral, o entre el derecho como es y el derecho como debe ser; 3) que el análisis o estudio de los significados de los conceptos jurídicos es un estudio importante que ha de ser distinguido de las investigaciones históricas, las investigaciones sociológicas, y la valoración crítica del derecho en términos morales, 4) que un sistema jurídico es un “sistema lógico cerrado”, en el cual, las decisiones correctas pueden ser deducidas a partir de reglas jurídicas predeterminadas por medios puramente lógicos; 5) que los juicios morales no pueden ser establecidos, a diferencia de las proposiciones de hecho, por medio de argumento, evidencia o pruebas racionales»⁵⁵.

Ciertamente esta posición ha sido rebatida por la crítica naturalista, en tanto una postura que no acuda a fines o principios morales, no puede explicar la realidad jurídica.

El positivismo ha resultado insuficiente como metodología en la interpretación y aplicación del derecho, como para que el *judge* encuentre en la norma, todas las soluciones que la realidad le presenta al momento

⁵⁴ FEUERBACH, P. J. A., *Über Philosophie und Empirie in ihrem Verhältnis zur positiven Rechtswissenschaft*, (1804), pág. 76.

⁵⁵ ORREGO SANCHEZ, C., *H.L.A. Hart, abogado del positivismo jurídico*, ed. Eunsa, Pamplona, (1997), pág. 17.

de resolver un litigio; encontrándose obligado a encontrar remedios, más allá de la simple lectura que la norma le aporta al caso, para lo cual se ve en la necesidad de recurrir a los “principios”.

En palabras de PUIG PEÑA, «los principios están allí, *in situ*, con propia energía y vida..., tienen una virtualidad jurídica *in se* (por ellos mismos) dada la magnificencia de su contenido y la eficacia de su actuación»⁵⁶.

BETTI sostuvo el carácter meramente informador de los principios, entendidos como orientadores o ideales de política legislativa⁵⁷. «En caso de laguna, los principios quieren presentarse como la única fuente de derecho (...) Recurrir a los principios resulta tan obligatorio o tan facultativo como practicar la analogía o tener en cuenta la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas las leyes. Lo que ocurre es que, una vez construido, el principio puede, a su vez, desempeñar una doble función: la de fuente en caso de laguna y la de criterio hermenéutico en caso de duda interpretativa; ambas son funciones normativas, si bien (...) creo que con un peso o importancia diferente en orden a la adopción de la decisión»⁵⁸.

En 1889 un Tribunal de Nueva York tuvo que decidir, en el famoso caso “Riggs v. Palmer”, si un heredero designado en el testamento de su abuelo podía heredar en virtud de ese testamento aunque para hacerlo hubiera asesinado al abuelo. El razonamiento del Tribunal comenzaba por advertir: «es bien cierto que las leyes que regulan la preparación, prueba y efecto de los testamentos y la entrega de la propiedad al heredero, si se interpretan literalmente, y si su fuerza y efecto no pueden en modo alguno ni en ninguna circunstancia ser verificados ni modificados, conceden esta propiedad al asesino». Pero el Tribunal continuaba señalando que «todas las leyes, lo mismo que todos los contratos, pueden ser controlados en su operación y efecto por máximas generales y fundamentales del derecho consuetudinario. A nadie se le permitirá aprovecharse de su propia injusticia, o fundar demanda alguna sobre su propia iniquidad o

⁵⁶ PUIG PEÑA, F., *Tratado de Derecho Civil Español*, ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, (1957), pág. 329.

⁵⁷ Cfr. BETTI, E., *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*, (2da. ed., 1971), trad. de J. L. de los Mozos, ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, (1975), pág. 281.

⁵⁸ SANCHIS, *op. cit.*, pág. 31.

adquirir propiedad por su propio crimen»⁵⁹. El Tribunal concluyó en que el asesino, no podía recibir la herencia

Tal como lo afirmara ESSER, «un principio jurídico no es un precepto jurídico, ni una norma jurídica en sentido técnico, en tanto no contenga ninguna instrucción vinculante de tipo inmediato para un determinado campo de cuestiones, sino que requiere o presupone la acuñación judicial o legislativa de dichas instrucciones. Los principios jurídicos a diferencia de las normas de derecho, son contenido en oposición a forma, aunque el uso de estas categorías aristotélicas no debe inducirnos a pensar que la forma sea lo accesorio de algo esencial»⁶⁰.

Es preciso darse cuenta, que el «derecho por reglas» del Estado de derecho decimonónico era algo cualitativamente distinto al “derecho por principios” del Estado constitucional contemporáneo y de que este cambio estructural del derecho tiene que comportar necesariamente consecuencias muy serias también para la jurisdicción»⁶¹.

Ciertas expresiones que utilizamos con frecuencia como «razonable», “negligente”, “injusto” y “significativo” cumplen precisamente esta función. Cada uno de esos términos hace que la aplicación de la norma que lo contiene dependa, hasta cierto punto, de principios o directrices que trascienden la norma, y de tal manera hace que ésta se asemeje más a un principio. Pero no la convierten totalmente en un principio, porque incluso el menos restrictivo de estos términos limita el tipo de los otros principios y directrices de los cuales depende la norma»⁶².

Siguiendo el razonamiento del profesor DWORKIN, y asimilándolo al campo del derecho concursal, cuando el art. 52 (t.o. ley 26.086) sostiene que el juez “en ningún caso homologará una propuesta abusiva o en fraude a la ley”, genera una doble tarea para el juzgador: 1) la de aplicar sin cortapisas el apartado normativo (carácter de orden público de la ley de concursos) y 2) formular un juicio de valoración ético, de peso o importancia del principio por sobre la disposición legal⁶³.

⁵⁹ Cfr. DWORKIN, *op. cit.*, pág. 73.

⁶⁰ ESSER, *op. cit.*, pág. 65.

⁶¹ ZAGREBELSKY, *op. cit.*, pág. 112.

⁶² DWORKIN, *op. cit.*, pág. 74 y 75.

⁶³ *Idem*, pág. 79.

Debe tenerse presente que un principio jurídico no es un precepto dispositivo, ni una norma jurídica en sentido técnico, sino que sirve como guía en la resolución de cuestiones que suelen presentarse complicadas por la obligatoriedad que podría imponer la norma, frente a la justicia que podría extraerse del principio. La justicia, equidad, razonabilidad, etc., de la decisión remite a cuestiones valorativas que exceden la letra fría de la ley. Y es precisamente aquí, donde puede apreciarse la distinción entre “principio” y “norma”, que se da cuando el juez sale del automaticismo en la aplicación dogmática de la ley, apartándose de toda consideración axiológica (HART)⁶⁴, para ingresar en un plano valorativo, de mayor peso o importancia (DWORKIN)⁶⁵ o por medio de un juicio de optimización (ALEXY)⁶⁶.

3.c) Principios y máximas jurídicas

La doctrina tradicional relativa a los principios generales del derecho, ha distinguido entre principios generales y reglas o máximas jurídicas, entendiendo que estas últimas «no tienen valor jurídico propio ni menos eficacia de fuente jurídica; son expresiones técnicas o recursos pedagógicos»⁶⁷, pero sin analizar que tipo de normas son los principios. En el campo jurídico, los principios se integran con una serie de máximas, adagios y apotegmas, cuya importancia, se ha impuesto a través de la historia por su expandida utilización.

El término “apotegma” proviene del latín *apophthegma*, y éste del griego ἀπόφθεγμα que indica «dicho breve y sentencioso; dicho feliz, generalmente el que tiene celebridad por haberlo proferido o escrito algún hombre ilustre o por cualquier otro concepto»⁶⁸.

⁶⁴ Cfr. HART, Herbert L.A., *El concepto de Derecho*, trad. Genaro Carrió, ed. Abeledo Perrot, Bs. As., (1963), pág. 229.

⁶⁵ Cfr. DWORKIN, *op. cit.*, pág. 77.

⁶⁶ Cfr. ALEXY, Robert, *Teoría de los Derechos fundamentales*, 1ª reimp., trad. de Ernesto Garzón Valdés, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, (1997), pág. 112.

⁶⁷ Cfr. SANCHIS, *op. cit.*, pág. 29.

⁶⁸ Diccionario de la Real Academia Española, (22ª edición), ed. Espasa-Calpe.

De acuerdo al Diccionario de la Real Academia Española, “adagio” proviene del latín *adagium*, que significa “sentencia breve, comúnmente recibida, y, la mayoría de las veces, moral”.

En el campo jurídico, «la importancia de los adagios ha sido grande en los tiempos antiguos durante los cuales, debido a la escasez de leyes y de otros criterios normativos establecidos en forma positiva servían como integradores, como diríamos hoy, para juzgar y resolver los casos; en nuestros días, en vez, su importancia es grande como depuradores, porque frente a un exceso de leyes, fenómeno llamado inflación legislativa o motorización de la legislación, se vuelve urgente, muchas veces, depurar el ordenamiento y eliminar disposiciones contradictorias para poder superar las antinomias que se presentan»⁶⁹.

Por otro lado, la expresión “máxima” proviene del latín medieval *maxima*, que indica, sentencia, regla; y en sus dos primeras acepciones, importa “regla, principio o proposición generalmente admitida por quienes profesan una facultad o ciencia”, y también se entiende como, “sentencia, apotegma o doctrina buena para dirigir las acciones morales”⁷⁰. Las máximas representan puntos de vista que la tradición jurídica ha tenido siempre en cuenta y que proporcionan argumentos que la nueva metodología no puede descuidar, si quiere conciliar la fidelidad al sistema con el carácter razonable y aceptable de la decisión⁷¹.

El derecho romano nos ha transmitido numerosos adagios caracterizados por su concisión, su equilibrio, su generalidad y hasta su genialidad, que aún hoy persisten. Muchos de ellos en palabras de Bernardino MONTEJANO (h), “revelan la lógica, la evidencia, el buen sentido”, como aquellos de GAYO que aparecen en el Digesto: “*in toto et pars continetur*” (en el todo está contenida también la parte) o “*semper specialia generalibus insunt*” (las cosas especiales están contenidas en las generales). Los

⁶⁹ MONTEJANO, Bernardino (h), *Curso de Derecho natural*, (7ª edición), ed. LexisNexis Abeledo-Perrot, Bs. As., (2002), pág. 330.

⁷⁰ Diccionario de la Real Academia Española, (22ª edición), ed. Espasa-Calpe.

⁷¹ PERELMAN, Chaim, *La lógica jurídica y la nueva retórica*, ed. Civitas, Madrid, (1988), págs. 118 y 119.

adagios son breves, pero en pocas palabras encierran muchas cosas; así, “*iura novit curia*”⁷² (el juez conoce el Derecho).

Nuestro sistema legal, ha receptado muchos adagios, entre ellos, la presunción de inocencia, “*quisquis praesumitur bonus*”; el de que nadie puede ser perseguido dos veces por el mismo delito “*non bis in idem*”; en caso de duda, se aplica la norma más favorable al imputado, “*in dubio pro reo*”; o “*par condicio creditoris*” condición de igualdad de los acreedores, los que sin enunciar reglas rígidas, contribuyen a su progreso y su realización, por la idea y los valores que expresan.

Los adagios «tienen una función docente y atemporal: “son un mensaje del pasado al presente”: esencial, ya que sacrifican los detalles, lo accesorio, lo contingente y lo directivo, porque promueven la reflexión, señalan un camino, ayudan, corroboran»⁷³.

Dentro de los diversos ordenamientos, puede comprobarse una generalizada utilización de máximas, principios o adagios que, si bien es cierto no son estructuras armadas que deciden un asunto, el uso corriente y su persistencia en el tiempo, las han transformado en enunciados de inestimable valor.

La Ley de Concursos y Quiebras 24.522 ha seguido algunos de estos preceptos, en particular, aquel referido a la igualdad de trato de los acreedores, o el otro atinente a la universalidad del patrimonio del deudor⁷⁴, de

⁷² «*Iura*: se refiere al conjunto de normas jurídicas de diverso origen legal, consuetudinario, jurisprudencial, contractual, que deben guiar al juez en la determinación de lo que es justo. *Novit* hace alusión a la obligación que tiene el juez de conocer aquellas normas para poder resolver diligentemente la causa, pero como el juez en general resuelve acerca de los hechos, debe también conocer los hechos a través de las pruebas que, aportadas por las partes son, según Francesco CARNELUTTI, como las llaves que le permiten entrar en lo desconocido. Finalmente, *curia* se refiere a que cada juez que ejercita la potestad jurisdiccional, se encuentra por encima de las partes, sujetas a la misma y al servicio de la justicia; aquí nos referimos al término juez en sentido amplio, no limitado a los integrantes del Poder Judicial, sino también comprendiendo otras jurisdicciones como la administrativa, la fiscal, la del juicio político, por mal desempeño de un cargo o cualquier otra causa de destitución”. MONTEJANO, *op. cit.*, pág 332.

⁷³ *Idem*, pág. 333.

⁷⁴ «El principio concursal de universalidad guarda paralelismo con la noción del patrimonio como universalidad jurídica. Cuando se considera al patrimonio como el conjunto de bienes y deudas (o cargas) de una persona, o también como el conjunto de sus derechos y obligaciones susceptibles de apreciación pecuniaria o valoración económica, los procesos que comprometen al patrimonio (en vez de comprometer algunos bienes singulares) tienden a sujetar todos los activos del deudor, y convocan a dirimir y efectivizar sus derechos sobre ellos a todos los titulares de

lo que puede advertirse un marcado acento e influencia del derecho romano en nuestro derecho positivo, fuente de la cual abrevara nuestro codificador.

3.d) Caracterización normativa de los principios

No deja de ser una inconsecuencia doctrinal afirmar el carácter normativo de los principios y negar esa naturaleza para las reglas sobre la interpretación, «pues tanto por su historia como por su función los principios aparecen como instrumentos hermenéuticos»⁷⁵.

Cuando nos preguntamos acerca de cual es la importancia y que sentido tiene aplicar principios, nos remitimos casi automáticamente a fundamentos generales del derecho, a bases constitucionales, o a razones meramente axiológicas o de orden moral. Pero, también podrían efectuarse algunas otras consideraciones, como por ejemplo: si los principios pertenecen exclusivamente al plano constitucional o, si son propios limitados al derecho de un determinado Estado o, si tienen aplicación en disciplinas muy normatizadas o especiales.

Cuando el art. 16 del Código Civil, remite a los principios generales del derecho, se piensa inmediatamente que estamos en presencia de elementos que surgen del derecho natural, y no tienen concreción práctica en ninguna ley o costumbre. Por ello, recurrir a los principios resulta tan obligatorio o tan facultativo como practicar la analogía o tener en cuenta la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas las leyes. Lo que ocurre es que, «una vez construido, el principio puede, a su vez, desempeñar una doble función: la de fuente en caso de laguna y la de criterio hermenéutico en caso de duda interpretativa; ambas son funciones nor-

acreencias contra ese deudor (...) En su perfil objetivo, la universalidad se refiere a los bienes comprometidos en el proceso concursal (activo concursal). En su expresión o perfil subjetivo, llamado también colectividad, relaciona a todos los sujetos involucrados como acreedores o titulares de pretensiones que pudieran afectar la integridad patrimonial del concursado (pasivo concursal)». ROUILLON, Adolfo, *Régimen de Concursos y Quiebras*, (15ª edición), ed. Astrea, Bs. As., (2006), pág. 37.

⁷⁵ SANCHIS, *op. cit.*, pág. 30.

mativas, si bien, como he dicho, creo que con un peso o importancia diferente en orden a la adopción de la decisión»⁷⁶.

Según el dualismo positivista, «la “producción” del derecho —es decir, la *formación*— vendría determinada meramente por la voluntad creadora y, al contrario, el “conocimiento” del Derecho —es decir, la ciencia jurídica— dependería puramente de la reflexión racional. De este modo, formación y ciencia del derecho se reconducen a dos facultades del espíritu humano entre las que no existiría ningún nexo de unión»⁷⁷.

En base a estos pensamientos, podría sostenerse que el principio resultaría, así, un punto de partida, pero no reducible a su vez a otros puntos de partida —por lo menos, de la misma especie—, y si una ciencia determinada tiene uno o varios principios, éstos serán tales sólo en cuanto no haya otros a los cuales puedan reducirse; ello con la aclaración que formula FERRATER MORA, de que “puede admitirse que los principios de una determinada ciencia, aunque ‘puntos de partida’ de tal ciencia, son a su vez dependientes de ciertos principios superiores y, en último término, de los llamados “primeros principios”, *prima principii*, es decir “axiomas” o *dignitates*”⁷⁸.

Para FERRARA, la palabra “principio” debe distinguirse en dos sentidos: “primero como principios fundamentales del ordenamiento jurídico, informadores de su desarrollo y orientadores de la tarea legislativa”; y segundo, como “principios del derecho positivo, a los que se arriba por extracción de concretas disposiciones legales”⁷⁹.

WALKER sostiene que para el sistema americano, los principios «son preceptos generales (*general precepts*) que sirven como puntos de partida con autoridad (*as authoritative starting points*) para el razonamiento legal, en casos en que lo que se debe decidir no se encuentra cubierto por reglas (*rules*) más específicas»⁸⁰.

⁷⁶ *Idem*, pág. 31.

⁷⁷ ZAGREBELSKY, *op. cit.*, pág. 120.

⁷⁸ FERRATER MORA, José, *Diccionario de filosofía*, ed. Sudamericana, Bs. As., (1968), t. II, pág. 480.

⁷⁹ Cfr. FERRARA, Francesco, *I principi generali dell'ordinamento giuridico* en “*Scritti giuridici*”, ed. Giuffrè, Milano, (1954), t. I, pág. 125.

⁸⁰ WALKER, David M., *The Oxford companion to law*, Oxford, Clarendon Press, (1980), pág. 989.

Dentro de un campo más cerrado, para BOULANGER el “término” sólo suscita en el espíritu, representaciones bastante confusas⁸¹. MARTY y RAYNAUD dicen que si bien en las discusiones y exposiciones jurídicas se recurre a menudo a los principios, la noción “permanece oscura” aunque por sí misma la palabra principio sólo evoca la idea de nociones particularmente generales y fundamentales⁸².

La concepción del “derecho por principios” tiene, por tanto, «los pies en la tierra y no la cabeza en las nubes. La tierra es el punto de partida del desarrollo del ordenamiento, pero también el punto al que éste debe retornar. Naturaleza práctica del derecho significa también que el derecho, respetuoso con su función, se preocupa de su idoneidad para disciplinar efectivamente la realidad conforme al valor que los principios confieren a la misma. No se trata de asignar a lo “fáctico” una prioridad sobre lo “normativo”, sino de mantener una concepción del derecho que permita que estos dos momentos no sean irrelevantes el uno para el otro, como, por el contrario, sucede en el positivismo»⁸³.

DEL VECCHIO refiere que de las normas particulares formuladas por el legislador, aún combinadas ingeniosamente y dándole un sentido mucho más amplio del suyo literal, no siempre puede obtenerse un principio capaz de resolver los nuevos casos que la vida presenta constantemente en su continuo fluir: ello conduciría –según su opinión– a introducir un nuevo obstáculo que el legislador ha querido remover, y a negar a los principios generales su verdadera virtud de integración⁸⁴.

El derecho como disciplina práctica está necesariamente anclado a la realidad. Contrariamente a lo que a primera vista podría parecer, «los principios no determinan el ordenamiento sólo a través de derivaciones deductivas que imiten torpemente a las ciencias lógico-formales. *Ex principiis derivationes* podría valer si se reconociese únicamente su primera dimensión, la de normas que condicionan el desarrollo de todas las demás

⁸¹ Cfr. BOULANGER, Jean, *Principes généraux du droit et droit positif*, en “Études offertes à Georges Ripert, Le droit privé français au milieu du xx^e siècle”, t. I, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, (1950), t. I, pág. 51, n.º 1.

⁸² Cfr. MARTY, Gabriel – RAYNAUD, Pierre, *Droit Civil*, (2^a ad.), Paris, Sirey, (1972), t. I, n.º 125, pág. 230.

⁸³ ZAGREBELSKY, *op. cit.*, pág. 122.

⁸⁴ Cfr. DEL VECCHIO, Giorgio, *Los principios generales del derecho*, trad. J. Osorio Morales, (3^a edición), Barcelona, Bosch, (1979), pág. 57.



normas. Bajo esta perspectiva podrían encontrarse de acuerdo –quizás, significativamente– tanto las doctrinas positivistas como las del iusnaturalismo puramente racionalista. Pero estaríamos ante una perspectiva parcial que ignora la otra y más alta dimensión de los principios como criterios de valor de la realidad»⁸⁵.

Si el derecho debe volver a la realidad, es decir, si debe operar en cada caso concreto conforme al valor que los principios asignan a la realidad, no se puede controlar la validez de una norma teniendo en cuenta exclusivamente lo que ésta dice. No basta considerar el «derecho de los libros», es preciso tener en cuenta el “derecho en acción”; no basta una “validez lógica” es necesaria una “validez práctica”»⁸⁶.

Cuando la ley de concursos en el art. 159 dispone que en las situaciones patrimoniales no previstas el juez deberá aplicar las que sean análogas atendiendo a ciertos intereses, ello supone, no solamente la idea de insuficiencia del sistema, sino también, la existencia de intereses superiores a lo que surge de la propia norma.

El derecho en su aplicación práctica, se nutre de la norma, pero jamás su vivencia se constriñe exclusivamente a lo que emana de ella, sino que tiene una dimensión interpretativa más amplia que abre el camino a la valoración, en la ardua tarea de integrar un ordenamiento impregnado de principios.

3.e) La discusión acerca de la “jerarquización” de los principios

Por lo general, «los principios no se estructuran según una jerarquía de valores. Si así fuese, se produciría una incompatibilidad con el carácter pluralista de la sociedad, algo inconcebible en las condiciones constitucionales materiales de la actualidad. En caso de conflicto, el principio de más alto rango, privaría de valor a todos los principios inferiores y daría lugar a una amenazadora “tiranía del valor”, esencialmente destructiva. Y este riesgo, también es predicable, del que aparece como el más elevado de los valores, la justicia entendida en modo abstracto»⁸⁷.

⁸⁵ ZAGREBELSKY, *op. cit.*, pág. 121.

⁸⁶ *Idem*, pág. 124.

⁸⁷ *Ibidem*.



A primera vista, y con un sentido de honestidad intelectual, al reflexionar sobre el tema, existe una primer tendencia, casi inconsciente, a establecer un criterio distintivo y a jerarquizar los principios. Comenzando por su carácter o relación más próxima, con el ordenamiento jurídico, y desde un punto de vista Kelseniano, se podría enmarcar a estos como: a) principios constitucionales; b) principios generales del derecho; y, c) principios especiales, de cada materia de estudio.

La segunda tentación, apuntaría a circunscribir o bien enunciar los principios que quedarían comprendidos dentro del rango propuesto. Y así, podríamos enumerar dentro de los principios constitucionales, a la igualdad, la libertad, la propiedad, la justicia; dentro de los principios generales del derecho, citar a la costumbre, la ley, la jurisprudencia, la analogía; y, dentro de los principios especiales del ordenamiento positivo, a los principios que surgen de cada rama científica en particular, como por ejemplo en el derecho laboral (irrenunciabilidad, buena fe, no discriminación, igual remuneración por igual tarea), del derecho penal (*non bis in idem*), del derecho administrativo (responsabilidad del Estado, carácter local del derecho administrativo), del derecho concursal (universalidad, suspensión, conservación de la empresa), y así, podría seguirse con otras líneas del saber científico jurídico.

Pero esta *rara avis*, no puede tener concreción práctica, cuando nos enfrentarnos a problemas que no tienen una única solución –por su complejidad o por los intereses en juego–, lo que conduce a una obvia remisión a cuestiones de derecho constitucional o de principios más generales (general, especial o especialísimo); por lo que la respuesta la encontramos en la entrelazada madeja de aplicar todos los principios generales o algunos de ellos, utilizando para ello, fundamentos constitucionales; o más bien amplios, propios del derecho natural.

La pluralidad de principios y la ausencia de una jerarquía formal entre ellos, hace que no pueda existir una ciencia sobre su articulación, sino una prudencia en su ponderación. La cautela en la utilización del *principio* guarda cierta distancia con los derechos en juego. «La “concordancia práctica” o el balance entre los bienes jurídicos dirigido por el principio de proporcionalidad (*Güterabwägung asugerichtet am Verhältnismäßigkeitsgrundsatz*), del que habla la doctrina alemana, entran dentro de este enfoque. Sin embargo, por muchos esfuerzos que las jurisprudencias constitucionales hayan hecho para formalizar los procedimientos lógicos



de esta ponderación, los resultados –desde el punto de vista de una ciencia *juris*– son desalentadores. Quizá la única regla formal de la que quepa hablar sea la de la “optimización” posible de todos los principios»⁸⁸.

Para ALEXY entre la teoría de los principios y la máxima de proporcionalidad existe una conexión. «Esta conexión no puede ser más estrecha: el carácter de principio implica la máxima de proporcionalidad, y ésta implica aquella. El punto de partida del razonamiento lo constituye la definición de principios: “mandatos de optimización con respecto a las posibilidades fácticas y jurídicas”»⁸⁹. Del carácter de optimización con respecto a las posibilidades jurídicas se sigue la máxima de razonabilidad en sentido estricto. En efecto, si una norma de derecho fundamental con carácter de principio entra en colisión con un principio opuesto, entonces la posibilidad jurídica de la realización de la norma de derecho fundamental depende del principio opuesto. Para llegar a una decisión es necesaria una ponderación⁹⁰, es decir, un juicio de proporcionalidad, *stricto sensu*⁹¹.

Apostillando, si se presenta alguna antinomia entre la aplicación del principio de conservación de la empresa y el de igualdad en el trámite de un concurso preventivo (principio concursal vs. principio constitucional) el intérprete puede resolver la cuestión recurriendo a un juicio de conveniencia, aplicando el que resulte de mayor utilidad y que otorgue los mayores beneficios, en provecho del conjunto.

§ 4. VENTAJA DE LOS PRINCIPIOS. CLASIFICACIÓN POR SU FUNCIÓN

Según el punto de vista tradicional del positivismo jurídico, los principios del derecho desempeñan una importante función supletoria, integradora o correctiva de las reglas jurídicas. Los principios operarían para perfeccionar el ordenamiento y entrarían en juego cuando las otras nor-

⁸⁸ *Idem*, pág. 125.

⁸⁹ ALEXY, *op. cit.*, pág. 112.

⁹⁰ Cfr. *ibidem*.

⁹¹ CIANCIARDO, Juan, *El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad*, Universidad Austral, ed. Ábaco de Rodolfo Depalma, pág. 113.

mas no estuvieran en condición de desarrollar plena o satisfactoriamente la función reguladora que tienen atribuida.

Se señala, por ejemplo, «que no hay regla escrita que no presente algún margen de ambigüedad o que no se preste a alguna interpretación evasiva; que no todos los casos que requieren una regulación jurídica encuentran siempre la regla adecuada, o que frecuentemente –y, mucho más, en los caóticos ordenamientos jurídicos de la época actual– se producen “colisiones” entre los contenidos de las normas jurídicas (reglas contra reglas, o reglas contra principios), no siempre fáciles de resolver con los instrumentos de eliminación de “antinomias” que los propios ordenamientos prevén (prevalencia de la norma más reciente, de mayor grado, más especial, etc.). En estos casos –para superar las dudas interpretativas, colmar las lagunas y resolver contradicciones de otro modo irresolubles– entrarían en acción los principios del derecho con su fuerza directiva tanto más vinculante en cuanto vengan recogidos en la Constitución»⁹².

Pero, lo cierto es que ya no se reconocen principios exclusiva o excluyentemente constitucionales, sino que en los demás ámbitos del saber jurídico se acepta, que existen postulados, que en forma integradora o bien correctiva, permiten interpretar o completar una disposición, dándole un carácter suprallegal.

A esta altura del relato no podrá confundirse principio con norma, pero sí podrá sostenerse que los primeros sirven para justificar cualquier norma. «Cifrar la singularidad de los principios en una dimensión funcional más que estructural puede ser un camino muy acertado, ya que los principios no son un determinado tipo de normas, son cualquier norma en cuanto adopta una determinada posición o papel en el razonamiento o argumentación jurídica. En efecto, si reconocemos que cualquier norma puede ser usada o servir en toda clase de técnica interpretativa, entonces parece preferible decir que existen distintas técnicas interpretativas o que algunas normas pueden desempeñar diferentes funciones en el razonamiento jurídico»⁹³. Así, por ejemplo: se reconoce a la igualdad como un principio del derecho concursal, aunque podrían realizarse algunas observaciones a este criterio de pensamiento (lo que se verá más adelante); sin

⁹² Cfr. ZAGREBELSKY, *op. cit.*, pág. 117.

⁹³ SANCHIS, *op. cit.*, págs. 55 y 56.

embargo, la universalidad o la conservación de la empresa, representan verdaderos hitos del derecho falimentario, independientemente de que no exista una norma que se refiera a ellos *sensu stricto*.

Bien podría señalarse en términos muy amplios, que las funciones de los principios podrían ser de dos formas. Una explicativa y otra normativa. En el primer sentido los principios se configuran como una técnica descriptiva de las normas; mientras que en el segundo, llenarían de contenido los supuestos en los que existen dudas acerca de la atribución de significado a una disposición normativa.

Algunos autores proponen diversos criterios de clasificación:

4.a) Clasificación de Norberto Bobbio

Si bien es cierto que los autores, han dado a los principios distintas formas para entender cual es su funcionamiento en el ordenamiento jurídico; parecería más acertada, a pesar de la subsunción que realiza Luis Pietro SANCHIS⁹⁴, la distinción que realiza Norberto BOBBIO⁹⁵, en cuatro clases: 1) la “interpretativa”, que ayuda a resolver en un sentido antes que en otro las dudas que puedan existir sobre el significado de una determinada disposición; 2) la “integrativa”, que proporciona un criterio en ausencia de normas, es decir, en caso de laguna; 3) la “directiva”, que orienta la actividad del legislador o de otros operadores a la hora de adoptar una decisión o de dotar de contenido a una norma; y 4) la “limitativa”, que establece las fronteras competenciales de un determinado órgano.

Para entender esta posición podría glosarse con un ejemplo: así, cuando la ley de quiebras se refiere a la universalidad del proceso concursal en relación a los acreedores y bienes del deudor, el principio de universalidad permite encontrar soluciones cuando la ley no resulta del todo clara. De esta forma, cuando los acreedores tienen la opción de continuar con las acciones ordinarias en contra del deudor, ello no significa que los mismos estén eximidos de insinuarse en algún momento en el

⁹⁴ Cfr. *idem*, pág. 155.

⁹⁵ Cfr. BOBBIO, Norberto, *Principi generali di diritto*, Novísimo Digesto Italiano, XIII, UTET, Torino, (1966), pág. 887.

proceso concursal para obtener una decisión que resuelva de que forma percibirán su crédito.

4.b) Clasificación de Ricardo Guastini

El autor, distingue a los principios por su función normativa, por su carácter primario o secundario. En el primer caso, el principio asume una función integradora, ya que como norma primaria regula un caso en ausencia de otra prescripción. Por otro lado y atendiendo al segundo carácter, el principio cumple una función interpretativa, ya que viene a clarificar el sentido de otra norma o de un grupo de ellas⁹⁶.

LARENZ advierte, sin embargo, que los principios siempre requieren concreción, la que adquiere grados. En el rango más elevado, el principio no contiene ningún supuesto de hecho particular ni se indica ninguna consecuencia jurídica, pero sirve fundamentalmente de hilo conductor que orienta ulteriores concreciones (principio de respeto de la dignidad del hombre, del Estado de derecho; de la autodeterminación y autorresponsabilidad, estos últimos en derecho privado). En el grado siguiente los denominados por CANARIS “subprincipios” que tampoco contienen –y ello, por su propia naturaleza de principios, que no pierden por tener un grado descendente– una regla de aplicación inmediata a un caso particular: pero a la primera concreción, ya llevada a cabo por el legislador, deberán seguir siempre otras (últimas) materializadas por la jurisprudencia (caso particular de aplicación del principio de buena fe o de responsabilidad por riesgo, etcétera)⁹⁷.

En palabras de ZAGREBELSKY, «la realidad, al ponerse en contacto con el principio, se vivifica, por así decirlo, y adquiere valor. En lugar de presentarse como materia inerte, objeto meramente pasivo de la aplicación de reglas, caso concreto a encuadrar en el supuesto de hecho normativo previsto en la regla –como razona el positivismo jurídico–, la reali-

⁹⁶ GUASTINI, R, *Produzione di norme a mezzo di norme. Un contributo all'analisi del ragionamento giuridico*, Etica e Diritto, Laterza, Bari, (1986), pág. 194.

⁹⁷ Cfr. LARENZ, Karl, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, (4ª edición), Berlin, Heidelberg, New York, Springer, (1979), págs. 410 y 458.

dad iluminada por los principios aparece revestida de cualidades jurídicas propias»⁹⁸.

Utilizando una expresión más coloquial, podría decirse que los principios abrazan una idea de punto de referencia, sustento, (a la semejanza de las bases y columnas de una casa), que sirven como punto de partida para la construcción de ulteriores interpretaciones.

Pero, esas consideraciones que puedan hacerse, desde un punto de vista si se quiere naturalista, no podrán alterar el sentido que como norte debe tener toda orientación jurídica, en el difícil camino hacia la justicia. Bien valen, sobre éste tópico, las enseñanzas del juez Benjamin CARDOZO, al sostener que «el Juez tiene el deber, dentro de los límites de su poder de innovación, de mantener una relación entre la ley y la moral, entre los preceptos de la jurisprudencia y aquellos de la razón y la buena conciencia»⁹⁹.

Se rescata, particularmente, como función primordial de los principios, la de ayudar al intérprete a la hora de dotar de significado a una disposición legal¹⁰⁰ (es decir, al momento de decidir acerca de la aplicación de una o diferentes normas, decidir por aquella que sea más fiel a su sentido o alcance), en una línea claramente constitucional, tal como lo sostiene GARCIA DE ENTERRÍA, al expresar que «los principios constitucionales, presentan, por fuerza, una enérgica pretensión de validez ... y, constituyen por ello, los principios jerárquicamente superiores para presidir la interpretación de todo el ordenamiento, comenzando por la Constitución misma»¹⁰¹.

⁹⁸ «El valor se incorpora al hecho e impone la adopción de «tomas de posición» jurídicas conformes con él (al legislador, a la jurisprudencia, a la administración, a los particulares y, en general, a los intérpretes del Derecho). El «ser» iluminado por el principio aún no contiene en sí el «deber ser», la regla, pero sí indica al menos la dirección en la que debería colocarse la regla para no contravenir el valor contenido en el principio ... En presencia de los principios, la realidad expresa valores y el Derecho funciona como si rigiese un Derecho natural. De nuevo, y ahora por un motivo atinente al igual modo de operar y no a la igualdad de contenidos, el Derecho por principios encuentra al Derecho natural». ZAGREBELSKY, *op. cit.*, págs. 118 y 119.

⁹⁹ CARDOZO, Benjamín N., *Nature of the judicial proces*, (1921), cit. en 2000 *Classic Legal Cuotations – Lawyers Cooperativa Publishing*, New York (1992), pág. 133.

¹⁰⁰ Cfr. SANCHIS, *op. cit.*, pág. 155.

¹⁰¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La Constitución, norma jurídica*, en “La Constitución Española de 1978. Estudio sistemático”, Civitas, Madrid, (1980), pág. 139 y 140.



En realidad, los principios no sólo pueden servir para resolver las dudas interpretativas que suscite una disposición, sino también para evitar las antinomias. La técnica de las sentencias interpretativas puede verse de este modo: en caso de contradicción no absoluta entre dos normas de distinto rango, ley y Constitución, debe atribuirse a la inferior el significado que resulte más acorde con la superior e incluso declarar la invalidez de aquel otro que resulte incompatible con el sentido de esta última. Y lo mismo ocurre, cuando la diferencia no es de rango normativo, sino de subordinación “lógica” o “teleológica”; así, la norma particular en relación con la general o la instrumental en relación con la final¹⁰².

4.c) Clasificación de Luis Pietro Sanchis

Para el constitucionalista español, desde una perspectiva positivista: «la existencia de los principios plantea los mismos problemas que la existencia de las normas; no presentan un origen distinto ni constituyen un vehículo especialmente cualificado para la penetración de la moral en el derecho, sino que, al igual que el resto de las normas, podrá predicarse su existencia cuando resulten válidos a la luz de una regla de reconocimiento o, cuando una práctica de los operadores jurídicos así lo acredite»¹⁰³.

El profesor ibérico sigue el esquema de WROBLEWSKI¹⁰⁴ y distingue tres categorías de principios con valor o fuerza normativa:

4.C.1) PRINCIPIOS EXPLÍCITOS

Son aquellos que surgen y pueden recogerse en alguna disposición legislativa, ejemplo: la libertad, la justicia, la igualdad, la autonomía, la legalidad, la jerarquía, la publicidad, la irretroactividad.

La técnica de los principios puede concebirse como una táctica de delegación constitucional o legislativa que permite a los jueces dotar de significado a unas cláusulas de contornos dudosos y más o menos vagos,

¹⁰² Cfr. SANCHIS, *op. cit.*, pág. 158.

¹⁰³ *Idem*, pág. 132.

¹⁰⁴ WROBLEWSKI, J. *Sentido y hecho en el Derecho*, Universidad del País Vasco, San Sebastián (1989), pág. 153.

adoptando a su amparo una decisión concreta que pudo tomarse en otra sede¹⁰⁵.

El reconocimiento constitucional de un decálogo de principios, no solamente ostenta un significado programático, sino que permite conocer de antemano el conjunto de valores en los que se sienta el sistema. Más allá de tales consideraciones, también habilita al intérprete a discernir los principios explícitos de aquellos otros que se obtienen fuera de la ley y de la costumbre, y se adquieren del resto del ordenamiento jurídico.

4.C.2) PRINCIPIOS IMPLÍCITOS

Sobre el particular, sostiene SANCHIS: «un principio implícito es una norma que no puede ser considerada como el significado de determinada disposición normativa, sino que se obtiene a partir de una o varias disposiciones que se supone constituyen casos de aplicación o especificación de dicho principio»¹⁰⁶.

Generalmente, se llega a estos principios, a través de un método electivo o valorativo, en el que participa la inducción o la deducción, como procedimiento lógico.

Ejemplo de ello, es el reconocimiento por todas las naciones civilizadas de la inmutabilidad de la cosa juzgada a través del brocárdico *res inter alios iudicata*¹⁰⁷, cuya traducción indica: “la cosa juzgada no alcanza a los terceros”.

4.C.3) PRINCIPIOS EXTRASISTEMÁTICOS

Los principios extrasistemáticos «suelen presentar un origen más doctrinal que jurisprudencial, pues no constituyen la derivación de alguna disposición normativa, sino que son el fruto de una argumentación políti-

¹⁰⁵ FRIEDMAN, L. *Il sistema giuridico nella prospettiva delle scienze sociali*, trad. de G. Tarello, Il Mulino, Bolonia, (1978), pág. 433.

¹⁰⁶ SANCHIS, *op. cit.*, pág. 141.

¹⁰⁷ GERNAERT WILLMAR, Lucio R. R., *Diccionario de aforismos y locuciones latinas de uso forense*, ed. Abeledo-Perrot, Bs. As., (2000), pág. 134.

ca o moral bastante elaborada que no es corriente en la motivación de las decisiones judiciales; sin perjuicio, naturalmente, de que más tarde puedan desempeñar una función normativa o de que algún juez decida dar vida a un principio extrasistemático por vía que pudiéramos llamar de directa creación de derecho»¹⁰⁸.

Resulta difícil poder establecer el límite entre los principios implícitos y los extrasistemáticos, pero podría decirse, que si bien ambos tienen en común que pueden ser obra de la inteligencia, a través de los procedimientos de inducción o deducción, estos últimos, no encuentran respaldo en disposiciones normativas, sino que se incardinan en nociones más generales (morales o políticas).

4.d) La posición de Josef Esser

Para el constitucionalista alemán todos los intentos de clasificar a los principios, se pierden en innecesarias distinciones conceptuales, mientras que la masa más importante de los principios queda situada expeditivamente bajo la rúbrica de “principios de razón”¹⁰⁹.

Da como ejemplo, la posición de BOULANGER¹¹⁰ quien propone distinguir a los *principles* en principios de orden político (por ej. igualdad, libertad), principios de orden jurídico (seguridad), principios de orden moral (buena fe), principios de orden técnico (*non bis in idem*), principios del estado de las costumbres, y luego bajo el título de “principios de la razón”, todos los principios imaginables de la justicia material, del arte jurídico y de la lógica, formando como dice el propio BOULANGER, una *pittoresque cohue* (pintoresca aglomeración)¹¹¹.

El autor alemán distingue entre principios, normas y *standards*, expresando que en el caso de los dos primeros genera un error la relación no solo en el plano terminológico, sino también objetivo por cuanto se busca la distinción dentro de un plano general y no en el de la calidad o validez inmediata. De allí, es que en algunas ocasiones se considere a las

¹⁰⁸ SANCHIS, *op. cit.*, pág. 147.

¹⁰⁹ Cfr. ESSER, *op. cit.*, pág. 118.

¹¹⁰ BOULANGER, Jean, *La méthode de l'interprétation juridique*, a la Semaine internationale de droit, Paris, octubre, 1950. Cit por ESSER, *ibidem*.

¹¹¹ Cfr. *ibidem*.

reglas jurídicas como dictados de principios sólo porque están formuladas de forma general. Por otro lado, el tratadista, siguiendo a la doctrina angloamericana expresa que se entiende por *standards*: las normas que hacen alusión al sentido común, a las concepciones y conducta del tráfico normal¹¹².

Conforme HUTCHESON, el *standard* es el “robot jurídico”¹¹³ que sirve para formar normas en ausencia de reglas fijas y, en este sentido, representa el correlato del principio, propiamente dicho.

§ 5. CLASIFICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS CONCURSALES

Dentro del sistema concursal podría señalarse que existen: a) principios constitucionales¹¹⁴ aplicables al proceso concursal: legalidad (art. 19, C.N.) y equidad (art. 16, C.N.); b) principios concursales *proprio vigore*: universalidad (art. 1º, LCQ), conservación de la empresa (art. 189, LCQ), suspensión de acciones de contenido patrimonial (art. 21, LCQ), orden público (arts. 22, 159 y 293, LCQ) y, por último, c) subprincipios concursales: concursalidad (art. 14 inc. 3º, LCQ), colectividad (art. 14 y 88 en conc. con el art. 125, LCQ), inquisitorialidad (art. 274, LCQ) y concurrencia (art. 32, LCQ), entre otros.

La existencia de algunos de estos principios o subprincipios no impone un orden ascendente o descendente en su aplicación, prescindiendo de uno para aplicar otro, sino que todos ellos permiten facilitar la ardua tarea de interpretar las normas concursales, permitiendo resolver las controversias en un sentido antes que en otro; colaboran con la integración

¹¹² «El carácter general de la norma *standard* no debe hacernos creer que se trate de un simple principio. El principio descansa en si mismo, tanto si es una máxima como un axioma. En cuanto tal, ni procede de una determinada concepción ni suministra criterios. El *standard* proporciona un criterio, por el procedimiento de remitir a las concepciones vivientes de lo que es valor, deber o diligencia, o también por inclusión de un concepto valorativo que ha de ser substanciado a discreción del juez (...) Sin embargo, el fenómeno del *standard* merece también una especial atención al estudiar la relación existente entre principio y norma, pues desempeña un papel central allí donde no existe un sistema de deducción axiomático para la formación de conceptos jurídicos». *Idem*, pág. 124.

¹¹³ HUTCHESON (Jr), Joseph Chappel, *Sobre la importancia del estándar en el Derecho internacional*, Recueil Gény, París, (1977), t. II, pág. 537.

¹¹⁴ BOULANGER, *op. cit.*, pág. 124.

de la regla concursal cuando existen lagunas, y se convierten en líneas o ideas directrices orientando la actividad de los operadores jurídicos para determinar el verdadero sentido y alcance de una disposición normativa.

Sin embargo, más allá de los criterios de clasificación que puedan utilizarse para determinar la existencia de distintos principios en el sistema concursal: políticos o jurídicos, explícitos o implícitos, sistemáticos o extrasistemáticos, lo cierto es que sin los principios concursales, el intérprete quedaría sometido a un sistema rígido en el que imperaría una suerte de tiranía legal (*dura lex sed lex*), quedando impedido de poder efectuar un juicio de constitucionalidad de la norma que debe aplicar.

§ 6. LA UTILIZACIÓN DE LOS PRINCIPIOS PARA LA SOLUCIÓN DE PROBLEMAS JURÍDICOS. LA TAREA DEL INTÉRPRETE

En el estado actual de avance y retroceso del proceso legislativo, se advierte que a menudo el legislador recurre a la elaboración de normas jurídicas que, o bien, resultan inaplicables por su contradicción con el resto del ordenamiento, o bien son desechadas por su contradicción con la Constitución, al violar principios, entre los que podría enunciarse, el de razonabilidad o proporcionalidad.

Es oportuno destacar la contraposición existente, «entre *scientia juris* y *juris prudentia*, la primera como racionalidad formal, la segunda como racionalidad material, es decir, orientada a los contenidos. En términos aristotélicos, *episteme* frente a *phronesis*; en términos escolásticos *ratio speculativa* frente a *ratio práctica*. Mientras el criterio que preside las primeras es la oposición cualitativa verdadero-falso, todo-nada, el que preside las segundas es una progresión cuantitativa que va desde lo menos a lo más apropiado, desde lo menos a lo más oportuno, desde lo menos a lo más adecuado y productivo. Son dos mentalidades contrapuestas en general. En el lenguaje que hoy suele usarse, esta atención a lo posible en la realización de los principios se denomina razonabilidad: una discutible expresión para aludir a lo que clásicamente se conocía como la prudencia en el tratamiento del derecho»¹¹⁵.

¹¹⁵ «Está claro que este modo de situarse frente al Derecho constituye solamente una actitud, una predisposición hacia soluciones dúctiles que tomen en consideración todas las razones

Uno de los problemas más comunes con los cuales se presenta el magistrado a la hora de resolver, tiene relación con el Derecho inmóvil, rígido, desprovisto de valores e ideas integradoras, lo que lleva a un pensamiento más inactual, perimido e inadecuado¹¹⁶.

No resulta muy difícil comprender que «la dimensión del derecho por principios es la más idónea para la supervivencia de una sociedad pluralista, cuya característica es el continuo reequilibrio a través de transacciones de valores. Prueba elocuente de ello es la tendencia, más o menos conscientemente adoptada por la mayor parte de las jurisdicciones constitucionales, a concebir todo contenido de las Constituciones (incluidos los derechos fundamentales) como declaraciones de valores»¹¹⁷.

El sistema dogmático decimonónico, imponía al intérprete reproducir el pensamiento del legislador o concebir puramente el pensamiento

que puedan reivindicar buenos principios en su favor. No es, en cambio, la clave para resolver todo problema jurídico, como si se tratase de una fórmula que permitiera obtener la solución de un problema matemático. Busca la respuesta más adecuada para las expectativas legítimas y, por ello, está abierto al enfrentamiento entre todas las posiciones que remitan a principios vigentes en el Derecho. En los contextos pluralistas es necesario hacer «discursivo» y «persuasivo» el procedimiento a fin de alcanzar el punto de máxima realización de los principios en juego. Esto no significa reducir la determinación del Derecho a una retórica, por vieja o nueja que ésta sea, sino que supone que hay que poner en marcha procedimientos leales, transparentes y responsables que permitan confrontar los principios en juego, y que hay que seleccionar una «clase jurídica» (en los órganos legislativos, judiciales y forenses, administrativos, etc.) capaz de representar los principios y no sólo desnudos intereses o meras técnicas. Estas son las condiciones para el triunfo de la prudencia en el Derecho». ZAGREBELSKY, *op. cit.*, pág. 123.

¹¹⁶ «...quien sistematiza los caracteres de la exégesis, según los principios de inmovilización, del monopolio interpretativo por parte del legislador, de la discontinuación y de la exclusividad de la ley. El principio de inmovilización, en cuanto la codificación otorgó fijeza e inmovilidad al Derecho en relación al futuro, “como si el proceso de génesis del Derecho hubiese quedado clausurado”; el principio del monopolio interpretativo, en cuanto reconoce al pensamiento que ha inspirado a la ley como único punto de referencia para su interpretación; el principio de discontinuación, al producir la codificación una cesura histórica, como si aquella hubiera cancelado y brindado el pasado, principalmente en el aspecto histórico y político-social, en tanto en lo jurídico la subsistencia de alguna disposición antigua resultaba excepcional; el principio de exclusividad de la ley se explica según la idea de que no hay más Derecho que el codificado, la ley es la única fuente de cognición del Derecho». SOLER, Sebastian, *La interpretación de la ley*, ed. Ariel, Barcelona, (1962), pág. 12.

¹¹⁷ ZAGREBELSKY, *op. cit.*, pág. 125 y 126.

del legislador¹¹⁸, excluyendo de la actividad interpretativa todo tipo de valoración finalista.

Esta visión unidimensional del Derecho ha sido fuertemente impugnada. «En nuestros días pocas dificultades tiene la doctrina y la jurisprudencia en reconocer a los principios jurídicos como un modo específico de regular y juridizar conductas humanas, atribuyéndoles a éstas un determinado *status* deóntico (como prohibidas, obligatorias o permitidas)»¹¹⁹. Es decir, el intérprete a la hora de buscar la regla o medida jurídica conforme a la cual solucionar un problema, no sólo puede recurrir a normas propiamente dichas, sino también tiene a su disposición a los principios jurídicos.

Conforme resalta BOBBIO, «"la discusión en torno a los principios generales del derecho, no ha sido jamás tan actual y llena de promesas como hoy", de tal manera, que de tema secundario, confinado a las últimas páginas sobre interpretación, se convierte en un capítulo fundamental de la teoría general del derecho»¹²⁰ y esto, precisamente, es lo que está sucediendo con materias en las que existen transacciones de valores.

Una de las claves para entender el nuevo escenario es precisamente prestar atención a los "principios jurídicos" y cómo ellos comienzan a ser invocados, crecientemente, en la jurisprudencia. «El "principio" supone recurrir a un derecho concentrado que no define ni hipótesis ni consecuencias: así por ejemplo si pensamos en el principio de "buena fe" advertimos que él puede ser aplicado a distintas situaciones: las relaciones

¹¹⁸ SAVIGNY, F. C., *Sistema de Derecho Romano actual* en "La ciencia del Derecho", ed. Losada, Bs. As., (1949), pág. 82.

¹¹⁹ «Precisamente, reconoce PERELMAN que una de las notas más distintivas que permite hablar de una nueva etapa en la interpretación después de la Segunda Guerra, lo constituye el recurso a los principios generales del derecho. El gran paladín teórico actual de los principios es el profesor de Oxford, R. DWORKIN, quien frente al modelo de HART, que reducía el sistema jurídico a un sistema de normas (*system of rules*), opone su visión en donde el sistema jurídico aparece básicamente como un sistema de principios. La jurisprudencia europea continental, aun aquella tradicionalmente adscripta a la dogmática como la francesa, ha ido dando muestras de la recepción de los principios jurídicos, así se menciona la "revolución" que significó para el ordenamiento jurídico francés la decisión del Consejo Constitucional en 1971 declarando operativos el Preámbulo y las Declaraciones Revolucionarias». VIGO, Rodolfo L., *Interpretación jurídica*, ed. Rubinzal Culzoni, Sta. Fe, (1999), pág. 20.

¹²⁰ BOBBIO, Norberto, *Principi generali di diritto* en *Novissimo Digesto Italiano*, ed. Utet, Torino, (1966), t. XIII, pág. 889.

entre estados, el campo laboral, el trámite procesal, el cumplimiento de contratos, etc., y las consecuencias de su violación también pueden ser muy diversas: reparaciones, intimaciones, astreintes, nulidades, etc. Por otro lado, mientras las “normas” mandan algo definitivo de manera que es posible una conducta que agote su exigencia, los “principios” resultan ser “mandatos de optimización” (ALEXY), en tanto mandan la mejor conducta posible según las posibilidades fácticas y jurídicas. Los “principios” son derecho concentrado que puede expresarse y justificar a diferentes “normas” y, por supuesto, ese control provoca que en caso de tensión lleguen a prevalecer sobre las normas»¹²¹.

En el campo de los derechos normatizados o materias especiales (como sucede con el derecho societario o concursal), en los últimos años se ha advertido una creciente tendencia a una normatización a medida de las circunstancias, prueba de ello son las reformas introducidas por las leyes de emergencia al derecho falimentario (ley 25.563, Adla LXII-B-1602 [emergencia mediante, acompañada de “default”, “corralito”, abandono de la paridad cambiaria “1 a 1”, entre otras circunstancias por todos conocidas]¹²² y ley 25.589, Adla LXII-C-2862). Evidentemente, ello ha llevado al intérprete a ponderar la existencia de “principios” por encima de la voluntad legisferante, como una manera de contener el avance normatizador y ponderar la existencia de razones más elevadas que las que suele mostrar la mera letra fría de la ley.

Tal vez, sea en el terreno de la “emergencia económica”, en donde con mayor asiduidad puede advertirse este *ritorno* a conjugar “valores” y “principios”, para paliar momentos de zozobra, frente a una legislación por momentos anárquica, que poca luz aportaba a la interpretación literal de sus textos.

Aquí, nuevamente, es donde el derecho natural, cual musa inspiradora, ostenta mayor relevancia, frente a una razón, poco inspirada en principios. Como sostenía el adagio romano en el digesto Justiniano: *civilis*

¹²¹ «Además de la constitucionalización del Derecho, también la consagración y operatividad de los Derechos humanos ha sido una fuente importante para potenciar a los “principios” dado que ellos encontraron en su cobertura el modo del reconocimiento de su vigencia por parte de los juristas». VIGO, Rodolfo L., *De la Ley al Derecho*, ed. Porrúa, México, (2003), pág. 4.

¹²² CASADÍO MARTÍNEZ, Claudio Alfredo, *Propuesta abusiva en el concurso preventivo*, comentario al fallo: “Arcángel Maggio S.A. s/conc. prev.” C.S.J.N., L.L. 2007-C-560.

ratio naturalia iura corrumpere non potest (trad. “la razón civil no puede destruir los derechos naturales”).

Tal como apuntara ESSER parafraseando al Tribunal Supremo Alemán atañe a la jurisprudencia, y sobre todo a la judicatura (cuya función consiste en corroborar los dictados de aquélla mediante una directa intervención en las situaciones prácticas) el sacar a luz los principios que, aun sin estar concretados en una norma general, están sin embargo expresados en la ley, y aplicarlos a los casos que la ley no menciona expresamente, pero nos vienen dados por la vida y caen bajo aquellos principios¹²³.

§ 7. ALGUNAS REFLEXIONES EN TORNO A LAS POSICIONES QUE PRE-TENDEN CLASIFICAR A LOS PRINCIPIOS

Sin lugar a dudas, resulta difícil poder establecer un criterio uniforme acerca de los puntos de distinción para clasificar a los principios. A pesar de ello, podría decirse que efectuar una sistematización de los mismos, aparecería a primera vista como una suerte de inconsistencia doctrinal (poner por clases –a los principios–) cuando estos, ya sea que provengan de la ley o del derecho natural, ayudan para complementar la tarea del intérprete.

Siguiendo el pensamiento de SIMONIUS¹²⁴, no existe un “principio supremo” ya que todas las funciones del derecho se pueden expresar en principios que cada vez actúan antinómicamente: unos desplazan a otros de acuerdo al bien jurídico que se pretenda tutelar. Así, en el caso puntual de la materia objeto de estudio, el principio de conservación de la empresa, puede supeditar la aplicación de la norma o su interpretación, pero no puede oponerse al principio de buena fe o de abuso del derecho, con los cuales se complementa.

El ejemplo permite arribar a una suerte de interpretación apriorística del múltiple juego que pueden realizar los principios para la interpretación o aplicación de la ley. Pero, fijar un orden de preponderancia –en el sentido de mandato jerárquico– generaría una visión tubular o estrecha,

¹²³ ESSER, *op. cit.*, pág. 11.

¹²⁴ Cfr. SIMONIUS, August, *Über Bedeutung, Herkunft und Wandlung der Grundsätze des Privatrechts*. Festgabe der ZSR, “too Jahre Schweizerisches Recht”, (1952), pág. 237.

por cuanto supeditaría la aplicación de unos a su respectiva correspondencia con otros de mayor jerarquía.

Otra ponderación sobre esta *quaestio iuris* radica en la significación que presentan los principios a modo de generalidad, frente a la especificidad que puede derivarse de una regla. Mientras una es más específica – la regla–, el otro sirve como orientación o *guide* para la interpretación o adecuación de la norma a sus postulados.

En base a estas manifestaciones, podría sostenerse que realizar una clasificación de los principios, amén de su consideración o valoración académica, no resulta determinante ni útil en la práctica, debido a que tal modo de proceder importaría en una humilde posición, su minimización o estratificación. Y la importancia que ello representa en el derecho concursal, gravita en el interés por destacar aquellos principios que permanecen inalterables a pesar de las modernas tendencias legislativas.

Según el punto de vista tradicional del positivismo jurídico, los principios generales del derecho desempeñan una importante función supletoria, integradora o correctiva de las reglas jurídicas, lo cual se potencia en materias en las que por los diversos intereses que confluyen y las tensiones que se generan –la mayor de las veces– requiere de ingentes esfuerzos para lograr establecer el justo equilibrio entre los distintos sujetos que participan en el conflicto.

Los principios presentan gran utilidad y resultan operativos cuando se recurre a ellos para perfeccionar el ordenamiento, los que entran en juego, cuando las otras normas no estuvieran en condiciones de desarrollar plena o satisfactoriamente la función reguladora que tienen atribuida.

CAPÍTULO II

NATURALEZA DE LOS PRINCIPIOS, SU UTILIZACIÓN EN LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL Y APLICACIÓN AL DERECHO INFRACONSTITUCIONAL

§ 1. ANTECEDENTES HISTÓRICO-DOCTRINARIOS DE LOS PRINCIPIOS

En Grecia se concebía el derecho como una manifestación del orden universal establecido por los dioses. En el ordenamiento jurídico de cada ciudad se reconocía la existencia junto a la ley escrita de una ley no escrita derivada de la naturaleza, basada en la equidad y la tradición o impuesta por las convicciones morales y religiosas¹²⁵.

Es conocido por todos los sistemas codificados «el prestigio gozado por el derecho romano desde la época de la recepción, hasta el punto que fue considerado como la razón escrita (*ratio scripta*), por lo que no es de extrañar que el recurrir a la razón natural como fuente supletoria del derecho se identificase con el recurso al derecho romano. Pero la identificación de los principios generales del derecho con los del derecho romano tiene un valor puramente histórico»¹²⁶.

La concepción acerca de «la dirección individualista del Derecho, trae los principios del derecho a la primera línea de la consideración teórica. Primero, negándolos y condenándolos, en lucha contra la autoridad

¹²⁵ Cfr. RODRÍGUEZ - ARIAS BUSTAMANTE, Lino, *Ciencia y filosofía del Derecho*, ed. Ediciones Jurídicas Europa-América, Bs. As., (1961), pág. 593.

¹²⁶ LEGAZ Y LACAMBRA, Luis, *Filosofía del Derecho*, ed. Bosch, Barcelona, (1953), págs. 429 y 430.

del derecho romano y canónico y frente al influjo de la tradición católica para favorecer el arbitrio de los príncipes protestantes»¹²⁷.

El pensamiento jurídico de la Edad Media, iluminado por la doctrina católica, no contrapone la ley a las normas no formuladas, sino que parte del origen común y de la unidad fundamental de todo lo jurídico. SANTO TOMÁS enseña que la ley humana descende de la ley natural¹²⁸.

RIVACOBA y RIVACOBA¹²⁹ le atribuye al terciario franciscano Raimundo LULLIO o Ramón LULL (1235-1315) el haber utilizado por primera vez la fórmula en estudio en sus obras donde pretendió establecer los principios generales de la ciencia jurídica. Por su parte, Francisco Elías DE TEJADA¹³⁰ afirma que el positivismo en la segunda mitad del siglo XIX empleó la expresión señalada como sustituto del derecho natural.

Por su parte, VIGO¹³¹ cree que el iusnaturalismo de por sí y más allá de sus distintas versiones, supone el reconocimiento explícito o implícito de ciertos principios o preceptos o fines que, al menos en su versión clásica o tradicional, se los descubre como constitutivos de la naturaleza y del orden humano, los que representan el fundamento y la medida de lo que debe ser el derecho positivo¹³².

¹²⁷ RODRÍGUEZ - ARIAS BUSTAMANTE, *op. cit.*, pág. 594.

¹²⁸ Cfr. DE CASTRO Y BRAVO, Federico, *Derecho Civil de España*, Valladolid, lib. prelim., (1942), t. I, pág. 339.

¹²⁹ RIVACOBA Y RIVACOBA, Manuel De, *División de las fuentes del Derecho positivo*, ed. Edeval, Valparaíso, pág. 193.

¹³⁰ Cfr. DE TEJADA, Francisco Elías, *Necesidad de sustituir los principios generales del derecho por el Derecho natural hispánico*, vol. I en "Actas del VI Congreso Internacional de Derecho Comparado", Barcelona, (1962).

¹³¹ VIGO, Rodolfo L. *Interpretación jurídica*, ed. Rubinzal Culzoni, Sta. Fé, (1999), pág. 112.

¹³² «Ejemplifiquemos esta corriente con CICERÓN, cuando luego de definir la ley como "la razón fundamental, ínsita en la naturaleza, que ordena lo que hay que hacer y prohíbe lo contrario", agrega que hay que considerarla "como principio del Derecho, siendo como es la ley la esencia de la naturaleza humana, el criterio racional del hombre prudente, la regla de lo justo y de lo injusto. Y, concluye el autor: «en definitiva, pensamos que el problema de los principios del Derecho, está inevitablemente vinculado al iusnaturalismo, pero al mismo tiempo debemos reconocer que el cientificismo jurídico, positivista, dogmático y sistematista del siglo XIX al encontrarlos incluidos en los códigos o en el Derecho positivo dio de dichos principios las versiones positivistas que llegaron a imponerse en gran parte de los juristas y que fueron en desmedro de la trascendencia de aquellos"». *Ibidem*.



Las primeras noticias acerca de la utilización de los principios en un cuerpo normativo, se encuentran originariamente en el Código Austríaco, el que en su texto –para resolver los problemas no contemplados– remitía al juez a los principios jurídicos naturales.

Con posterioridad, el Código italiano de 1865, siguió el criterio sentado por el Código albertino de 1838 y difunde una nueva fórmula de principios generales del derecho¹³³. Esta postura fue derrumbada por los autores del Código italiano de 1939, en que la expresión “principios generales del derecho” fue sustituida por la de “principios informantes del ordenamiento jurídico del Estado”. Luego, el Código Civil italiano de 1942 no hizo ninguna referencia a esta fuente –los principios– que en su artículo primero dedicaba a la materia, aunque en el artículo 12, efectuaba una breve referencia a “los principios generales del orden jurídico en vigor en el Estado”.

Sin lugar a dudas, los principios, frente al dogmatismo positivista demoraron su reconocimiento, hasta que fue tomando fuerza la idea de que la legislación era insuficiente para resolver todos los problemas que se presentaban, siendo necesario recurrir a la razón que proviene del derecho natural, como fuente jurídica para la solución de conflictos.

§ 2. LOS PRINCIPIOS DESDE EL PUNTO DE VISTA CONSTITUCIONAL

Fue Robert VON MÖHL, quien en el año 1832, acuñó la expresión *rechtsstaat*, que significa Estado de derecho, en clara oposición a *machtstaat* o Estado de fuerza. En el *Rechtsstaat* el Estado se somete a la ley “*lex facit regem*”, mientras que en el *Machtstaat* el Estado se impone por la fuerza “*rex facit legem*”. «El Estado de derecho indica un valor y alude sólo a una de las direcciones de desarrollo de la organización del Estado, pero no encierra en sí consecuencias precisas. El valor es la eliminación de la arbitrariedad en el ámbito de la actividad estatal que afecta a los ciudadanos. La dirección es la inversión de la relación entre poder y Derecho que constituía la quintaesencia del *machtstaat* y del *polizeis-*

¹³³ DE CASTRO Y BRAVO, *op. cit.*, pág. 339 a 341.

taat (Estado bajo el régimen de policía): no más *rex facit legem* (Estado de fuerza), sino *lex facit regem* (Estado de derecho)»¹³⁴, se sostenía.

En el espíritu de la Revolución Francesa, la proclamación de los derechos servía para fundamentar una nueva concepción del poder estatal, determinando sus condiciones de legitimidad sobre la base de una orientación liberal. «La *déclaration* no era propiamente derecho positivo, sino un “reconocimiento” de las “verdades” de una filosofía política presentada como el espíritu común de toda una época, que pedía ser llevada del campo de la teoría al de la práctica»¹³⁵.

El constitucionalismo del siglo XX sustituye la legalidad formal por la legalidad sustancial, en cuanto somete la ley a condiciones no solo formales sino de sustancia, que son los principios y derechos fundamentales de la persona, inscriptos de forma prominente en las constituciones. En el Estado constitucional para que una norma sea válida, no basta que emane de la fuente prevista en la ley, sino que además se requiere que su contenido respete los principios y derechos fundamentales establecidos en la Constitución. Así es, como se “redescubre” el significado de “Constitución” como límite y vínculo a los poderes públicos establecidos hace dos siglos en el artículo 16 de la Declaración de Derechos de 1789¹³⁶.

En el Estado moderno, «la coexistencia de nociones, tales como: valores y principios, sobre la que hoy debe basarse necesariamente una Constitución para no renunciar a sus cometidos de unidad e integración, y al mismo tiempo, no hacerse incompatible con su base material pluralista, exige que cada uno de tales valores y principios se asuma con carácter no absoluto, compatible con aquellos otros con los que debe convivir. Solamente asume carácter absoluto, el metavalor que se expresa en el doble

¹³⁴ ZAGREBELSKY, Gustavo, *El Derecho dúctil. Ley, Derechos, justicia*, trad. Marina Gascón, (2ª edición), ed. Trotta, Madrid, (1997), pág. 21.

¹³⁵ «El objetivo que se perseguía era la demolición de las estructuras del *Ancien Régime* y la instauración del reino de la libertad y de la igualdad jurídica en una sociedad que aún no conocía ni la una ni la otra y que sólo habría podido conocerlas a través de una profunda reforma de la legislación civil, penal y administrativa. Por eso, puede decirse que la *Déclaration* tenía fundamentalmente, al menos al comienzo, un significado de Derecho objetivo y que aún no era válida, por sí misma, como protección jurídica de situaciones subjetivas individuales. Sólo en un momento posterior, una vez consumada la obra, la misma declaración podría asumir un significado subjetivista, la protección de un *statu quo* jurídico que existiría en la medida en que fuese asegurado por la ley». *Idem*, pág. 52.

¹³⁶ Cfr. FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías*, ed. Trotta, Madrid, (1999), pág. 67.

imperativo del pluralismo de los valores (en lo tocante al aspecto sustancial) y la lealtad en su enfrentamiento (en lo referente al aspecto procedimental)»¹³⁷.

El único contenido sólido que la ciencia de una Constitución pluralista debería defender rigurosa y decididamente contra las agresiones de sus enemigos es el de la pluralidad de valores y principios¹³⁸, puesto que de esta manera estos últimos adquieren mayor estabilidad frente a la norma que ostenta cierta precariedad.

Por tales motivaciones es dable mencionar que «no hay proposición que se apoye sobre principios más claros que la que afirma que todo acto de una autoridad delegada contrario a los términos del mandato con arreglo al cual se ejerce, es nulo (*void*). Por lo tanto, ningún acto legislativo contrario a la Constitución puede ser válido. Negar esto equivaldría a afirmar que el mandatario es superior al mandante, que el servidor es más que su amo, que los representantes del pueblo son superiores al pueblo mismo y que los hombres que obran en virtud de determinados poderes pueden hacer no sólo lo que estos no permiten, sino incluso lo que prohíben»¹³⁹, lo cual contrariaría el Estado de derecho.

El siglo XX ha sido definido como el del legislador motorizado en todos los sectores del ordenamiento jurídico, sin exclusión de ninguno. Como consecuencia, el derecho se ha mecanizado y tecnificado. «Las Constituciones contemporáneas intentan poner remedio a estos efectos

¹³⁷ «Éstas son al final, las supremas exigencias constitucionales de toda sociedad pluralista que quiera ser y preservarse como tal. Únicamente en este punto debe valer la intransigencia y únicamente en él, las antiguas razones de la soberanía aún han de ser plenamente salvaguardadas. Los términos a los que hay que asociar la ductilidad constitucional de la que aquí se habla son la coexistencia y el compromiso. La visión de la política que está implícita no es la de la relación de exclusión e imposición por la fuerza (en el sentido amigo-enemigo hobbesiano y schmittiano), sino la inclusiva de integración a través de la red de valores y procedimientos comunicativos, que es además la única visión no catastrófica de la política posible en nuestro tiempo». ZAGREBELSKY, *op. cit.*, pág. 14 y 15.

¹³⁸ «El único valor “simple” es el de la atemperación necesaria y el único contenido constitucional que no se presta a ser “integrado” en otros más comprensivos y que, por consiguiente, puede asumir la dureza de un concepto constitucional “comabiente” es el de la necesaria coexistencia de los contenidos. Pero –más allá de los escasos supuestos en que la propia Constitución establece gradaciones y jerarquías– el modo en que los valores y principios convivan ya no es un problema de la ciencia constitucional, sino de la política constitucional». *Idem*, pág. 17.

¹³⁹ *Idem*, pág. 55, cit. *El federalista*, (traducción y prólogo de G. R. VELAZCO), FCE, México, 1943, n.º 78, Hamilton, pág. 339.

destructivos del orden jurídico mediante la previsión de un derecho más alto, dotado de fuerza obligatoria incluso para el legislador. El objetivo es condicionar y, por lo tanto contener, orientando los desarrollos contradictorios de la producción del Derecho, generados por la heterogeneidad y ocasionalidad de las presiones sociales que se ejercen sobre el mismo. La premisa para que esta operación pueda tener éxito, es el restablecimiento de una noción de Derecho más profunda que aquella a la que el positivismo legislativo lo ha reducido»¹⁴⁰.

Sin mucho esfuerzo de la propia carta magna, uno podría extraer el “principio de constitucionalidad”, o sea la adecuación de la norma jurídica a la Constitución Nacional, como tutela de los derechos y libertades individuales, a la cual se somete el legislador toda vez que el poder judicial es garante de su correcto ajuste y, tal como es entendido, la ley debe ser conforme a la Constitución. En términos más sacramentales, nuestra carta magna concibe una pluralidad de derechos que condicionan al derecho legislativo. Acudiendo a este inagotable *thesaurus*, los jueces pueden continuamente pertrecharse de argumentos constitucionales que no pueden ser contradichos por un legislador cuya autoridad está subordinada a los derechos¹⁴¹.

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 interesan en la medida en que son principios–. Por ello «distinguir los principios de las reglas significa, a grandes rasgos, distinguir la Constitución de la ley»¹⁴².

Se señala por ejemplo que no hay regla escrita que no presente algún margen de ambigüedad o que no se preste a alguna interpretación evasiva; que no todos los casos que requieren una regulación jurídica encuentran siempre la regla adecuada o que, «frecuentemente –y mucho más, en los caóticos ordenamientos jurídicos de la época actual– se producen colisiones entre los contenidos de las normas jurídicas (reglas contra reglas, o reglas contra principios) no siempre fáciles de resolver con los instrumentos de eliminación de “antinomias” que los propios ordenamientos

¹⁴⁰ *Idem*, pág. 39.

¹⁴¹ *Idem*, pág. 58.

¹⁴² *Idem*, pág. 110.

prevén (prevalencia de la norma más reciente, de mayor grado, más especial, etc.). En estos casos –para superar las dudas interpretativas, colmar las lagunas y resolver contradicciones de otro modo irresolubles– entrarían en acción los principios del derecho con su fuerza directiva tanto más vinculante en cuanto vengan recogidos en la Constitución»¹⁴³.

La contraposición del Estado de derecho decimonónico, con la máxima de la regla *dura lex sed lex*, cual esencia del positivismo contemporáneo, se enfrentaba con la realidad viva de los hechos en los que el intérprete debía balancear su decisión entre la fría y muda aplicación de la ley, y el sacrificio de ésta para adecuarla a un juicio de constitucionalidad. Ésta es, precisamente, la forma en que los principios desde una óptica constitucional, vienen a contribuir dentro del ordenamiento jurídico. Algunas veces para adecuar la norma, otras llenando los vacíos, pero siempre tendiendo a brindar un grado más alto de certeza y de justicia a la decisión.

Cuando la Constitución Nacional (1853), en el preámbulo “invoca la protección de Dios, fuente de toda razón y justicia”, “con el objeto de constituir la unión nacional, afianzar la justicia, consolidar la paz interior, proveer a la defensa común, promover el bienestar general, y asegurar los beneficios de la libertad, para nosotros, para nuestra posteridad, y para todos los hombres del mundo que quieran habitar en el suelo argentino”, remite automáticamente a consideraciones valorativas que exceden el marco legal, y sienta bases en principios del derecho natural, dándole al vértice de la pirámide jurídica –allí de donde parte toda la estructura normativa– un alcance eminentemente ontológico.

El “constitucionalismo” envuelve completamente la legislación en una red de vínculos jurídicos que debe ser recogida por los jueces, ante todo por los jueces constitucionales. El “legalismo” por el contrario, se preocupa por la autonomía del legislador y por eso exige que el control de la jurisdicción sobre el legislador discurra dentro de los límites compatibles con tal autonomía¹⁴⁴. La adecuación de las normas (societarias,

¹⁴³ *Idem*, pág. 117.

¹⁴⁴ «Desde la óptica de la doctrina de las fuentes, para el «constitucionalismo» la Constitución es un programa positivo de valores que ha de ser «actuado» por el legislador; para el «legalismo», la Constitución es un bosquejo orientativo que ha de ser simplemente «respetado» por el legislador. Los jueces, en este segundo caso, se verán inducidos a reconocer al legislador amplios ámbitos de libertad no prejuzgados por normas constitucionales, mientras que en el primero se



concursoales, laborales, etc.) a la Constitución no es una mera falacia intelectual, representa el correcto encastre de la ley a la razón.

§ 3. NOCIONES PREVIAS SOBRE LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO

Según DE DIEGO, ninguna ley ni código por minucioso y casuístico que sean, pueden prever ni dar solución a los innumerables casos que la práctica ofrece; la vida se renueva sin cesar y nuevas necesidades se presentan que no caben dentro de la fórmula rígida e inflexible de la ley¹⁴⁵ y, a pesar muchas veces de la celeridad del legislador, la norma es insuficiente para responder a las necesidades del justiciable.

De tal razonamiento puede extraerse *a priori* una conclusión, tal vez anticipada y prematura: de que la ley por sí sola, no es el justo remedio con el que se curan todas las enfermedades. Y para ello el *iudex*, tiene la insuperable necesidad de recurrir a otros elementos necesarios para la solución de las múltiples cuestiones que se le presentan. «Ningún juriscultado experimentado ha dejado de ver nunca que “la armadura lógica de la ley sólo conduce hasta el punto ... en que surgen las cuestiones de valor decisivas”, para las cuales “la ponderación de los intereses no es ninguna varilla mágica” si faltan los principios a que esta ponderación debe subordinarse»¹⁴⁶.

Existe una tendencia casi natural a tratar de desentrañar un principio de la *ratio legis*, lo cual lleva generalmente a soluciones alejadas del *et-hos*, cuando existe un concepto uniforme de que «hay ideales autorizadamente reconocidos que forman parte del Derecho en la misma medida

sentirán autorizados a realizar un control de fondo e ilimitado sobre todas sus decisiones y en todos sus aspectos». *Idem*, pág. 151.

¹⁴⁵ RODRÍGUEZ - ARIAS BUSTAMANTE, *op. cit.*, pág. 591.

¹⁴⁶ «La culpa de tal superstición la tienen las escuelas. La jurisprudencia práctica, la continental incluso, y dentro de ésta la alemana, ha explorado estos problemas del valor, a pesar de toda su “fidelidad a la ley”. Su conocimiento le ha permitido sentar principios, sostenidos a despecho de la presión política, que en substancia si no en la forma, significaban un *ius* exterior a la *lex*. Un buen ejemplo es la denegación a los médicos de un derecho profesional a menoscabar la integridad corporal de un paciente responsable de sus actos en contra de la voluntad de éste». ESSER, Josef, *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho privado*. ed. Bosch, Barcelona, (1961), pág. 6.

que los preceptos»¹⁴⁷. Los principios, a la manera de *guides* (guías), no surgen únicamente como elementos del derecho natural, sino que los mismos presentan una validez idéntica a la que ostenta el derecho positivo vigente. «Derecho y moral constituyen un “tapiz de normas” en el que se deben “distinguir los distintos hilos normativos” pero sin cortar el tapiz»¹⁴⁸.

La prioridad de los principios no está dada por su positivación en un cuerpo normativo, sino más bien por el reconocimiento que de ellos efectúa la jurisprudencia en un determinado número de casos. De ahí es que se reconozcan principios que si bien no se encuentran incorporados en una determinada norma, no dejan de tener utilidad práctica, en tanto y en cuanto, son consagrados derecho vigente a través de la utilización de los mismos en la resolución de casos.

Para brindar mayor claridad, podría elaborarse una pregunta que se formula con la siguiente proposición: ¿de qué hecho depende el que un principio reconocido forme parte del derecho positivo de un sistema? Pues, es igualmente apropiado preguntar, cuándo empieza la positivación de un principio, y qué conclusiones sacadas de normas positivas concretas deben ser consideradas necesariamente como derecho positivo a la par que éstas, y cuáles se limitan a ser máximas, postulados o ideas directrices que “deben aguardar” una positivación ulterior. Es la fundamental cuestión sistemática que en el derecho codificado aparece como un problema de interpretación, y en el derecho del caso, se plantea en el problema de la formación analógica¹⁴⁹.

Recapitulando, «de la estructura axiomáticamente cerrada (sistemas codificados), o problemáticamente abierta (derecho del caso) de un sistema jurídico, depende que los pensamientos básicos sean *principia* en sentido aristotélico, a partir de los cuales se “concluye” deductivamente, o criterios pragmáticos (*topoi*) de la justicia material o, en su caso, de los fines fijados por la política jurídica, que renuncian a una conexión deductiva coherente y atacan el problema, en su entidad aparentemente aislada,

¹⁴⁷ *Idem*, pág. 127.

¹⁴⁸ VERDROSS, A., *Die systematische Verknüpfung von Recht Un Moral*. Forum der Rechtsphilosophie, ed. Saber, (1950), pág. 9.

¹⁴⁹ Cfr. ROUSSEAU, Jean-Jacques, *Principes généraux du droit international public I*, (1944), pág. 892.

partiendo libremente de los dictados generalmente reconocidos de la razón, del *common sense*, como puntos de ataque “retóricos” (en el sentido antiguo) de la argumentación»¹⁵⁰.

En nuestro pensamiento codificador moderno, se han introducido una multitud de principios producto de la invención abierta, arraigando hasta tal punto en la dogmática, que con el aparato conceptual de ésta se han convertido en parte de un pensamiento en apariencia puramente axiomático, en el que las consideraciones de “política jurídica” y la casuística vinculada a problemas, se han establecido, como islotes aparentemente extraños al sistema, dentro del marco de las cláusulas generales, normas en blanco e instituciones de reciente creación. «Así observamos, una al lado de otra, tres clases de principios: “principios axiomáticos” en el sentido constructivo moderno, “principios problemáticos” o ideas básicas en el sentido retórico, y “principios dogmáticos”. Un principio axiomático de nuestro derecho civil sería, la libertad de contratación o también la relatividad de una vinculación obligatoria, un principio retórico sería la “idea de enriquecimiento” o también el llamado “principio de la confianza” en el tráfico jurídico; pensamiento dogmático (más propiamente, dogmatizados), serían, por ejemplo, el de la naturaleza abstracta del negocio de cumplimiento o el principio de accesoriedad de las fianzas»¹⁵¹.

Nuestro sistema codificado de normas, ha incorporado en el artículo 16 del Código Civil, la vía a través de la cual el juez, sin incurrir en un supuesto de incumplimiento de las obligaciones a su cargo (artículo 15 del Código Civil en concordancia con el artículo 273 del Código Penal)¹⁵², puede resolver una causa, cuando el sistema de normas (cerrado),

¹⁵⁰ «Los términos “sistema abierto” y “cerrado” proceden de FRITZ SCHULZ, *Principien des Römischen Rechts* (1934) e *History of Roman Legal Science* (1946). La adopto a causa de su expresividad. El sistema abierto no es necesariamente evolucionista. Su carácter progresivo o su conservadurismo casuístico dependen de los factores políticos bajo los cuales trabajan los juristas. En Roma, los pretores, dada la libertad de que gozaban, podían crear un Derecho casuístico evolucionista; los juristas clásicos tenían que aplicar su arte de modo que sus *responsa* fueran fructuosos para los *edicta* -inaccesibles a un estudio más profundo de los principios- y desarrollar éstos, si no se concedía una *actio in factum*». ESSER, Josef, *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho privado*, ed. Bosch, Barcelona, (1961), pág. 57.

¹⁵¹ *Idem*, pág. 62 y 63.

¹⁵² “Los jueces no pueden dejar de juzgar bajo el pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes” (artículo 15 del Código Civil *in fine*) (...) “Será reprimido con inhabilitación

no prevé una solución para el supuesto en análisis. Para ello el magistrado, recurre a una multiplicidad de elementos lógico-técnico-valorativos, los que sumados a su sana crítica, y ponderando los principios de igualdad y equidad, le indicarán cuál es la mejor salida para resolver una cuestión determinada.

La labor judicial significa el restablecimiento continuamente renovado de la comunicación entre valores éticos substanciales (elementos de derecho natural, *irreductible droit naturel* [irreductibilidad del derecho natural, como dice GENY]) y los valores formales e institucionales del derecho¹⁵³.

Los principios –frente al silencio legislativo– abren las puertas a la creatividad permitiendo resolver las cuestiones jurídicas con una mayor dosis de equidad y justicia, por lo que se convierten en instrumentos de inestimable utilidad.

§ 4. NATURALEZA JURÍDICA DE LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO

Tratar de desentrañar el verdadero sentido y alcance de los principios, no resulta una tarea menuda o sencilla. Las interpretaciones fundamentales que han dividido a los civilistas sobre esta materia son dos: la “histórica o positiva” y la “filosófica o iusnaturalista”. «La interpretación histórica consiste en afirmar que los principios generales del derecho son aquellos que inspiran una determinada legislación positiva. Para la interpretación filosófica, en cambio, se trata de verdades jurídicas universales,

absoluta de uno a cuatro años, el juez que se negare a juzgar so pretexto de oscuridad, insuficiencia o silencio de la ley. En la misma pena incurrirá el juez que retardare maliciosamente la Administración de justicia después de requerido por las partes y de vencidos los términos legales” (artículo 273 *in fine*, Código Penal).

¹⁵³ «El aserto de que lo que en economía es función y en ética postulado, en el campo jurídico son la cualidad y la institución, no sólo se aplica a los conceptos que, como el de causa en el Derecho civil o el de acto en el Derecho penal, transforman intereses y juicios de valor prejurídicos, sino también a los principios, *regulae*, brocardos y otros aforismos jurídicos orientados hacia los problemas». *Idem*, págs 76 y 77.

de principios filosóficos que expresan el elemento constante y permanente del derecho, el fundamento de toda legislación positiva»¹⁵⁴.

DEL VECCHIO, defensor de la interpretación iusnaturalista, se esfuerza sin embargo, en probar que los principios del derecho natural informan positivamente la legislación italiana¹⁵⁵.

Desde otra perspectiva, CARNELUTTI entiende que los principios se derivan de las normas positivas y no deben buscarse fuera de ellas; que como el alcohol dentro del vino, son el espíritu o esencia del derecho. El jurista italiano se pronuncia porque «son principios jurídicos fundamentales de validez universal absoluta, o sea principios de derecho natural; pero, en tanto que se hable de ellos en el plano de la dogmática jurídica, ha de hacerse la salvedad de que han de estar incorporados a la legislación positiva. De lo contrario su validez ideal no será título suficiente para que puedan ser alegados como fuentes de derecho. Su misión como normas aplicables, no es rectificar, sino completar las determinaciones de los preceptos del derecho escrito y consuetudinario, de donde resulta la figura del orden jurídico como un todo herméticamente pleno»¹⁵⁶.

Hay que reconocer pues, que «dentro de los sistemas vigentes alienta el espíritu del derecho natural, esto es, de las aspiraciones de la conciencia jurídica, de las nuevas exigencias éticas, las cuales se van afirmando a medida que cambien las condiciones de la vida. El sistema positivo lo absorbe, por así decir, por todos sus poros. Se ha hablado de “válvulas”, de órganos respiratorios del sistema positivo a través de los cuales penetra en el derecho el aire oxigenado de la vida, penetrando los elementos que lo nutren y le hacen vivir transformándolos»¹⁵⁷.

¹⁵⁴ RODRÍGUEZ - ARIAS BUSTAMANTE, *op. cit.*, pág. 594.

¹⁵⁵ «Para él, la relación correcta, es la establecida con perfecta lógica por la jurisprudencia romana, y que ha sido aceptada como válida hasta que prevaleció un positivismo de espíritu estrecho. De aquí que considere que la solución es la siguiente: El Derecho de un pueblo (“*jus in civitate positum*”) es la expresión particular de exigencias universales de la naturaleza humana; es, por consiguiente, una especificación de una cosa más general y profunda. Donde las formulaciones particulares no bastan, es menester recurrir a las raíces mismas del sistema, las cuales no son, propiamente hablando, únicamente del sistema, sino necesariamente comunes a todos los sistemas; por tanto, si una es la razón humana, una es, por consiguiente, en su principio, la lógica del Derecho (“*naturalis ratio*”). LEGAZ Y LACAMBRA, *op. cit.*, pág. 430.

¹⁵⁶ *Idem*, pág. 431.

¹⁵⁷ MICELI, Vincenzo, *I principii generali del diritto*, en Riv. Di Diritto Civile, (1923), pág. 24.

Se ha dicho que un motivo de recelo que tienen los juristas hacia la interpretación filosófica de los principios generales del derecho es el temor de que suponga abrir paso a la actividad creadora y libre de los jueces, introduciendo la inseguridad jurídica, desde el momento que el juez podría sustituir el criterio, acaso no siempre justo, pero siempre seguro de la ley, por el movedizo de su arbitrio, instaurándose el imperio judicial guiado por su interpretación subjetiva de lo justo. Este peligro se evita si como se ha dicho, los principios generales del derecho no sólo han de tener validez filosófica ideal, sino que han de ser los de aquella filosofía que ha servido precisamente de base a la legislación que en concreto se trate, con lo que toda posibilidad de choque o fricción desaparece¹⁵⁸.

DEL VECCHIO sostiene que “de las normas particulares formuladas por el legislador, aun combinadas ingeniosamente y dándole un sentido mucho más amplio del suyo literal, no siempre puede obtenerse un principio capaz de resolver los nuevos casos que la vida presenta constantemente en su continuo fluir”: ello conduciría –de acuerdo con su tesis– a introducir un nuevo obstáculo que el legislador ha querido remover, y a negar a los principios generales, su verdadera virtud de integración¹⁵⁹.

Para GARCÍA VALDECASAS los principios generales del derecho no son una fuente más que viene después de las otras, sino que es fuente que está también dentro de las otras, es decir, no son una fuente, podría decirse autónoma y aparte, sino que están en toda fuente del derecho y por lo tanto, no habría propiamente una superioridad de la ley sobre ellos, pues el sentido de la ley tiene que ser conforme a los principios generales del derecho. «El problema de la jerarquía entre las fuentes del derecho, el

¹⁵⁸ «O como dice DE CASTRO, no se puede afirmar que cada juez pueda investir a cualquier regla, a su capricho o a su honrada convicción personal del carácter de principio general del Derecho. Porque toda interpretación ha de expresar y constituir en su entorno la unidad del sistema y desarrollar la íntima virtualidad normativa, así como el fin último y más elevado de la ciencia del Derecho ha consistido siempre en la elevación del sistema de la materia jurídica. Esto significa, que las fuentes de los principios generales del derecho, no se encuentran en la llamada voluntad del legislador, sino en la actividad interpretativa, en cuanto concreta determinación del precepto jurídico. Por consiguiente, la enunciación de un principio general que el legislador haya cumplido en una norma positiva no es vinculante para el intérprete cuando esta adecuación no responde a la realidad de las cosas, esto es, a la situación del Derecho vigente». Cfr. RODRÍGUEZ - ARIAS BUSTAMANTE, *op. cit.*, pág. 598.

¹⁵⁹ Cfr. DEL VECCHIO, Giorgio, *Los principios generales del derecho*, trad. J. OSORIO MORALES (3ª edición), ed. Bosch, Barcelona, (1979), pág. 57.

problema de la prevalencia de una fuente del derecho sobre otra, no se plantea realmente en relación con los principios generales del derecho. El problema se plantea entre la ley y la costumbre como fuentes del derecho»¹⁶⁰.

LEGAZ y LACAMBRA entiende, por su parte, que «“el derecho natural” puede constituir un “dato dogmático” más que se patentiza, por ejemplo, en forma de “principios generales del derecho”, que pueden ser “fuente” jurídica en un ordenamiento positivo dado, y en cuanto la apelación al derecho natural puede constituir para juristas propensos a una actitud jurídicamente “positiva”, aunque de un positivismo sin implicaciones filosóficas, ni sociológicas, precisamente el único correctivo y válvula de escape de su dogmatismo legalista»¹⁶¹.

Entonces bien, si se pretende negar el carácter de principio a aquellos provenientes del derecho natural o a los del derecho romano¹⁶², debe plantearse el interrogante sobre si es correcto hablar de “derecho natural” sin más, en el mismo sentido en que se hable del derecho vigente. GARCÍA MAYNEZ apoyándose en la pluralidad de concepciones iusnaturalistas discrepantes –y hasta contradictorias– considera, con razón errónea, tal postura¹⁶³.

El ilustre profesor VIGO en una posición ecléctica entiende que los principios, tienen un doble sentido ontológico y normativo¹⁶⁴. Para él, el origen normativo de los principios se encuentra en SANCHEZ DE LA TORRE, en un libro titulado “Los principios clásicos del derecho”, en donde procura analizar el carácter de precepto de los *tria iuris* de ULPIANO: “dar a cada uno lo suyo, no dañar a otro y vivir honestamente”. Señala el autor, que es en FRANCISCO SUAREZ, donde aparecen perfectamente identificados y empleados como sinónimos, los términos: principio y precepto¹⁶⁵.

¹⁶⁰ GARCÍA VALDECASAS, Alfonso, *El problema de las fuentes del Derecho*, Bilbao, Universidad de Deusto, (1995), pág. 13.

¹⁶¹ LEGAZ Y LACAMBRA, *op. cit.*, pág.210.

¹⁶² DEL VECCHIO, *op. cit.*, pág. 43.

¹⁶³ Cfr. GARCÍA MAYNEZ, Eduardo, *Filosofía del Derecho*, (6ª edición), ed. Porrúa, México, (1989), pág. 318.

¹⁶⁴ VIGO, *op. cit.*, pág. 116.

¹⁶⁵ *Idem*, pág. 120.



Para el maestro santafesino «cada norma, conjunto de normas, institución jurídica o rama del derecho positivo está animada por uno o varios principios reguladores que aquéllas pretenden traducir con la mayor fidelidad a través de la particular estructura formal normativa»¹⁶⁶.

Ejemplo de ello se encontraría en las disposiciones del artículo 1198 del Código Civil, al preceptuar que los contratos “deben interpretarse y ejecutarse de buena fe”. Aquí, la norma importa una ordenación de la conducta de los sujetos, por lo que la inadecuación de los mismos a ésta, significaría la invalidez del acuerdo. Otra elencación es la que surge del art. 1º *in fine* de la ley concursal que consagra la universalidad del proceso falencial, produciendo efectos sobre la totalidad del patrimonio del deudor.

De lo expuesto podría considerarse que los principios ostentan una ferviente consagración normativa, en tanto estos emergen “como el agua surgente que alimenta los arroyos” del propio texto normativo, ya sea, por su textualización (en el modelo propuesto), o por su deducción a través del análisis del ordenamiento que se pretenda estudiar.

Como se anota no existe un consenso unánime entre los tratadistas, acerca de cual es la naturaleza jurídica de los principios. Desde el particular punto de vista de quien escribe estas líneas, y siguiendo el pensamiento del profesor VIGO, podría decirse que los principios generales del derecho, tienen un doble origen. Son normativos, en cuanto pueden ser deducidos de una regla que les da sustento, y son filosóficos, en tanto, nos vienen dados por el derecho natural, e informan todo el derecho positivo, adecuando la ley a los postulados de la razón, de la moral y de las buenas costumbres.

§ 5. INTERPRETACIÓN E INTEGRACION DEL DERECHO

Numerosas veces, los jueces y los operadores jurídicos se enfrentan con cuestiones que no están previstas ni en la ley, ni en la costumbre. Es-

¹⁶⁶ *Idem*, pág. 116.

tas deficiencias u omisiones del legislador, en la regulación de casos y relaciones de la vida social, han sido denominadas: “lagunas de la ley”¹⁶⁷.

Para obviar los inconvenientes que estas omisiones involuntarias genera, en los códigos se enumera las fuentes del derecho, denotando con ello el legislador, su propósito de procurar la plenitud del orden jurídico, no dejando huecos o lagunas sin rellenar¹⁶⁸. De este modo se resuelve, por medio de los “principios generales del derecho”, la cuestión de las lagunas de la ley, e incluso en el caso de que el juez se inhiba por tratarse de una cuestión no jurídica, lo hará basándose en una norma jurídica, el principio que delimita el campo de lo jurídico¹⁶⁹.

Así podemos ver que «el derecho se manifiesta a través de diversas formas de lenguaje y, en tanto proceso de comunicación, requiere de la interpretación como medio para desentrañar el mensaje de las normas. Tradicionalmente se sostenía, que la interpretación no procedía en la hipótesis de normas “claras”; sin embargo, la claridad de la norma es ya el producto de un proceso de interpretación. La interpretación es una operación que está destinada al descubrimiento del sentido o significado de la norma o de los significados posibles de ésta»¹⁷⁰.

La tarea de interpretación no debe confundirse con la de aplicación del derecho, que supone la formulación individualizada de la norma para un caso concreto. «La aplicación del derecho no está limitada a los jueces, la actividad jurisdiccional, en general implica aplicación del derecho. Tradicionalmente se ha entendido que la aplicación del derecho consiste en un mero ejercicio lógico de subsunción, en el que la norma funciona como premisa mayor, el caso, como premisa menor, y la resolución es la conclusión»¹⁷¹.

Sin embargo, la aplicación del derecho, es una serie de operaciones mucho más complejas que un simple silogismo. Aplicar el derecho importa efectuar una apreciación y fijación de los hechos, realizar una pre-

¹⁶⁷ Cfr. RODRÍGUEZ - ARIAS BUSTAMANTE, *op. cit.*, pág. 591.

¹⁶⁸ Cfr. LEGAZ Y LACAMBRA, *op. cit.*, pág. 427.

¹⁶⁹ Cfr. DE CASTRO Y BRAVO, *op. cit.*, pág. 358.

¹⁷⁰ KELSEN, Hans, *Teoría pura del Derecho* (trad. Moisés Nilve de la 23ª ed. en Francés), Eudeba, Bs. As., (1986), pág. 166.

¹⁷¹ BUERES, Alberto, “Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial”, ed. Hammurabi, t. 1 A, Parte General, pág. 31.

selección de la o las normas aplicables y, posteriormente, establecer cual es la solución jurídica más adecuada¹⁷². Por ende, la tarea del juez no será otra que estudiar si el caso tiene solución legal, a través de la aplicación de una norma jurídica. Si no lo tiene, debe recurrir a los principios generales que le informan de qué forma puede resolver la cuestión, recurriendo a la analogía, buscando la regla más cercana. Si esta posibilidad no existe, el siguiente paso consiste en buscar por inducción y sacando del orden jurídico vigente, el principio jurídico que servirá de fundamento para formular la regla del caso concreto. Finalmente, y cuando no sea posible adoptar algunas de las soluciones antes mencionadas, el juez deberá recurrir a la equidad, haciendo un estudio exacto del caso concreto y regulándolo mediante una regla justa construida especialmente para regirlo¹⁷³.

De lo dicho se desprende que la diferencia fundamental entre “interpretación” e “integración” del derecho sería la siguiente: al interpretar se encuentra el sentido del precepto o preceptos expresados existentes en el orden jurídico, aplicables al caso concreto; por el contrario, al integrar se verifica primero la falta de precepto alguno y después se procede a formular la norma aplicable al caso concreto, sacándola del orden jurídico. En el primer caso, el objeto dado es la ley expresa, los preceptos individuales; en el segundo, es el orden jurídico, de donde se extrae el principio más próximo posible aplicable, para integrar la norma individual. En ambos supuestos, se evita la arbitrariedad al fundar la resolución en derecho¹⁷⁴.

Un ejemplo práctico serviría para dar mayor claridad a tales concepciones filosóficas: se puede interpretar cual es el sentido que marca el artículo veintiuno de la Ley de Concursos y Quiebras, acerca de los efectos que produce la apertura del juicio concursal; pero, integro la norma, cuando digo que a determinada situación le aplico el principio de conservación de la empresa –necesario para superar el estado de cesación de pagos–, no contenido en el texto explícito de la ley falencial.

¹⁷² Cfr. DIEZ-PICAZO, Luis, *Experiencias jurídicas y teoría del Derecho*, ed. Ariel, Barcelona, (1975), Cap. XI.

¹⁷³ Cfr. RODRÍGUEZ - ARIAS BUSTAMANTE, *op. cit.*, pág. 591.

¹⁷⁴ Cfr. *idem*, pág. 592.

§ 6. EN BUSCA DE UN CONCEPTO DE PRINCIPIO

ARISTÓTELES sostenía que “principio” es aquello de lo cual algo procede, sea en línea del ser, del conocer o del obrar¹⁷⁵. TOMAS DE AQUINO reafirma esta primera acepción cuando expresa: *principium est id a quo aliquid procedit quocumque modo*, (principio: es aquello de lo que algo procede de cualquier manera)¹⁷⁶.

En el Libro Primero del Génesis en la Biblia, Moisés dijo: “en el principio creó Dios los cielos y la tierra”, *creatio ex nihilo*. Desde un punto de vista teológico, se utiliza el término en el sentido de inicio o comienzo de todas las cosas.

La palabra principio deriva etimológicamente de *principium*, la cual proviene de *princeps* que significa el primero, *primus* que toma-copia-algo; remite al comienzo, origen o iniciación de algo, especialmente en el orden físico¹⁷⁷.

Principio conforme la Real Academia Española proviene del latín *principium*, que en su primera acepción significa “primer instante del ser de algo” y en sus otras acepciones indican: “punto que se considera como primero en una extensión o en una cosa”; “base, origen, razón fundamental sobre la cual se procede discuriendo en cualquier materia”; “causa, origen de algo”; “cada una de las primeras proposiciones o verdades fundamentales por donde se empiezan a estudiar las ciencias o las artes”.

El diccionario de la Real Academia Española encuentra como alcances de la palabra “principios” los siguientes: acusatorio. 1. m. *Der.* Régimen penal o sancionatorio que impone a quien acusa la carga de probar las imputaciones delictivas para destruir la presunción de inocencia; de contradicción. 1. m. *Fil.* Enunciado lógico y metafísico que consiste en reconocer la imposibilidad de que una cosa sea y no sea al mismo tiempo; de culpabilidad. 1. m. *Der.* Aquel en virtud del cual no hay responsabilidad penal sin dolo o imprudencia; de derecho. 1. m. *Der.* Norma no legal supletoria de ella y constituida por doctrina o aforismos que gozan de general y constante aceptación de jurisperitos y tribunales; de legalidad.

¹⁷⁵ ARISTÓTELES, *Metafísica*, L. V, 1013a.

¹⁷⁶ TOMÁS DE AQUINO, *Suma teológica*, I, q.33, a. 1.

¹⁷⁷ Cfr. COROMINAS, Joaquín, *Diccionario etimológico de la lengua castellana*, ed. Gredos, Madrid, (1976).

1. m. *Der.* Principio jurídico en virtud del cual los ciudadanos y todos los poderes públicos están sometidos a las leyes y al derecho; de subsidiariedad. 1. m. *Der.* Criterio que pretende reducir la acción del Estado a lo que la sociedad civil no puede alcanzar por sí misma, 2. m. *Der.* El que se aplica al proceso de integración europea para limitar la intervención de las autoridades comunitarias a los supuestos en que los Estados por sí solos no puedan ser eficaces.

Este glosario de vinculaciones que abarcan los *principles*, generan una idea *a priori* de su extensión e importancia en la interpretación y argumentación jurídicas, puesto que de estos enunciados, parte el resto del conjunto de disposiciones normativas.

BOBBIO entiende que «los principios generales no son sino normas fundamentales o generalísimas del sistema, las normas más generales»¹⁷⁸.

Para CARRIO «los “principios” son los llamados “focos de significación”, que adquieren relevancia dentro del derecho, desde que los juristas se apoyan en ellos o bien en combinaciones derivadas de ellos, formando “una familia compleja, con intrincados lazos de parentesco y afectando la exposición del derecho, su crítica, justificación y reforma, así como su manejo práctico”»¹⁷⁹.

De otro lado, para Francisco LAPORTA «principio es un enunciado normativo de carácter muy general o abstracto, pero que dejando a un lado esa generalidad o abstracción, no tiene una estructura diferente de la norma concreta»¹⁸⁰.

¹⁷⁸ BOBBIO, Norberto, *Teoría general del Derecho* (trad. de E. Rozo), ed. Debate, Madrid, (1991), pág. 251.

¹⁷⁹ “Forman parte de los “focos de significación”, según la enumeración de CARRIO, las ideas de: 1) propiedad fundamental, núcleo básico, característica central; 2) regla, guía, orientación o indicación generales; 3) fuente generadora, causa, origen; 4) finalidad, objetivo, propósito, meta; 5) premisa inalterable punto de partida para el razonamiento, axioma, verdad teórica postulada como evidente, esencia, propiedad definitoria; 6) regla práctica de contenido evidente, verdad ética incuestionable; 7) máxima, aforismo, proverbio, “pieza de sabiduría práctica que nos viene del pasado y que trae consigo el valor de la experiencia acumulada y el prestigio de la tradición”. CARRIO, Genaro R., *Principios jurídicos y positivismo jurídico*, ed. Abeledo-Perrot, Bs. As., (1970), págs. 32 y 33.

¹⁸⁰ LAPORTA, Francisco, *El principio de igualdad: Introducción a su análisis*, Sistema n.º 65, ed. Pablo Iglesias, Madrid, (1985), pág. 5.

RODRIGUEZ - ARIAS BUSTAMANTE, considera que «los principios, son la base en que descansa la organización jurídica; la parte permanente del derecho y también mutable que determina la evolución jurídica. Determinan el modo cómo lo jurídico actúa sobre la realidad social y cómo ésta, a su vez, influye sobre las normas jurídicas»¹⁸¹.

El jurista Italiano Claudio LUZATI postula que «los principios son aquellas normas que vienen consideradas por el legislador, por la doctrina y/o por la jurisprudencia como el fundamento (en alguno de los posibles sentidos del término: se hablará por tanto de “fundamento” político-ideológico, lógico-deductivo, axiológico, teleológico o más genéricamente, de fundamento justificativo) de un conjunto de otras normas ya promulgadas o por emanar (así, los principios programáticos)»¹⁸².

BOULANGER define a los principios como «los materiales gracias a los cuales la doctrina puede edificar con confianza la construcción jurídica»¹⁸³.

El germano ESSER sostiene que «un principio jurídico no es un precepto jurídico, ni una norma jurídica en sentido técnico, en tanto no contenga ninguna instrucción vinculante de tipo inmediato para un determinado campo de cuestiones, sino que requiere o presupone la acuñación judicial o legislativa de dichas instrucciones»¹⁸⁴.

Para el autor de estas líneas podría conceptualizarse a los principios como: “aquellas bases morales y legales, de carácter general, en las que descansa el ordenamiento jurídico, y a las que recurre el intérprete, para aplicar una norma, desentrañar el sentido de un precepto o justificar una decisión de modo racional, con equidad y justicia”.

Debe aclararse, para no generar equívocos, que no se trata de una moral interior o subjetiva, sino de aquella emparentada con el derecho natural, con los valores y la ética.

¹⁸¹ RODRÍGUEZ - ARIAS BUSTAMANTE, *op. cit.*, pág. 599.

¹⁸² LUZZATI, Claudio. *La vaghezza delle norme. Un'analisi del linguaggio giuridico*, ed. Giuffrè, Milano, (1990), pág. 262.

¹⁸³ BOULANGER, Jean, *La méthode de l'interprétation juridique, a la Semaine internationale de droit*, Paris, octubre, (1950), pág. 66.

¹⁸⁴ ESSER, *op. cit.*, pág. 65.



§ 7. SIGNIFICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS JURÍDICOS

La importancia que los principios poseen para la evolución jurídica, sufrió importantes cambios de una época a otra. Hoy en día, ni siquiera los sistemas de derecho civil codificado se dan por satisfechos con los principios sacados por inducción de los textos legales en los que antes parecía estribar todo el problema¹⁸⁵.

Ciertamente, los principios tales como la seguridad jurídica y el orden público, adquieren mayor relevancia en presencia de un sistema cada vez más dogmático y legalista. La seguridad jurídica es uno de los valores básicos que debe realizar el derecho: hacer que se puedan prever las consecuencias de las conductas, es decir que cada cual pueda saber, por lo menos hasta cierto punto, a qué atenerse¹⁸⁶. Mientras que para la mayoría de la doctrina «se denomina orden público al conjunto de principios eminentes –religiosos, morales, políticos y económicos– a los cuales se vincula la digna subsistencia de la organización social establecida»¹⁸⁷; por su parte, para el profesor Guillermo BORDA «es el conjunto de ideas sociales, políticas, morales, económicas, religiosas a veces, a cuya observancia cree una sociedad ligada a su existencia»¹⁸⁸.

¹⁸⁵ «Su descubrimiento fue ya un gran mérito de la ciencia jurídica del pasado siglo. Hubo un tiempo en que se consideró como un gran adelanto una sentencia del Tribunal supremo Alemán. Ataño a la jurisprudencia, y sobre todo a la judicatura (cuya función consiste en corroborar los dictados de aquella mediante una directa intervención en las situaciones prácticas) el sacar a la luz los principios que, aun sin estar concretados en una norma general, están sin embargo expresados en la ley, y aplicarlos a los casos que la ley no menciona expresamente, pero nos vienen dados por la vida y caen bajo aquellos principios. La sentencia del Tribunal Supremo Alemán recaída en RG I. ZS. 2.2.1889, RGZ 24,50 disponía: “no puede exigirse del legislador que exponga todos los principios generales en artículos de tal claridad, que de ellos puedan derivarse, por una simple deducción, las consecuencias aplicables a todos los casos especiales que caigan bajo los principios en cuestión. Además, no es tampoco misión del legislador sentar una norma especial para todos y cada uno de los supuestos concretos que la vida va presentando. Finalmente, no incumbe al legislador adivinar todas las argucias técnicas que pueden inaugurarse para frustrar el propósito de la ley (frente a una jurisprudencia que se atiene exclusivamente a la letra de la misma)». Cfr. *idem*, pág. 5.

¹⁸⁶ Cfr. ATIENZA, Manuel, *Tras la justicia*, ed. Ariel, Barcelona, (1993) pág. 14.

¹⁸⁷ LLAMBIÁS, Jorge, *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*, Parte General, ed. Abeledo Perrot, t. I, pág. 158.

¹⁸⁸ LACANTINERIE, Baudry, cit. por BORDA, Guillermo A., *Concepto de ley de orden público*, pub. L.L. 58-997.

Las ataduras que genera la letra fría de la ley, lentamente llevó a que los intérpretes vieran en la misma una suerte de espacio vacío para cubrir todas las situaciones que se presentaban en la vida real, tendiendo cada vez más a desanudar el apego irrestricto a la norma, propio de los pensadores del decimonónico. Ello generó un retorno cada vez más acentuado hacia concepciones emparentadas con principios donde la libertad que brinda el propio carácter de ser generales, abre el abanico de posibilidades para resolver un caso con equidad y justicia.

En palabras de SANCHIS los principios «son criterios que ayudan al intérprete a la hora de dotar de significado a una disposición legal, es decir, a la hora de optar entre diversos significados; y como es obvio, la existencia de un principio obliga a preferir la solución que resulte más acorde con él, desechando aquella otra que se aparte o resulte menos fiel a su sentido»¹⁸⁹.

Como escribe GARCÍA DE ENTRERRÍA, los principios constitucionales «presentan, por fuerza, una enérgica pretensión de validez (...) y, constituyen por ello, los principios jerárquicamente superiores de todo el ordenamiento comenzando por la constitución misma»¹⁹⁰. Ello significa que entre dos interpretaciones diferentes y posibles de una misma disposición debe preferirse aquella que resulte más acorde con la Constitución y sobre todo, con los principios en ella recogidos, que por su generalidad gravitan sobre el conjunto del ordenamiento y resulta más susceptibles de proyectarse sobre cualesquiera normas¹⁹¹.

¹⁸⁹ «...Esta dimensión interpretativa aparece en el muy reiterado criterio de interpretación conforme a la Constitución o de interpretación más favorable a los principios y Derechos fundamentales. SANCHIS, Luis Pietro, *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, (1992), pág. 155.

¹⁹⁰ GARCÍA DE ENTRERRÍA, E., *La constitución, norma jurídica* en “La Constitución española de 1978. Estudio sistemático”, ed. Civitas, Madrid, (1980), pág. 139 y 140.

¹⁹¹ «...como ha declarado el Tribunal Constitucional Español en relación con los valores superiores, es obligatorio “tenerlos presentes en la interpretación tanto de las restantes normas constitucionales como de las leyes”. Es más, este es el criterio en que se basan las llamadas sentencias interpretativas: “... aplicando el principio de conservación de la norma siempre que ésta admita una interpretación coherente con la Constitución, el Tribunal establece cuál es la verdadera y vinculante interpretación de la norma impugnada y cual es el único sentido en que hay que entender determinados términos de la misma para que sea conforme con la Constitución” (STC, 5/1981, 13 de febrero, voto particular)». SANCHIS, *op. cit.*, pág. 156.

Es por estas razones que «el petrificado sistema doctrinal con su lógica de conceptos, se revela cada vez con mayor claridad, como un obstáculo para la moderna jurisprudencia, enfrentada con la discusión de problemas éticojurídicos y con la necesidad de formular principios»¹⁹².

En la perspectiva de la teoría del derecho, «la preocupación principal de una teoría de la ley natural es identificar de esa manera los principios y los límites del imperio del derecho, y encontrar las formas en que las leyes razonables, con toda su positividad y mutabilidad, han de ser derivados (no deducidos, normalmente) de principios inmutables –principios que reciben su fuerza de su razonabilidad– no de cualesquiera actos o acontecimientos originantes»¹⁹³.

Teniendo en cuenta los enunciados, precedentemente expuestos, puede afirmarse que la utilización de los principios para la resolución de conflictos emerge inobjetable, toda vez que, como juicios de valor, permiten dar mayor peso a la hora de utilizar una determinada disposición legal, cuando la misma presente distintos sentidos, adoptando la decisión que se acerque más a la Constitución.

Así, cuando el intérprete se encuentra frente a una disposición legal que presente incertidumbres acerca de su sentido o alcance, como por ej. en los casos de duda acerca del alcance de los efectos del proceso concursal, podrá recurrir al principio de universalidad o al de conservación de la empresa para justificar la decisión, los cuales poseen mayor extensión que la disposición normativa, con lo que brindan mayor claridad a la disposición adoptada.

§ 8. EXISTENCIA DE PRINCIPIOS JURÍDICOS FUERTES Y DÉBILES

PERELMAN señalaba que después de la Segunda Guerra Mundial comienza una nueva etapa en la teoría jurídica que pone en crisis el modelo iuspositivista, dogmático y legalista que se había forjado durante el siglo XIX a instancias de las escuelas exegetica e histórica de IHERING y que en

¹⁹² ESSER, *op. cit.*, pág. 9.

¹⁹³ FINNIS, John, *Ley Natural y Derechos Naturales*, (8ª reimp., 1980), ed. Abeledo-Perrot, Bs. As., (2000), pág. 379.

algunos aspectos completara el mismo KELSEN en el siglo XX¹⁹⁴. Más concretamente, el Tribunal de Núremberg pondrá en evidencia, dramáticamente, las insuficiencias de aquel modo de entender el derecho que básicamente lo indentificaba con la ley positiva. El fundador de la nueva retórica, subraya como una de las características principales de los nuevos vientos que comienzan a soplar, el recurso –para explicar u operar con el derecho– a los principios jurídicos, también llamados en los códigos: “principios generales del derecho”¹⁹⁵.

Hasta una época no muy lejana, se sostenía invariablemente que los postulados de la ley *dura lex sed lex* marcaban el rumbo de las decisiones judiciales, lo que ciertamente llevó a soluciones injustas, alejadas de la realidad viva de los hechos, puesto que lo que no había sido previsto por el legislador no podía ser juzgado.

Es durante la mitad del siglo XX que se hizo necesario efectuar una revisión total del pensamiento legalista en orden a ajustar postulados, otrora enfrentados, con los más fervientes pensamientos de la corriente naturalista, donde los principios comenzaron a jugar un papel preponderante a la hora de decidir, adecuando o bien descartando la aplicación de la norma, cuando ésta se oponía a los dispositivos superiores y/o fundamentales del ordenamiento jurídico.

Para VIGO es posible hablar de principios en un sentido fuerte y en un sentido débil: «lo propio de aquéllos es que forman parte del derecho *per se* o *proprio vigore*, mientras que los débiles se identifican por características formales, estructurales, etc.»¹⁹⁶. Los principios jurídicos fuertes serían “principios del derecho” o “principios en sentido estricto” de todo derecho, mientras que a los otros principios constituidos como tales a

¹⁹⁴ Cfr. PERELMAN, Chaim., *La lógica jurídica y la nueva retórica*, ed. Civitas, Madrid, (1979), (traducción de Luis María Díez-PICAZO), cit. por VIGO, Rodolfo L. en *De la Ley al Derecho*, ed. Porrúa, México, (2003), pág. 79.

¹⁹⁵ *Ibidem*.

¹⁹⁶ «De ese modo, las versiones fuertes atribuyen a los principios jurídicos la calidad que ARISTÓTELES en su “Metafísica” reconoce a los principios cuando los define como “aquello primero desde o a partir de lo cual algo es, se hace o se conoce”, y precisamente los principios jurídicos en sentido estricto son aquello de donde se hace o se constituye algo como Derecho, o se identifica algo como Derecho». *Idem*, pág. 82.

consecuencia de algún acto humano con capacidad para ello, los llamaremos “principios débiles” o “principios en sentido amplio”¹⁹⁷.

Las versiones fuertes de los principios contradicen las versiones iuspositivistas en tanto aquellos integran el derecho por su propio contenido y no por alguna “fuente social”. Consecuentemente, «los principios fuertes postulan una noción de validez que excede la mera pertenencia autoritativa al sistema jurídico, dado que si el derecho positivo no supera el umbral de justicia y de racionalidad reclamado por los principios de ALEXY o las exigencias de moralidad incluidas en los principios de DWORKIN, aquéllas normas no alcanzarán su pretendido carácter jurídico y el juez estará obligado a descalificarlas jurídicamente (ALEXY) o a mentir y a ocultarlas» (DWORKIN)¹⁹⁸.

Sin lugar a dudas, los conceptos distintivos entre principios fuertes y débiles, llevan forzosamente a elaboraciones deontológicas acerca de si esta determinación es propia del iusnaturalismo y ajena totalmente al positivismo dogmático legalista que rechaza este criterio de diferenciación entre los principios. No obstante ello, el sólo hecho de mencionar a los principios como elementos prenormativos y atemporales, nos aleja de las concepciones iuspositivistas más moderadas.

No por ello podemos dejar de reconocer, que aquel derecho que no ha tenido consagración normativa por parte de las autoridades, aunque ello nos lleve a consideraciones históricas acerca de su validez, vigencia y operatividad, es siempre aplicable cuando uno ingresa en la apreciación de una norma dispuesta por la potestad del legislador para considerar su justicia, equidad o razonabilidad.

El interés público y la suspensión de acciones de contenido patrimonial se presentan como principios jurídicos fuertes del derecho de quiebras que junto con el de universalidad informan y dan sentido a todo el ordenamiento, frente a la *par condicio creditorum* que con el correr del tiempo ha perdido actualidad y fuerza.

¹⁹⁷ *Idem*, pág. 82 y 83.

¹⁹⁸ *Idem*, pág. 84 y 85.

§ 9. LA REFERENCIA A LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO EN EL TÍTULO PRELIMINAR DEL CÓDIGO CIVIL

Se ha sostenido con acierto, que «la gramática moderna de los derechos proporciona una forma de expresar virtualmente todas las exigencias de la razonabilidad práctica. En realidad esta gramática tiene un alcance tan extenso y flexible que su estructura es generalmente entendida de un modo bastante pobre; los malentendidos en las discusiones sobre los derechos, y sobre determinados (pretendidos) derechos y su extensión, son por consiguiente bastante frecuentes. Por esta razón y también porque tanto la justificación explicativa de las pretensiones jurídicas, como la armonización de muchas pretensiones jurídicas en conflicto, nos exigen que identifiquemos valores y principios que no necesitan expresarse en términos de derechos»¹⁹⁹.

Hoy, resulta necesario, percatarse del hecho que las transacciones de valores pueden derivar en algo muy parecido al mercado de valores, y «esta mutación genética del espíritu en economía, resultaría plenamente realizado cuando a cada valor –como “valor de cambio”– le fuese atribuido su “justo precio”. Es indudable que las sociedades occidentales mediante la extensión ya casi ilimitada de la categoría del daño (es decir, del valor violado) resarcible (es decir transformable en dinero) por la que desgraciadamente han trabajado desde hace décadas generaciones de juristas y de jueces animados por las mejores intenciones, han llegado ya muy lejos en este camino de la “mercantilización” integral de los “valores” jurídicos. Una sociedad verdaderamente pluralista debería levantar sólidas defensas contra una tendencia de este género, tendencia que, al final, no satisfaría por igual todos los valores en juego, ni siquiera mediante la transformación de los valores sacrificados en valor-dinero, sino que conduciría pura y simplemente a la tiranía de un solo valor: el valor de la economía, capaz de someter a su yugo a todos los demás, originariamente de naturaleza no económica. Las sociedades que quisieran preservar su carácter pluralista deberían afirmar “valores que no tienen precio”, valores entre los que el equilibrio deba alcanzarse mediante la ponderación

¹⁹⁹ FINNIS, *op. cit.*, pág. 227.

con otros valores del mismo tipo, sin la participación del *médium* homologador y desnaturalizador del dinero»²⁰⁰.

Con acierto se ha destacado que los principios viven una nueva “edad de oro”²⁰¹ tanto en el derecho como en la teoría, y así se habla de teorías “principalistas”, en tanto subrayan el papel privilegiado que cumplen los principios respecto de las normas²⁰².

La jurisprudencia reiterada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha insistido de diversa forma en la presencia de valores en el derecho, así por ejemplo cuando ha invocado la “arbitrariedad axiológica”, “los derechos humanos”, “la equidad” o “la razonabilidad”. De esa manera la Corte dice que el derecho contenido en la ley o en una sentencia, debe ser confrontado con aquella dimensión del valor jurídico intrínseco al derecho argentino y que llega en algún punto a ser indisponible por la voluntad estatal²⁰³.

El art. 16 de nuestro ordenamiento civil²⁰⁴, efectúa una somera referencia a los principios generales del derecho, como una suerte de elemento integrador cuando la oscuridad o insuficiencia de la norma no permita encontrar en el espíritu de la ley, la solución para el caso. Si bien es cierto que la C.S.J.N. ha dicho que la primera pauta de interpretación hermenéutica es la letra de la ley²⁰⁵, no ha dejado de ver que en los supuestos en que existe un vacío normativo, el *iudex* debe recurrir a principios más generales del ordenamiento jurídico, interpretando, integrando y aplicando el conjunto del plexo de leyes.

²⁰⁰ ZAGREBELSKY, *op. cit.*, pág. 126.

²⁰¹ SANCHIS, *op. cit.*, pág. 17.

²⁰² Cfr. VIGO, *op. cit.*, pág. 197.

²⁰³ *Idem*, pág. 198.

²⁰⁴ Art. 16 Código Civil: “Si una cuestión civil no puede resolverse, ni por las palabras, ni por el espíritu de la ley, se atenderá a los principios de leyes análogas; y si aún la cuestión fuere dudosa, se resolverá por los principios generales del derecho, teniendo en consideración las circunstancias del caso”.

¹⁸⁹ No es admisible una interpretación que equivalga a la prescindencia del texto legal, desde que la primera fuente de hermenéutica de la ley es su letra. C.S.J.N., “Reig Vázquez Ger y Asociados c. Municipalidad de la Ciudad de Bs. As.” Magistrados: Levene, Fayt, Barra. Voto: Belluscio, Petracchi. Disidencia: Cavagna Martínez, Nazareno, Moliné O’Connor. R. 164. XXII, 14/05/91, Fallos 314:458.

Los distintos ordenamientos de derecho positivo codificado, poseen previsiones en torno a los principios. Así, el Código Civil español enumera en el artículo primero a las fuentes del ordenamiento jurídico, y menciona a la ley, la costumbre y los principios generales del derecho realizando una enunciación similar a nuestro artículo 16, pero insistiendo en una suerte de listado de los elementos informadores del ordenamiento del Estado. Este carácter informador –como lo destaca FERREIRA RUBIO– ha tenido importantes consecuencias en el plano teórico, reforzando la idea de que los principios generales son un *a priori* de la normativa concreta y no un producto de inducciones generalizadoras posteriores²⁰⁶.

A mi modo de ver, y siguiendo el pensamiento del profesor VIGO, resulta inadecuado seguir insistiendo en incluir los clásicos títulos preliminares en los códigos civiles regulando temas de proyección para todo el ordenamiento jurídico como “fuentes del derecho” e “interpretación jurídica”, dejando de lado a la “iusfilosofía”, la jurisprudencia consolidada de la C.S.J.N. (a la que ninguna referencia hace nuestra legislación civil, a diferencia de lo que ocurre con el Código Civil español [artículo 1.6]) y la doctrina como formadora de opinión en la interpretación e integración de la ley.

Resulta imprescindible renovar esfuerzos en generar mayor conciencia sobre la importancia de aceptar otras fuentes del derecho como elementos integradores y formadores, léase: la costumbre o la doctrina que vivifican la exégesis normativa y dan sentido argumental a las decisiones en las que se presentan antinomias.

§ 10. ¿ES POSIBLE Y ÚTIL LA CODIFICACIÓN O ENUMERACIÓN DE LOS PRINCIPIOS?

Es común, tal vez, producto de la formación académica recibida y de tener un derecho codificado, caer en la tentación de tratar de elaborar una lista u orden de los principios, pretendiendo enumerarlos, hasta elaborar un *numerus clausus*. Ahora bien, si partimos de la base que la prioridad ontológica de un principio no implica *per se* su validez podemos aceptar

²⁰⁶ FERREIRA RUBIO, Delia M., *La buena fe. El principio general en el Derecho Civil*, ed. Montecorvo, Madrid, (1984), pág. 53.

que la positividad depende más bien de su incorporación histórica en el *corpus iuris*, que su reconocimiento como tal por parte del intérprete.

Existen algunos principios que *proprio vigore* no tienen el carácter de reglas concebidas de forma muy general. «Más bien, precisan sin excepción, ser concretizados. Pero, al respecto, cabe distinguir diversos grados de concretización. En el grado más elevado, el principio no contiene todavía especificación alguna de supuesto de hecho y consecuencia jurídica sino sólo una “idea jurídica general”, por la que se orienta la concretización ulterior como por un hilo conductor. De esta clase son por ejemplo el principio de Estado de derecho, el principio de Estado social, el principio de respeto a la dignidad del hombre y el de protección de la personalidad, el de autodeterminación y el de autorresponsabilidad en el derecho privado»²⁰⁷.

Se trata por cierto, de supuestos en los que no existe una consecuencia jurídica frente a un supuesto particular de hecho, como sucede con los principios de buena fe, de responsabilidad por riesgo o por culpa. «De la ley se deduce bajo qué condiciones sobreviene una “responsabilidad por riesgo”, que riesgos especiales ha de imputarse y a quién, cuando un deber de indemnización se fundamentará sólo en el caso de “culpa” del causante del daño»²⁰⁸.

La afirmación de que el “*droit commun des gens*” sólo es una positividad de principios, queda comprobada filosóficamente, pero no en sentido jurídico; lo cual nos obliga a estudiar de qué hecho depende el que un principio reconocido forme parte del derecho positivo de un sistema. Pues es igualmente apropiado preguntar, cuándo empieza la positividad de un principio, y qué conclusiones sacadas de normas positivas concretas deben ser consideradas necesariamente como derecho positivo a la par de éstas, y cuáles se limitan a ser máximas, postulados o ideas directrices que “deben aguardar” una positividad ulterior. Lo que se esconde detrás de ella no es una antinomia epistemológica y una alternativa práctica,

²⁰⁷ LARENZ, Kart, *Metodología de la ciencia del Derecho*, (trad. Marcelino Rodríguez Molinero), ed. Ariel, Barcelona, (1994) pág. 465.

²⁰⁸ *Idem*, pág. 466.

sino la reducción funcional de ambos elementos a un mismo y único proceso de ordenación²⁰⁹.

Existe una tendencia casi natural a codificar o enmarcar en un solo y único cuerpo de reglas todas las disposiciones normativas. Pero, si bien podríamos hacer una suerte de ensayo jurídico en el que comencemos a identificar los principios y a integrarlos en una norma, la tarea se volvería de cumplimiento imposible en virtud de la existencia de principios de distinto rango, y correspondientes a tantos ordenamientos –ya sea por la materia en la que están inmersos o por ser generales–, que de sólo pensar en todos ellos, su sola identificación o bien enumeración, trascendería las fronteras de este trabajo.

La restauración de un método lógico-formal de tratamiento del derecho actual, supondría, en cambio, esto sí, un retroceso, pues hoy sería imposible un “formalismo” o un “positivismo de los principios”. Su carácter abierto y su pluralismo son un obstáculo insuperable para ello²¹⁰.

A guisa de ejemplo, se ha dicho que así como el ser que nace tiene vida física, esté o no inscripto en el registro, ya que éste sólo confirma civilmente su existencia, así los principios gozan de vida propia y de valor sustantivo por el hecho de ser tales y sin precepto legal que autorice su citación²¹¹.

Sobre el particular, VIGO entiende que «los “*principles*” Dworkinianos, en razón de su contenido (“exigencias de justicia, equidad u otra dimensión de moralidad), integran el derecho “*proprio vigore*”, y no por haberlo establecido así una práctica social o una autoridad; de ahí que cualquier ratificación en el plano del derecho positivo resulta irrelevante»²¹².

²⁰⁹ «...y, esto es, justamente, lo que hemos querido indicar con nuestro título “Principios y Normas en la elaboración de los ordenamientos de Derecho civil”». ESSER, *op. cit.*, pág. 9.

²¹⁰ Cfr. ZAGREBELSKY, *op. cit.*, pág. 124.

²¹¹ Cfr. DE DIEGO, Clemente, *El método en la aplicación del Derecho civil. Los principios generales del derecho*, con cita de Quintus Mucius SCAEVOLA, *Revista de Derecho Privado*, (1916), pág. 291.

²¹² VIGO, Rodolfo L., *Los principios jurídicos, Perspectiva jurisprudencial*, ed. Depalma, (2000), pág. 19.

Como sostuviera BOULANGER «por encima de las luchas de intereses a las que se entregan los hombres, están las reglas jurídicas, pero por encima de éstas están los principios»²¹³.

Por tal motivo, resultaría una perogrullada tratar de sistematizar todos los principios en un único cuerpo normativo, lo que además de resultar imposible por su diversidad y pluralismo, sería en la práctica de utilidad neutra; en tanto y en cuanto, en palabras de RIPERT «toda tentativa de clasificación de los principios choca con la imposibilidad de precisión»²¹⁴. Apostillando, no sería posible enumerar los principios del derecho de quiebras en la propia ley de bancarrotas aunque, sería viable hacer una referencia a ellos y destacar en que casos la norma o la jurisprudencia les han otorgado reconocimiento.

La enriquecedora doctrina y una sabia jurisprudencia, han socavado los cimientos en los que se aposentaba la letra fría de la ley inundándola de principios, convirtiendo a lo que se entendía por derecho –en el siglo decimonónico– en un sistema pluralista, donde no existe justificativo alguno para que el *principle* deba positivizarse en un compendio sistemático para lograr reconocimiento.

Prueba de ello, en lo que es objeto de estudio de este trabajo (derecho concursal), es el principio de “conservación de la empresa” y las ramificaciones que el mismo expandiera en materia de quiebras –no solamente, en nuestro ordenamiento legal, sino también en otros sistemas jurídicos–, sobre el que la doctrina y la judicatura desde hace tiempo vienen trabajando, a través de su reconocimiento en diversos pronunciamientos.

§ 11. EL PESO DE LOS PRINCIPIOS

Como afirma BETTI los principios generales se caracterizan frente a las normas singulares por una “excedencia de contenido axiológico”²¹⁵.

²¹³ BOULANGER, Jean, *Principes généraux du droit et droit positif*, en “*Études offertes à Georges Ripert (Le droit privé français au milieu du xx^e siècle*”, t. I, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, (1950), t. I, pág. 60, n.º 12.

²¹⁴ RIPERT, Georges, *Les forces créatrices du droit*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, (1955), pág. 342 n.º 142.

²¹⁵ Cfr. BETTI, E., *Interpretazione della legge e degli atti giuridici* (2da. ed., ed. Giuffrè), Milano, (1979), pág. 316.

Se descubre entonces en el principio una potencialidad y una fuerza de expansión de naturaleza axiológica, fuerza de valores éticos y no ya sólo de verdad y de razón teórica²¹⁶.

DWORKIN –quien trabajara con profundidad la importancia que detentan los principios en la teoría de la argumentación– señala que «los principios tienen una dimensión que falta en las normas: la de su peso o importancia, de tal forma que cuando los principios se interfieren, quien debe resolver el conflicto tiene que tener en cuenta el peso relativo de cada uno»²¹⁷.

Sostiene el profesor de Oxford, que una norma jurídica puede ser más importante que otra porque tiene un papel más relevante en la regulación del comportamiento. Pero no podemos decir que una norma sea más importante que otra dentro del sistema, de modo que cuando dos de ellas entran en conflicto, una de las dos sustituye a la otra en virtud de su mayor peso. Si se da un conflicto entre dos normas, una de ellas no puede ser válida. La decisión respecto de cuál es válida y cuál debe ser abandonada o reformada, debe tomarse apelando a consideraciones que trascienden las normas mismas²¹⁸.

Más de una vez, el intérprete debe recurrir para justificar una decisión, a aquello que está más allá de los muros que la prisión de la ley le impone –en palabras de CALAMANDREI– «si la ley no responde ya a las necesidades de la sociedad actual, corresponde al legislador de hoy modificarla; pero mientras no le plazca dismantelar alguna de las torres de su viejo castillo, el juez debe dar vueltas como prisionero dentro de los muros sin ventanas, olvidando que fuera de aquella prisión el mundo vive al aire libre y se renueva sin cesar»²¹⁹. Esta idea de Derecho estricto, metodológico, dogmático, ha sido dejada de lado abriendo las puertas a una nueva concepción del derecho por principios, mucho más amplia y valorativa.

²¹⁶ Cfr. BOULANGER, *op. cit.*, t. I, pág. 56, n.º 6.

²¹⁷ DWORKIN, Ronald, *Los Derechos en serio*, (5ª reimp., trad. Marta Guastavino.), ed. Ariel, Barcelona, (2002), pág. 77.

²¹⁸ Cfr. *idem*, pág. 78.

²¹⁹ CALAMANDREI, Piero, *El significado constitucional de las jurisdicciones de equidad en "Estudios sobre el proceso civil"* (trad. Sentis Melendo), ed. Bibliográfica Argentina Bs. As., (1961), pág. 66 n.º 4.



La doctrina ayuda a la jurisprudencia a extraer los principios, y una vez aceptados éstos y desarrollados por los tribunales, se produce una suerte de retroalimentación por la cual vuelven a la doctrina, que los entrega una vez más –luego de someterlos a estudio– reelaborados como construcción²²⁰.

Hoy en día, cada vez leemos con mayor frecuencia fallos en los que los jueces apelan a principios para resolver una cuestión, por ej. “universalidad”, “conservación de la empresa”, “buena fe” o “interés público”. Dentro del derecho privado, se ha recurrido sistemáticamente a la utilización de principios para limitar o bien interpretar el sentido de un precepto o argumentar una decisión. En tal sentido, podría formularse un interrogante: ¿si vivimos en la práctica una nueva era de principios informadores del ordenamiento? La respuesta no puede ser otra que afirmativa y en algunos pasajes de este trabajo se tratará de justificar esta aseveración.

§ 12. COLISIÓN ENTRE PRINCIPIOS. PROPUESTAS DE SOLUCIÓN

Una de las preguntas más frecuentes que suele formularse el intérprete, es qué hacer cuando un principio se contrapone con otro. En este sentido, se ha dicho que «cuando un principio colisiona con otro, el juez no sólo no juzga sobre la validez, sino que no puede en cierto sentido dejar de aplicar ninguno de los dos. Decidirá, luego de una “ponderación”, la precedencia de uno sobre otro, pero sin anular al que no se ha preferido. Es decir, aplicará un principio, en el sentido de preferirlo, y no otro, dejando claro que su juicio de preferencia se vincula con las particulares circunstancias de la causa, de modo que en otro caso posterior, frente a otras circunstancias, aplicaría el principio que ahora resulta postergado. Esto no significa declarar inválido al principio desplazado ni que en el principio desplazado haya que introducir una cláusula de excepción»²²¹.

El operador jurídico se enfrenta a respuestas deónticas distintas o contradictorias según que se apoye en uno u otro principio (Derecho, bien o valor). «Aplicando la teoría de la jerarquía de valores, una propuesta

²²⁰ Cfr. BOULANGER, *op. cit.*, t. I, pág. 66, n.º 20.

²²¹ ALEXY, Robert, *Teoría de los Derechos fundamentales*, trad. de Ernesto Garzón Valdés, (1ª reimp.), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, (1997), pág. 89.

doctrinaria y jurisprudencial consiste en elaborar una tabla jerárquica abstracta o apriorística de aquéllos, de manera que ante la tensión o el conflicto se escoja el de mayor peso o importancia»²²².

Consecuentemente, ante un conflicto entre principios, se impone un ejercicio de ponderación referido al caso concreto que no lesiona la existencia simultánea en el mismo ordenamiento de tales principios, mientras que un conflicto entre normas o reglas si es real, parece que ha de resolverse con la pérdida de validez de una de ellas; en otras palabras, los principios pueden hallarse en una tensión superable sin afectar a su reconocimiento jurídico, pero las normas sólo pueden aparecer en una contradicción que hace de ellas elementos incompatibles²²³.

De acuerdo a lo que suscribe LARENZ²²⁴ siguiendo el pensamiento del Tribunal Constitucional Federal Alemán en la solución de controversias, el jurista debe recurrir a la “ponderación de bienes”. «En caso de conflicto entre principios, sobre todo cuando estos no están delimitados, si la paz jurídica ha de restablecerse de nuevo, uno u otro Derecho (o uno de los respectivos bienes jurídicos) tiene que ceder hasta un cierto punto ante el otro, o cada uno ante otro. La jurisprudencia de los tribunales consigue esto mediante una “ponderación” de los Derechos o bienes jurídicos que están en juego, conforme al “peso” que ella concede al bien respectivo en la respectiva situación»²²⁵.

²²² VIGO, *op. cit.*, pág. 181.

²²³ Como dice A. PECZENIK «si alguien está en una situación regulada por una regla, sólo tiene dos posibilidades, obedecer la regla en cuestión o no obedecerla (...) Un principio valorativo, por el contrario, establece un ideal que puede realizarse en un cierto grado, mayor o menor». PECZENIK, A., *Dimensiones morales del Derecho*, Doxa, 8, (1990), pág. 92; cfr. SANCHIS, *idem*, pág. 44.

²²⁴ LARENZ, *op. cit.*, pág. 400.

²²⁵ «En la denominada sentencia sobre el caso de las farmacias, el Tribunal Constitucional Federal había de resolver si el art. 3, ap. 1, de la Ley Bávara sobre la naturaleza de las farmacias del año 1952, que hace depender de ciertas condiciones la apertura de una nueva farmacia, es compatible con el art. 12 ap. 1, inc. 1, de la Ley Fundamental, es decir, con el Derecho de la libre elección de profesión. El Tribunal adujo al respecto, entre otras cosas: el tenor literal del art. 12 ap.1, de la Ley Fundamental puede despertar la impresión que solo pueda ser restringido por la ley o en base a una ley la libertad de ejercicio de profesión, pero no la libertad de elección de profesión. Sin embargo, la libertad de profesión y el ejercicio de profesión no se pueden separar completamente una de otro, particularmente cuando se trata de asumir la actividad profesional. Un precepto legal, que primariamente se presenta como regulación del ejercicio de la profesión, es también en principio admisible cuando dicho precepto retroactúa mediatamente en la libertad de

Siguiendo los lineamientos trazados en el pensamiento del autor citado, poseen validez para la decisión de las cuestiones entre disposiciones fundamentales, los principios de proporcionalidad, del medio más idóneo o de la menor restricción posible. Según ello, el menoscabo de un bien, no debe ir más lejos de lo que se requiere en virtud de otro bien o de un fin jurídicamente sancionado o que por lo menos, es “defendible”²²⁶.

Otra técnica utilizada es la del balanceo (*balancing test*) o de la ponderación de bienes (*güterabwägung*) la cual se apoya en la capacidad del jurista que ha asumido la resolución del entuerto, para que sobre la base de las peculiares y concretas circunstancias del problema, establezca una cierta preferencia o desplazamiento de alguno de los principios en juego. La idea central de este punto de vista es que no hay orden, ni tabla, ni categorías diferenciadas entre los derechos o los principios, sino que por el contrario, todos ellos valen igual, por lo que el intérprete tiene el deber de intentar la conciliación o armonización, sin perjuicio de escoger uno de ellos en razón de las exigencias y modalidades que ofrece el caso que resuelven por la sentencia o la norma que dictan²²⁷.

Aparecería a primera luz como preferible, frente a una pugna entre principios, ponderar el peso de los intereses en juego, priorizando “valores” contenidos en la ley fundamental frente a la norma especial partiendo de lo general para llegar a lo particular; priorizando los bienes huma-

elección de profesión. Esto sucede, sobre todo, cuando se establecen condiciones para asumir la profesión, es decir, para la permisión del ejercicio de la profesión. Esto no significa, sin embargo, que las facultades del legislador respecto a una restricción de la libertad de elección de profesión y de ejercicio de profesión sean iguales. Más bien el legislador tiene tanto más limitada su facultad de regulación cuanto más se entromete, mediante la regulación del ejercicio de la profesión, también en la libertad de elección de profesión (...). Si se sigue manteniendo, a este respecto, que “según la concepción total de la Ley Fundamental, la personalidad humana libre es el valor supremo, que, por tanto, le tiene que quedar garantizada la mayor libertad posible también en la elección de profesión”, resulta entonces que esta libertad “sólo puede ser restringida en la medida en que es indispensable para el bien común”. Una regulación del ejercicio de la profesión, que ya hace depender del cumplimiento de determinadas condiciones la asunción de la actividad profesional y, de este modo, afecta también a la libertad de elección de profesión, sólo está justificada “siempre que de este modo haya de protegerse un bien de rango superior de la comunidad, el cual precede a la libertad del individuo”. El bien de la comunidad aquí en cuestión es la salud pública». *Idem*, pág. 401.

²²⁶ Cfr. *idem*, pág. 409.

²²⁷ Cfr. VIGO, *op. cit.*, pág. 183.

nos y derechos de incidencia colectiva, frente a los intereses individuales y privados.

La ponderación de bienes en el caso particular, llevada a cabo cada vez con más frecuencia por los tribunales, es un método de desarrollo del derecho, porque sirve para solucionar colisiones de normas –para las que falta una regla expresa en la ley– para delimitar unas de otras las esferas de aplicación de las normas que se entrecruzan, y de este modo, concretizar los derechos, cuyo ámbito, como el del derecho general a la personalidad, ha quedado en blanco²²⁸.

Otra visión del problema estriba en «comprender cada Derecho desde su contenido esencial, procediendo a la delimitación del ámbito de cada Derecho de tal suerte que se excluya toda intersección en el ámbito de los restantes derechos, lo que excluye la posibilidad de un auténtico conflicto, pues los ámbitos respectivos de los diferentes derechos no presentan ninguna zona de coincidencia»²²⁹.

Desde otra óptica TOLLER opina que tanto el balanceo como la categorización imponen una especie de “darwinismo jurídico” en el que son fagocitados –en general o en concreto– ciertos derechos fundamentales igualmente constitucionales y así, en consonancia con Pedro SERNA concluye: «...puede decirse que el contenido de cada derecho debe establecerse no desde su concepto puramente semántico o formal, por lo que significan las palabras acuñadas para referirse a un determinado derecho, sino desde su noción teleológica, es decir atendiendo a su finalidad, tanto histórica como actual, y a los bienes humanos que se intentan proteger o las conductas que se tratan de impedir. Tener por norte el fin de cada derecho y de todos los derechos –que en definitiva, es proteger al ser humano en orden a una vida digna– da por resultado derechos equilibrados sin innecesarios conflictos ni limitaciones entre sí»²³⁰.

Ampliar acerca de las soluciones a las que se puede arribar cuando existe conflicto entre diversos principios, excede con creces los objetivos trazados en este trabajo. Sin perjuicio de ello, podría decirse que la utilización de alguno de los mecanismos elaborados por la doctrina iusfilosó-

²²⁸ Cfr. LARENZ, *op. cit.*, pág. 409.

²²⁹ VIGO, *op. cit.*, pág. 184.

²³⁰ TOLLER, Fernando, *Propuesta para un nuevo modelo de interpretación en la resolución de conflictos entre Derechos constitucionales*; cit. por VIGO, *Los principios jurídicos...*, pág. 185.

fica, o la combinación de ellos, permitirá arribar a soluciones en las que la ponderación de derechos y bienes, como así también el balanceo entre los diversos principios en juego, justifique plenamente la decisión adoptada para argumentar la aplicación de la ley, o contrariamente fundamentar una resolución.

§ 13. DIFERENCIACIÓN ENTRE NORMAS Y PRINCIPIOS JURÍDICOS

El resquebrajamiento de la teoría jurídica del siglo XIX “dogmática, positivista, legalista” a consecuencia de la caída del régimen nacionalsocialista, marcó un antes y un después en la teoría jurídica del derecho. El pensamiento del intérprete apegado a la letra de la ley, fue evolucionando, al advertir que la norma resultaba insuficiente para abarcar todas las situaciones que se planteaban en la vida real y que el derecho debía resolver.

En el pensamiento de VIGO puede decirse inicialmente, que «las normas responden a una determinada estructura lógica, la proposición jurídica está formada por un supuesto de hecho suficientemente precisado y la consecuencia jurídica con similar propósito de precisión. La norma prohíbe, obliga o faculta ciertas conductas a las que describe con satisfactoria claridad. Por el contrario, la naturaleza del principio le hace perder claridad y precisión, su carácter principal –en opinión de SANCHEZ DE LA TORRE– es el dinámico potencial, por eso los principios son normas de normas o leyes de leyes, pues esa carga de cierta indeterminación y generalidad de todos los principios les permite con facilidad el recurso a su formulación en locuciones breves, compendiosas y concisas»²³¹.

ALEXY plantea la distinción entre principios y reglas y menciona que ello «constituye la base de la fundamentación iusfundamental y es una clave para la solución de problemas centrales de la dogmática de los derechos fundamentales. Sin ella, no puede existir una teoría adecuada de los límites, ni una teoría satisfactoria de la colisión y tampoco una teoría suficiente acerca del papel que juegan los derechos fundamentales en el sistema jurídico»²³².

²³¹ VIGO, *idem*, pág. 122.

²³² ALEXY, *op. cit.*, pág. 81.

ESSER esboza un interesante interrogante con una solución que sirve de modelo para escudriñar las profundidades de la diferenciación entre norma y principio, al enunciar la siguiente premisa: ¿a partir de que momento poseen los principios jurídicos el carácter de derecho positivo? Y responde: «desde y en la medida en que han sido encarnados en una institución, por un acto constitutivo del Poder Legislativo, de la jurisprudencia o de la vida jurídica»²³³.

La polémica acerca de si el derecho es únicamente normas o también incluye principios, se remonta a las discusiones entre HART y DWORKIN, y tuvo su epílogo en las conclusiones de BOBBIO al expresar que los «principios generales del derecho, se han constituido en un capítulo central en la teoría general del derecho»²³⁴.

Los principios tienen una tendencia a una estabilidad y permanencia mayor que las normas en general. Ellos requieren para su total inteligibilidad y vigencia efectiva, de normas que históricamente los van proyectando en un orden particular de conductas. BETTI destaca que «principio designa cualquier cosa que se contrapone conceptualmente a acabamiento, a consecuencia, y así a norma completa y formulada, es el pensamiento, la idea germinal, el criterio de valoración que la norma actúa poniéndola en obra, mediante una específica formulación, y pone de relieve que ese contenido predominantemente axiológico o valorativo de los principios, les posibilita una forma de expansión que no es de índole lógica o dogmática sino de carácter valorativo»²³⁵.

²³³ «Para ESSER, los principios son derecho positivo, aunque no normas (*rules*) precisas e independientes del Derecho, los llamados pensamientos jurídicos generales, las *rationes legis*, los principios valorativos y constructivos de un sistema, pero también los principios éticos y de justicia que privan en un ámbito jurídico al margen de su sistema escolástico: todos, siempre que hayan obtenido validez en formas concretas del ordenamiento. POUND polemiza contra la práctica de limitar el concepto de “ordenamiento jurídico” a la masa de preceptos (*The precept element*), e incluye especialmente los principios como “autorizados puntos de partida del razonamiento jurídico, empleados continua y legítimamente cuando los casos no están cubiertos por reglas en el sentido estricto». ESSER, *op. cit.*, pág. 169 y 170.

²³⁴ BOBBIO, Norberto, *Principi generali dei diritto*, Novissimo Digesto Italiano, XIII, ed. UTET, Turín, (1982), pág. 889.

²³⁵ «La no aplicación de la norma que regula el caso en cuestión, la afecta en su existencia jurídica, de ahí que exija del jurista una explicación jurídica de tal apartamiento; en cambio, el principio da más libertad al encargado de aplicar el Derecho; el hecho de que no se emplee específicamente para el caso no lo conmueve gravemente en su vigencia y validez. En definitiva, los



Sin perjuicio de aquellos conceptos, VIGO sostiene que «a pesar de adherir a una teoría distintiva fuerte entre normas y principios, corresponde advertir que éstos cumplen una función equivalente a las normas, en tanto desde los principios se puede “medir” o “regular”, en términos de corrección jurídica, conductas y normas»²³⁶.

De lo dicho, se desprende que no existe una diferenciación tajante entre norma y principio, sino que se trata de elementos integrativos del derecho, ya que al decir de ESSER «los principios son una fuente especial del derecho, en cuanto son parte del *corpus iuris* total al que pertenecen»²³⁷.

Los principios son mandatos de optimización «que se caracterizan porque suelen ser cumplidos en diversos grados y porque la medida ordenada de su cumplimiento, no sólo depende de las posibilidades fácticas, sino también de las posibilidades jurídicas. En cambio las reglas, son normas que exigen un cumplimiento pleno, y en esa medida, pueden siempre ser sólo o cumplidas o incumplidas. Si una regla es válida, entonces es obligatorio hacer precisamente lo que ordena, ni más ni menos. Las reglas contienen por ello determinaciones en el campo de lo posible, fáctica y jurídicamente. Lo importante por ello, no es si la manera de actuar a que se refiere la regla puede o no ser realizada en distintos grados. Hay por tanto distintos grados de cumplimiento. Si se exige la mayor medida posible en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas, se

principios causan y requieren de la claridad y detalle prescriptivo de las normas, su indeterminación les brinda diferentes matices y riqueza jurídica potencial». VIGO, *op. cit.*, pág. 123.

²³⁶ «...Consideramos que es más coherente con el lenguaje jurídico técnico actualmente en uso en nuestra comunidad llamar al género “reglas jurídicas”, y a las especies, “normas jurídicas” y “principios jurídicos”, pues éstos y aquéllas son fuentes de las definiciones deónticas que hacen a los juristas al indicar cuáles son las conductas prohibidas, obligatorias o permitidas en Derecho; y, asimismo, los “principios del Derecho” (“principios fuertes” o “principios en sentido estricto”) aluden a las normas y a los principios “débiles” en tanto señalan los requisitos que unas y otros deben cumplir para reconocerlos como plenamente válidos». *Idem*, pág. 30.

²³⁷ El tratadista alemán, considera que «los principios son *guides* para las autoridades jurídicas que gracias a ellas crean Derecho: el Poder Legislativo y la jurisprudencia, son aquí las fuentes del derecho, puesto que no se limitan a elaborar materiales dotados de autoridad y reconocidos». ESSER, *op. cit.*, pág. 172.

trata de un principio. Si sólo se exige una determinada medida de cumplimiento, se trata de una regla»²³⁸.

En opinión del autor, la divergencia más importante entre norma y principio se encuentra dada en el hecho de que, generalmente, el segundo de estos conceptos no se encuentra previsto en un ordenamiento determinado salvo su referencia genérica en el *corpus iuris civile*, y puede llegarse a él por inducción, por extracción de una o algunas normas, o bien por su reconocimiento a través de la positivación que de él realice la jurisprudencia.

La ley de quiebras no hace mención expresa al principio de orden público o interés público (*vide* Capítulo IX) sin embargo, no por ello, ha sido desconocido su valor como principio del ordenamiento.

§ 14. LA SOLUCIÓN DE CONFLICTOS ENTRE PRINCIPIOS Y REGLAS

Resulta necesario diferenciar dos situaciones que en la práctica se dan con mayor asiduidad que lo que se puede llegar a conjeturar. Una es la existencia de conflictos entre normas, y otra, es la relativa a los problemas que se plantean entre principios y una norma.

En relación al primer dilema, si se da un conflicto entre dos normas, una de ellas no puede ser válida. La decisión respecto de cual es válida y cual debe ser abandonada o reformada, debe tomarse apelando a consideraciones que trascienden las normas mismas²³⁹. Ejemplificando: cuando la ley de concursos refiere que todos los acreedores de causa o título anterior al concurso –no exceptuados en el dispositivo– deben concurrir a verificar sus créditos, para lo cual se produce el fuero de atracción concursal (arts. 21 y 32, LCQ); esta norma posee mayor validez y generalidad que aquella que establece que la competencia atribuida a los jueces na-

²³⁸ ALEXY, Robert, *Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica*, (trad. Manuel Atienza, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Universidad de Alicante), ed. Cuadernos de filosofía del Derecho, España, (1988), pág. 144.

²³⁹ «Un sistema jurídico podría regular tales conflictos mediante otras normas, que prefieran la norma impuesta por la autoridad superior, o la posterior, o la más especial o algo similar. Un sistema jurídico también puede preferir la norma fundada en los principios más importantes». DWORKIN, *op. cit.*, pág. 78.

cionales es improrrogable (art. 1º, C.P.C.yC.N.), la cual cede frente al concurso del deudor en virtud del art. 1º *in fine* de la ley de quiebras.

El segundo interrogante genera mayores controversias. Así, «en ocasiones una norma y un principio pueden desempeñar papeles muy semejantes y la diferencia entre ambos es casi exclusivamente cuestión de forma»²⁴⁰. Por ejemplo, una norma que sostenga que un contrato que restrinja el comercio, será nulo; por lo tanto, si un contrato contraría ese dispositivo, el juez deberá ponderar la razonabilidad de la norma y su justicia, para considerar su validez como *rule* o como *principle*.

Con frecuencia, existen algunos términos tales como: razonable, negligente, injusto y significativo –que permiten dar mayor precisión a la norma– y cumplen precisamente esta función. «Cada uno de esos términos hace que la aplicación de la norma que lo contiene dependa, hasta cierto punto, de principios o directrices que trascienden la norma y de tal manera hace que ésta se asemeje más a un principio. Pero, no la convierten totalmente en un principio, porque incluso el menos restrictivo de esos términos limita el tipo de los otros principios y directrices de los cuales depende la norma. Si estamos condicionados por una norma que dice que los contratos “irrazonables” son nulos o que no se ha de imponer el cumplimiento de contratos manifiestamente “injustos”, esto exige ejercer mucho más el juicio que si los términos citados hubieran sido omitidos»²⁴¹.

²⁴⁰ «La primera sección de la *Sherman Act* enuncia que todo contrato que restrinja el comercio será nulo. La Suprema Corte tuvo que decidir si esa disposición debía ser tratada como una norma en sus propios términos (que anulan todo contrato que “restringue el comercio”, cosa que hacen casi todos) o como un principio, que proporciona una razón para anular un contrato a falta de directrices efectivas en contrario. La Corte interpretó la disposición como una norma, pero trató esa norma teniendo en cuenta que contenía la palabra “irrazonable” y considerando que prohibía solamente las restricciones “irrazonables” del comercio. Esto permitió que la disposición funcionara lógicamente como una norma (toda vez, que un tribunal encuentra que la restricción es “irrazonable”, está obligado a declarar que el contrato no es válido y, sustancialmente, como un principio (un tribunal debe tener en cuenta multitud de otros principios y directrices para determinar si una restricción en particular, en determinadas circunstancias económicas, es “irrazonable”)). *Idem*, pág. 79.

²⁴¹ «Pero supongamos un caso en el cual alguna consideración, sea una directriz o un principio, haga pensar que se ha de imponer el cumplimiento de un contrato por más que su restricción no sea razonable, o aún cuando sea manifiestamente injusta. El cumplimiento forzado de tales contratos estaría prohibido si se les abandonara o modificara. Sin embargo, si no nos viéramos frente a una norma sino ante una directriz que se opone al cumplimiento impuesto de los contratos

A guisa de ejemplo, tomaría un supuesto citado por el tratadista LORENZETTI, quien postula partiendo de la ley de Defensa del Consumidor, al decir: «el art. 37 inc. a) de la Ley 24.240 dispone que son ineficaces las cláusulas que desnaturalicen las obligaciones. Por su parte el art. 26 del citado ordenamiento, establece la “reciprocidad de trato”, estableciendo que las empresas deben otorgar a los usuarios reciprocidad de trato, aplicando para los reintegros o devoluciones los mismos criterios que establezcan para los cargos por mora»²⁴². Ambos supuestos de normas, en origen estarían enfrentados, pero lo que ocurre en la ley protectoria, es que la corresponsabilidad no tiene su fuente en la autonomía privada, sino que es impuesta, porque es una solución de derecho supletorio que se considera esencial para la buena marcha de los contratos de consumo²⁴³.

Como se puede apreciar, existen normas que pueden oponerse entre sí por su carácter protectorio o bien regulador, pero en sí mismas confluyen para la armonización de los derechos entre prestadores de servicios y consumidores, detrás de un principio que rige las relaciones entre ambos sujetos como lo es el de “reciprocidad” en el trato, en virtud de la noción de equilibrio de las prestaciones.

Otra apostilla podría extraerse de la propia ley concursal que en el artículo 21 refiere como uno de los efectos de la apertura del proceso colectivo: “la suspensión del trámite de los juicios de contenido patrimonial contra el concursado por causa o título anterior a su presentación, y su radicación en el juzgado del concurso”, exceptuando las ejecuciones de garantías reales, en las que podrá admitirse la prosecución del trámite luego de haber presentado el pedido de verificación del crédito y su privilegio, lo cual contradice lo previsto en el artículo 1º *in fine* (universalidad), el cual establece que el concurso produce sus efectos sobre la totalidad del patrimonio del deudor. Frente a la imprecisión de la norma, recurriendo al “principio de conservación de la empresa y de “universalidad” podrán encontrarse sólidos fundamentos para resolver las antinomias que se presentan.

irrazonables, o con un principio según el cual no deben aplicarse contratos injustos, su cumplimiento podría ser impuesto sin que implicara una infracción del Derecho». *Idem*, pág. 79 y 80.

²⁴² LORENZETTI, Ricardo, *Tratado de los contratos*, ed. Rubinzal Culzoni, Sta. Fe, (2000), t. I, pág. 170.

²⁴³ Cfr. *idem*, t. I, pág. 171.

§ 15. CRITERIOS DE APROXIMACIÓN ENTRE PRINCIPIOS Y NORMAS

Desde el punto de vista de su carácter relativizable, los principios se distinguen de las reglas²⁴⁴. Las reglas son aplicables a la manera del “todo o nada” del *out-out*. Pero desde un punto de vista lingüístico podría decirse que “principios” y “reglas” son utilizados con frecuencia de un modo intercambiable, a pesar de que la voz “principio” implica por lo común mayor generalidad y mayor importancia que la palabra “regla”.

Muchas de las características que marcan la distinción entre reglas y principios en el lenguaje común están desprovistas de importancia filosófica. «Debería mencionarse, sin embargo, que la palabra “principio” se usa algunas veces para afirmar un valor último o para afirmar que un valor es una razón para la acción...»²⁴⁵.

Normalmente la realidad práctica marca el camino de las normas: *ex post facto, ius oritur*²⁴⁶. La reflexión racional sobre la realidad –en cualquier modo que sea concebida– puede llegar a proporcionar indicaciones vinculantes para la voluntad. A la praxis jurídica se llega a partir de la verdad conocida por la razón²⁴⁷. Si se dan los hechos previstos por una regla y la regla es válida, entonces debe aceptarse la respuesta que ésta proporciona, sin escapatoria ni mediación posible. No sucede así con los principios, porque éstos presentan una dimensión que las reglas no poseen, la del peso y la importancia²⁴⁸.

La diferencia entre principios y normas jurídicas es una distinción lógica. Ambos conjuntos de estándares apuntan a decisiones particulares, referentes a la obligación jurídica en determinadas circunstancias, pero difieren en el carácter de la orientación que dan. Las normas son aplicables a la manera de disyuntivas. Si los hechos que estipula una norma están dados, entonces o bien la norma es válida en cuyo caso la respuesta

²⁴⁴ Cfr. DWORKIN, *op. cit.*, pág. 74.

²⁴⁵ RAZ, Joseph, *Practical reason*, pág. 49 cit. por FINNIS, John, *Ley Natural y Derechos Naturales*, (8ª reimp., 1980), ed. Abeledo-Perrot, Bs. As., (2000), pág. 107.

²⁴⁶ “del hecho nace el Derecho”, GERNAERT WILLMAR, Lucio R. R., *Diccionario de aforismos y locuciones latinas de uso forense*, 2ª edición, ed. Abeledo Perrot, Bs. As., (2000), pág. 60.

²⁴⁷ ZAGREBELSKY, *op. cit.*, pág. 121.

²⁴⁸ *Idem*, pág. 125.

que da debe ser aceptada, o bien no lo es, y entonces no aporta nada a la decisión²⁴⁹. Las reglas sólo suministran preceptos directivos (*brevis rerum narratio traditur*)²⁵⁰.

Pero las reglas también pueden traducirse en principios, cuando utilizando un procedimiento deductivo, se avanza desde una norma más amplia, hacia un precepto más específico. De allí, se ha sostenido que “toda regla más general posee, frente a otra más concreta, el carácter de ‘principio’”. Los principios jurídicos, a diferencia de las normas de derecho, son contenido en oposición a forma, aunque el uso de estas categorías aristotélicas no debe conducirnos a pensar que la forma sea lo accesorio de algo esencial²⁵¹.

Para el pensamiento jurídico continental, la diferencia entre principio y norma, posee un alcance mucho mayor que para la concepción del *common law*, la distancia entre *principle* y *rule*. En éste, el problema de la aplicabilidad burocrática y técnica de la regla no se plantea en los

²⁴⁹ «La forma disyuntiva se puede ver con toda claridad si consideramos de qué manera funcionan las reglas, no en el Derecho, sino en alguna actividad dominada por ellas, como puede ser un deporte. En el béisbol, una regla establece que si el *batter* o bateador no contesta tres lanzamientos, queda fuera del juego. No es coherente reconocer que ésta es una enunciación correcta de una de las reglas del béisbol y decidir que un bateador que no contesta tres lanzamientos no queda fuera del juego. Por cierto, que una regla puede tener excepciones (el *batter* que ha fallado tres lanzamientos no está *out* si el *catcher* ha dejado caer el tercero). Sin embargo, un enunciado preciso de la regla tendría en cuenta esta excepción, y cualquier enunciado que no lo hiciera sería incompleto. Si la lista de excepciones es muy grande, sería demasiado incómodo repetirlas cada vez que se cita la regla; en teoría, sin embargo, no hay razón por la cual no se las pueda agregar a todas: y, cuantas más haya, tanto más preciso es el enunciado de la regla. Si tomamos como modelo las reglas del béisbol, veremos que las normas de Derecho, como la que establece que un testamento no es válido si no está firmado por tres testigos, se adecuan bien al modelo. Si la exigencia de los tres testigos es una norma jurídica válida, entonces no puede ser válido un testamento que haya sido firmado solamente por dos testigos. La norma puede tener excepciones, pero si las tiene es inexacto e incompleto enunciarla de manera tan simple, sin enumerar las excepciones. En teoría, por lo menos, se podría hacer una lista de todas las excepciones, y cuantas más haya, más completo será el enunciado de la norma». DWORKIN, *op. cit.*, pág. 74 y 75.

²⁵⁰ ESSER, *op. cit.*, pág. 60.

²⁵¹ «Desde el punto de vista axiomático los principios “auténticos” poseen valor de deducción. Pero tales limitaciones a una determinada técnica jurídica son prematuras. De momento sólo puede procederse al establecimiento de una terminología unitaria. A este fin me parece importante la formulación negativa, aplicable a todos los tipos, de que un principio jurídico no es un precepto jurídico ni una norma jurídica en sentido técnico, en tanto no contenga ninguna instrucción vinculante de tipo inmediato para un determinado campo de cuestiones, sino que requiere o presupone la acuñación judicial o legislativa de dichas instrucciones». *Idem*, pág. 64 y 65.

mismos términos que entre nosotros. «Lo que en nuestro sistema distingue el principio de la norma no es la “abstracción” o el “carácter general”, sino la posibilidad de precisar los casos de aplicación que es lo que caracteriza al “precepto”. Tanto si esta posibilidad viene dada por un supuesto legal, tanto si el ámbito de aplicación está fijado casuística o institucionalmente, tanto si los criterios para la aplicación son precisados por “hechos jurídicos”, por convención dogmática o juicios de valor colectivos (como buena fe) (...) Según la concepción continental, el principio no es en sí mismo una instrucción, sino causa criterio o justificación de ésta. Lo cual significa, de todos modos, que en tanto que *ratio legis* está ya incluido en la instrucción, determinando la posición de ésta dentro del conjunto del ordenamiento»²⁵².

En el siglo XVI, el jurista inglés ST. GERMAN expresaba: “en toda ley positiva bien hecha hay alguna cosa de la ley de la razón...; y discernir... la ley de la razón de la ley positiva es muy arduo. Más, aunque sea arduo, es muy necesario en toda doctrina moral y en todas las leyes hechas para el cuerpo político”²⁵³. Si bien es cierto que tal expresión denota un cierto grado de desvelo para comprender las relaciones entre ley y razón, lo verdadero es que algunas partes de un sistema jurídico normalmente están y ciertamente deben estar, constituidas por reglas y principios que corresponden estrechamente a exigencias de la razón práctica que son en sí

²⁵² «El que, además de esto, y en virtud del caso singular pueda convertirse en una instrucción positiva concreta, depende de que exista un sistema susceptible de deducción o bien un método que establezca la constitución de la norma singular partiendo de la casuística y en virtud del cual se fije el valor “normativo” o “constructivo” del principio. La primera vía es la del hallazgo del Derecho en el sistema cerrado, la segunda es la del Derecho del caso y de todo Derecho judicial que se desarrolle al margen de las codificaciones. Sin el nexa deductivo o problemático de un principio, o sea, sin ordenación jurídica en un enlace sistemático o problemático positivo y sin fijación del procedimiento de la creación de Derecho, consista ésta en formación de precedentes o en la simple autoridad fáctica de la tradición judicial o doctrinaria, el desarrollo de las normas por obra de la acción judicial carece de garantía en cuanto a su constancia y consecuencia. La disposición de que el juez, lo mismo que un legislador, debe crear la norma bajo la representación de su alcance general, o sea, vinculada al sistema (art. 1, II ZGB), dada la irrealidad de este supuesto y el conflicto en que las contemporáneas incitaciones a hacer uso de su facultad creadora entran con la concepción histórica, hoy tan necesitada de complemento, tampoco substituye la instrucción concreta, cualquiera que sea la manera como el juez deba entender esta solución legislativa. Pues la solución que el juez tiene que encontrar, no debe pretender sólo a ser aplicable a un tiempo dado, sino a todos los tiempos en general». *Idem*, pág. 66 y 67.

²⁵³ FINNIS, *op. cit.*, pág. 308.

mismas conclusiones directas de la combinación de un valor básico determinado (v. gr., la vida) con una o más de esas nueve exigencias “metodológicas” de la razonabilidad práctica²⁵⁴.

Para clarificar estos conceptos, FINNIS brinda un ejemplo práctico, partiendo de una regla de tránsito: «hay un sentido en que (como implica el teorema subordinado) una regla del tránsito toma “toda su fuerza” de la costumbre autoritativa de la ley o de otra disposición que la ha establecido. Porque hasta que la disposición “conduzca por la izquierda y a menos de 70 millas por hora” fue establecida por alguno de estos medios, no había una regla jurídica para el tránsito; además, el legislador no necesitaba tener una razón para elegir la “izquierda” en lugar de la “derecha” o “70” en lugar de “65”. Pero también hay un sentido según el cual (como sostiene la teoría general) la regla del tránsito toma “toda su fuerza normativa” en último término de los principios permanentes de la razón práctica (que nos exigen respetar nuestra propia seguridad física y la ajena) en combinación con hechos no establecidos normativamente como que el tránsito es peligroso y puede hacerse más seguro por medio de flujos ordenados del tránsito y limitación de la velocidad, o que la distancia para frenar y el tiempo de reacción humana son tal y cual, etcétera»²⁵⁵.

De todo lo expresado, podrían plasmarse algunas reflexiones que servirían para concluir el punto en derredor a la cercanía existente entre las normas y los principios: una primera meditación sería, que es posible obtener principios de las normas, en tanto las reglas de orden general prevalecen sobre la norma particular; por lo que el dispositivo más amplio, sirve a modo de *guide* (guía); por otro lado, los principios pueden positivarse a modo de reglas, desde que estos han logrado reconocimiento legislativo o judicial. Ejemplo de ello, serían las máximas empleadas por los juristas en sus proposiciones, ej: *qui prior est in tempore, potior est in*

²⁵⁴ El profesor FINNIS, considera que existen diversas formas de bien, que el considera que son bienes humanos básicos, a saber: “la vida”; “el conocimiento”; “el juego”; “la experiencia estética”; “la sociabilidad”; “la razonabilidad práctica” y “la religión” (aut. cit. págs. 117 y ss.). Sobre el particular sentencia el profesor de Oxford que «en primer lugar, cada uno es una forma de bien igualmente evidente. En segundo lugar, ninguno puede ser reducido analíticamente a ser sólo un aspecto de alguno de los otros, o a ser meramente instrumental en la búsqueda de cualquiera de los otros. En tercer lugar, cada uno, cuando nos concentramos en él, puede razonablemente ser considerado como el más importante. De ahí que no hay una jerarquía objetiva entre ellos». Cfr. *idem*, pág. 123.

²⁵⁵ *Idem*, pág. 312.

jure, in aequali jure; nemo contra factum proprium venire potest o pacta sunt servanda.

El principio de conservación de la empresa en materia concursal, cada vez más, se erige en un dispositivo de carácter general que trasciende la norma particular, sirviendo de timón para la resolución de los conflictos que se presentan durante la tramitación del proceso colectivo.

§ 16. LA TÓPICA Y LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO EN LA SOLUCIÓN DE PROBLEMAS JURÍDICOS

De acuerdo con Real Academia Española tópico proviene del griego τοπικός (*topoi*)²⁵⁶ que significa en su primera acepción “perteneciente o relativo a determinado lugar” y en su quinta significación “lugar común que la retórica antigua convirtió en fórmulas o clichés fijos y admitidos en esquemas formales o conceptuales de que se sirvieron los escritores con frecuencia”.

La tópica «es una búsqueda y examen de premisas; lo que la caracteriza es que consiste en un modo de pensamiento en el que el acento recae sobre las premisas, más bien que sobre las conclusiones»²⁵⁷.

Lo que normalmente se entiende hoy por teoría de la argumentación jurídica tiene su origen en una serie de obras de los años cincuenta que comparten entre sí el rechazo de la lógica formal como instrumento para analizar los razonamientos jurídicos. Las tres concepciones más relevantes... son la tópica de VIEHWEG, la nueva retórica de PERELMAN, y la lógica informal de TOULMIN²⁵⁸.

²⁵⁶ «Los *topoi* “son puntos de vista polifacéticos, aceptables en todas partes, que se usan en pro y en contra de lo que se opina y pueden conducir a lo verdadero”. Se emplean para poner en marcha la discusión de un problema y, en cierto modo, abordarlo desde aspectos diferentes, como también para descubrir la conexión comprensiva, ya dada, en la que está situado el problema». LARENZ, *op. cit.*, pág. 153.

²⁵⁷ ATIENZA, *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica* (2ª reimpresión), ed. Universidad Nacional Autónoma de México, pág. 34.

²⁵⁸ Cfr. *idem*, pág. 29.

En 1953 se publica la obra de THEODOR VIEHWEG²⁵⁹, *Topik und Jurisprudenz* (tópica y jurisprudencia) cuya idea fundamental consistía en reivindicar el interés que para la teoría y para la práctica jurídica tenía la resurrección del modo de pensar tópico o retórico²⁶⁰. No en vano, RECASÉNS SICHES sostuviera que «el pensamiento de VIEHWEG reivindica la tópica, la retórica y la dialéctica de ARISTÓTELES, CICERÓN y los jurisconsultos romanos, mostrando que el pensamiento jurídico no puede ser jamás sistemático ni deductivo, sino “pensamiento sobre problemas en torno a problemas” que arranca de la consideración de un problema humano, al revés del pensamiento sistemático, que pretende extraer racionalmente consecuencias de premisas supuestamente axiomáticas»²⁶¹.

La tópica de CICERÓN (obra dedicada precisamente a un jurista) tuvo una mayor influencia histórica que la obra de ARISTÓTELES, y se distingue de ésta en que trata fundamentalmente de formular y aplicar un catálogo de tópicos (es decir, de lugares comunes, de puntos de vista que gozan de aceptación generalizada y son aplicables bien universalmente o bien en una determinada rama del saber) y no como la de ARISTÓTELES, de elaborar una teoría²⁶².

Para VIEHWEG, un problema «es toda cuestión que aparentemente permite más de una respuesta y que requiere necesariamente un entendimiento preliminar, conforme al cual toma el cariz de cuestión que hay que tomar en serio y a la que hay que buscar una única respuesta como solución. La noción de problema se contrapone en VIEHWEG a la de sistema, lo que le lleva a distinguir –siguiendo a HARTMAN– entre modo de pensar sistemático y modo de pensar aporético. Si el acento se pone en el sistema, entonces éste opera una selección de los problemas, de manera

²⁵⁹ VIEHWEG, Theodor, *Tópica y Jurisprudencia*, (1ª edición, 1953); (5ª edición), München, Beck, (1974).

²⁶⁰ Cfr. ATIENZA, *op. cit.*, pág. 29.

²⁶¹ RECASÉNS SICHES, Luis, *Introducción al estudio del Derecho* (7ª edición), ed. Porrúa, México, (1995), pág. 228.

²⁶² «Así pues, la tópica es –de acuerdo con la distinción de CICERÓN a que antes se aludió– un *ars inveniendi*, un procedimiento de búsqueda de premisas –de tópicos– que, en realidad, no termina nunca: el repertorio de tópicos siempre es necesariamente provisional, elástico. Los tópicos deben entenderse de un modo funcional, como posibilidades de orientación y como hilos conductores del pensamiento que sólo permiten alcanzar conclusiones cortas. A ello se contrapone el *ars iudicandi*, la lógica demostrativa que recibe las premisas y trabaja con ellas, lo que permite la elaboración de largas cadenas deductivas». ATIENZA, *op. cit.*, pág. 33 y 34.



que los que no caen bajo el sistema se dejan aparte y quedan sencillamente sin resolver. Si, por el contrario, el acento se pone en el problema, entonces de lo que se trata es de buscar un sistema que ayude a encontrar la solución»²⁶³.

VIEHWEG sostiene que a partir de la época moderna la cultura occidental optó por abandonar la tópica y sustituirla por el método axiomático deductivo. Dicho método consiste en partir de una serie de principios o axiomas, que deben tener las propiedades de plenitud, compatibilidad e independencia, pero al mismo tiempo no puede aplicarse al campo de la jurisprudencia²⁶⁴.

El intento característico de la época moderna de operar en el derecho con un método deductivo, esto es, de dotar de carácter científico a la técnica jurídica, es pues, equivocado, porque ello obligaría a una serie de operaciones y de cambios en el derecho que resultan inviables. Según VIEHWEG, sería necesaria la axiomatización del derecho, el establecimiento de la prohibición de interpretar las normas, permitir el *non liquet*, una intervención continuada del legislador, y establecer preceptos de interpretación de los hechos que se orientasen exclusivamente hacia el sistema jurídico. Como esto es imposible, la alternativa que queda abierta es la de no modificar la esencia de la técnica jurídica (esto es, su carácter tópico) sino concebirla como una forma de aparición de la incesante búsqueda de lo justo de la que emana el derecho positivo y que se continúa de la mano del derecho positivo²⁶⁵.

²⁶³ *Idem*, pág. 34 y 35.

²⁶⁴ «Mientras que unas disciplinas pueden encontrar unos principios objetivos seguros y efectivamente fecundos para su campo, y por eso pueden ser sistematizadas, hay otras en cambio, que son insistematizables, porque no puede encontrarse en su campo ningún principio que sea al mismo tiempo seguro y objetivamente fecundo. Cuando se presenta en este caso, sólo es posible una discusión de problemas. El problema fundamental previamente dado, se hace permanente, lo que en el ámbito del actuar humano no es cosa inusitada. En esta situación se encuentra evidentemente la jurisprudencia». VIEHWEG, *op. cit.*, pág. 129.

²⁶⁵ «La exposición que VIEHWEG efectúa de la tópica culmina con una referencia a algunos de los ejemplos de la doctrina civilista alemana de los años cuarenta y cincuenta que, en su opinión, encarnarían el modelo tópico de jurisprudencia que él propone y que se basaría en los tres siguientes presupuestos: 1) La estructura total de la jurisprudencia solamente se puede determinar desde el *problema*; la aporía fundamental es el problema de determinar qué es lo justo aquí y ahora; 2) Las partes integrantes de la jurisprudencia, sus conceptos y sus proposiciones, tienen que quedar ligadas de un modo específico con el *problema* y sólo pueden ser comprendidas desde él; 3) Los conceptos y las proposiciones de la jurisprudencia sólo pueden ser utilizados en una im-

El método tópico es utilizado por los jueces en la interpretación de puntos dudosos de la ley, así como para su aplicación o progreso; las discusiones de las partes en caso de litigio, en el proceso judicial, no son otra cosa que un proceso de argumentación de un lado hacia el otro, en el que se presentan al juez argumentos de tipo fáctico y jurídico relevantes para la decisión de la cuestión²⁶⁶.

Para VIEHWEG en la jurisprudencia no se trata de la realización de principios jurídicos generales que han hallado expresión en las leyes y que han de ser aclarados en su sentido “racional” por medio de la interpretación y, ulteriormente desarrollados, sino sólo de la resolución justa, siempre adecuada a la cosa del caso particular. La jurisprudencia sólo puede satisfacer su peculiar propósito (a saber la pregunta: qué es pues lo justo aquí y ahora en cada caso), si procede no “deductivo-sistemáticamente”, sino “tópicamente”²⁶⁷.

El pensamiento tópico ha permitido recurrir al planteo de problemas y soluciones, sin apegarse a la letra fría de la ley, apelando en un primer estado a locuciones latinas y al debate del problema, para encontrar *ex post* la solución que el caso reclama.

El inconveniente que presenta esta teoría es que no permite ver el rol importante que juega la ley o el precedente en la solución del caso. El juez, primeramente, recurre a la aplicación de la regla y, en caso de encontrarla en contradicción con los principios del ordenamiento, la deja de lado o la aplica en forma parcial.

Sin perjuicio de este examen, la obra de VIEHWEG en consonancia con la de ESSER, la jurisprudencia de principios ha permitido arribar a nuevas teorías de la argumentación jurídica para llegar a soluciones que, en más de las veces, escapan al contenido inmerso en la norma y permiten arribar a soluciones más justas.

No puede dejar de verse sobre el tapete, que la tópica postula una serie de argumentos superficiales que no permiten abreviar en la profundi-

plicación que conserve su vinculación con el *problema*. Es preciso evitar cualquier otra». ATIENZA, *op. cit.*, pág. 36 y 37.

²⁶⁶ Cfr. COING, Helmut, *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, (3ª edición), Berlín – New York, de Gruyter, (1976), pág. 339.

²⁶⁷ LARENZ, *op. cit.*, pág. 152.

dad de la problemática ostentando una gran generalidad de ideas y conceptos, que se alejan de la concepción moderna del derecho.

§ 18. INTERRELACIÓN ENTRE NORMAS, PRINCIPIOS Y VALORES

A esta altura de la exposición podrá advertirse que las normas como los principios actúan ordinariamente de forma coordinada, en orden a la resolución de las controversias que la vida cotidiana le plantea al Derecho. Pero una pregunta que resulta controversial, es si en esta misma vinculación de reglas y principios, juegan algún papel los valores.

ALEXY²⁶⁸ plantea el tema partiendo del siguiente interrogante: ¿hay relaciones necesarias entre el derecho y la moral? Para el positivismo jurídico, existe una clara “separación” entre el derecho y la moral. Los positivistas se jactan de haber expulsado la “metafísica” y de abstenerse de todo juicio de valor; los “valores” serían irracionales, por ser objeto de “opción” libre, de elección subjetiva y por estar, por definición, sustraídos al conocimiento científico. Se jactan de haber constituido, a imitación de la física, una teoría jurídica neutra axiológicamente²⁶⁹. En contraposición con esta postura, se encuentran las teorías no positivistas, las que argumentan a favor de la tesis de la “conexión”, de tal manera que toda definición de derecho debe tener implícitos elementos de la moral²⁷⁰.

²⁶⁸ ALEXY, Robert, *Sobre las relaciones necesarias entre el Derecho y la moral* en “Derecho y Razón Práctica”, ed. Distribuciones Fontamara S.A., México, pág. 37.

²⁶⁹ VILLEY, Michel, *Compendio de filosofía del Derecho*, ed. Los medios del Derecho, pág. 128.

²⁷⁰ «...Dos tipos de requerimientos morales pueden distinguirse en lo que pudiera ser una relación necesaria con el Derecho: requerimientos formales y materiales. Un ejemplo de las teorías que proponen una conexión necesaria entre criterios morales formales y el sistema jurídico es la teoría de Fuller sobre la moral interna del Derecho. Entre estos criterios Fuller incluye principios de legalidad como la generalidad del Derecho, la promulgación y la prohibición de la aplicación retroactiva del Derecho (FULLER, 1969, 46 ss). Por otra parte, la conexión entre criterios materiales y el sistema jurídico está en juego cuando Otfried HÖFFE rechaza sistemas de normas que no satisfacen ciertos criterios de justicia, es decir, que no satisfacen su carácter jurídico (HÖFFE, 1987, 159, 170). Él determina esos criterios fundamentales de justicia por medio del principio de ventaja distributiva, que incluye el principio de seguridad colectiva que exige, entre otras cosas, la prohibición de matar, así como de robar, a todos los miembros del sistema jurídico (HÖFFE, 1987, 169 ss.)». ALEXY, *op. cit.*, pág. 48.

Si se admite que el derecho por naturaleza es moral, entonces carece de sentido exigir, presuponiendo un valor moral absoluto, que el derecho deba ser moral. Exigencia semejante sólo tiene sentido –y sólo entonces la moral así presupuesta, configura un patrón axiológico para el derecho– si se acepta la posibilidad de un derecho inmoral, moralmente malo, si la definición del Derecho, por lo tanto, no incorpora el elemento de un contenido moral²⁷¹.

El profesor de la Universidad de Oxford no duda en identificar los principios jurídicos con los valores, al señalar que «toda colisión entre principios puede expresarse como una colisión entre valores, y viceversa. La única diferencia consiste en que la colisión entre principios trata de la cuestión de qué es debido de manera definitiva, mientras que la solución a una colisión entre valores, contesta a qué es de manera definitiva mejor. Principios y valores son por tanto lo mismo, contemplado en un caso bajo un aspecto deontológico y en otro caso bajo un aspecto axiológico»²⁷².

A pesar del uso no diferenciador que hacen comúnmente los juristas de las expresiones “valor” y “principio jurídico”, debe dejarse constancia de que un análisis más exhaustivo y específico podría precisar que los valores plantean requerimientos o exigencias que desbordan el campo de lo jurídico, así, por ejemplo, el mismo valor de la justicia compromete un sinnúmero de deudas sociales que resisten ser consagradas o reconocidas por el derecho; o también el valor de la igualdad se proyecta a la totalidad de la vida social y no sólo al ámbito de lo jurídico²⁷³.

²⁷¹ «Si una teoría del Derecho positivo sustenta la exigencia de distinguir, en general, el Derecho de la moral, y en especial, el Derecho de la justicia, de suerte de no entremezclarlos, se dirige así contra la opinión tradicional, mantenida como cosa de suyo por la mayoría de los juristas, según la cual, sólo habría una única moral válida; lo que implica: una única moral absoluta, y por ende, una justicia absoluta. «La exigencia de distinguir el Derecho de la moral, el Derecho de la justicia, significa que la validez de un orden jurídico positivo es independiente de la validez de esa única moral absoluta exclusivamente válida, de esa moral de las morales, de la moral por excelencia»». KELSEN, *op. cit.*, pág. 79.

²⁷² «...el catedrático de Sevilla Antonio Pérez Luño perfila una distinción centrada en la concreción: “Los valores funcionan, en suma, como metanormas respecto a los principios y como normas de tercer grado respecto a las reglas o disposiciones específicas”». VIGO, *idem*, pág. 91.

²⁷³ «De ese modo, corresponde que los valores sean dilucidados por la ética o la filosofía práctica, pues resultan insuficientes los tratamientos que puede aportar la filosofía jurídica a secas. Pasando a los principios jurídicos, digamos que éstos pueden ser entendidos como determinaciones aun genéricas o proyecciones al campo del Derecho de los valores. El “valor igualdad” habla jurídicamente como “igualdad ante la ley”; el valor justicia funda el principio de



Pero no sólo la doctrina más autorizada ha reconocido esta estrecha conexión entre “principios” y “valores”, sino que éstas vinculaciones tuvieron concreción en la jurisprudencia nacional. En correspondencia con este pensamiento, el máximo Tribunal Nacional en la causa “Bahamondez”²⁷⁴ ha reafirmado la existencia de derechos fundamentales, considerando que el respeto a la persona humana es esencialmente un valor fundamental jurídicamente protegido.

No puede discutirse seriamente que el desarrollo del derecho en todo tiempo y lugar, ha estado de hecho, profundamente influido tanto por la moral convencional y los ideales de grupos sociales particulares, como por formas de crítica moral esclarecida, formulada por individuos cuyo horizonte moral ha trascendido las pautas corrientemente aceptadas²⁷⁵. No podrá dejarse de lado, que «la naturaleza humana no puede en modo alguno subsistir sin la avocación de individuos; y esa asociación nunca podría tener lugar si no se respetaran las leyes de la equidad y de la justicia»²⁷⁶.

El análisis y «la reflexión sobre algunas generalizaciones muy obvias referentes a la naturaleza humana y al mundo en que los hombres viven, muestra que en la medida en que ellas sigan siendo verdaderas, hay ciertas reglas de conducta que toda organización social tiene que contener para ser viable. Tales principios de conducta universalmente reconocidos que tienen una base en verdades elementales referentes a los seres humanos, a su circunstancia natural, y a sus propósitos, pueden ser considera-

“retribución justa”; el valor libertad remite al principio jurídico de trabajar y ejercer industria lícita; etc. El estudio de los “principios” compete a los juristas o, más concretamente, a los iusfilósofos, aunque, en razón de que aquéllos se explican desde los valores, el aporte que puede hacer la ética a su esclarecimiento integral es muy importante». VIGO, *op. cit.*, pág. 93.

²⁷⁴ “El hombre es eje y centro de todo el sistema jurídico, y en tanto fin en sí mismo –más allá de su naturaleza trascendente– su persona es inviolable. El respeto por la persona humana es un valor fundamental, jurídicamente protegido, con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental. De ahí que el eje central del sistema jurídico sea la persona en cuanto tal, desde antes de nacer hasta después de su muerte ... Se trata en definitiva, de los Derechos esenciales de la persona humana, relacionados con la libertad y la dignidad del hombre”. C.S.J.N., “Bahamondez, Marcelo s/Medida Cautelar”, Fallos 316:479.

²⁷⁵ Cfr. HART, Herbert L.A., *El concepto de Derecho*, (trad. Genaro Carrió), ed. Abeledo Perrot, Bs. As., (1963), pág. 229.

²⁷⁶ HUME, David, *Treatise of human nature*, III, “De la justicia e injusticia” cit por HART L. A. Herbert en “*El concepto...*”, pág. 237.

dos como “el contenido mínimo del derecho natural”, en contraste con las construcciones más grandilocuentes y más controvertibles que a menudo han sido enunciadas bajo ese nombre»²⁷⁷.

Como sentencia HART «la existencia de un sistema jurídico es un fenómeno social que presenta siempre dos aspectos (...) las actitudes y la conducta que van involucradas en la aceptación voluntaria de reglas, y también las actitudes y la conducta, más simples, involucradas en la mera obediencia o aquiescencia»²⁷⁸. Las formas adicionales en que el derecho refleja la moral, son numerosísimas, y todavía no han sido suficientemente estudiadas: las leyes pueden ser una mera envoltura jurídica y su texto expreso exigir que esa envoltura sea llenada con la ayuda de principios morales; el campo de los contratos exigibles puede ser limitado tomando en cuenta concepciones de moral y equidad; la responsabilidad por delitos civiles y criminales puede estar adecuada a los puntos de vista pre-

²⁷⁷ HART, partiendo del contenido mínimo del Derecho natural, encuentra ciertas conexiones a través de verdades obvias que relacionan el contenido de ciertas reglas jurídicas y morales: «(i) *Vulnerabilidad humana*. Las exigencias comunes del Derecho y de la moral no consisten, en su mayor parte, en prestaciones activas sino en abstenciones, y esas exigencias son formuladas usualmente en forma negativa, como prohibiciones (...) No matarás. (ii) *Igualdad aproximada*. Los hombres difieren entre sí en fuerza física, agilidad y aún más en capacidad intelectual. Sin embargo, es un hecho de considerable importancia para la comprensión de las diferentes formas del Derecho y la moral, que ningún individuo es tanto más poderoso que los otros (...) Esta igualdad aproximada, más que cualquier otro hecho, hace evidente la necesidad de un sistema de abstenciones y concesiones mutuas, que está en la base tanto de la obligación jurídica como de la obligación moral. *Altruismo limitado*. Los hombres no son demonios, tampoco son ángeles; y el hecho de que sean un término medio entre estos dos extremos es algo que hace que un sistema de abstenciones mutuas sea a la vez necesario y posible. (iv) *Recursos limitados*. Es una mera contingencia que los seres humanos necesitan alimentos, ropa y resguardo, y que estas cosas no están disponibles en abundancia ilimitada sino que son escasas, tienen que crecer de la naturaleza o ser ganadas a ella, o necesitan ser construidas por el esfuerzo humano. (v) *Comprensión y fuerza de voluntad limitadas*. Los hechos que hacen que las reglas referentes a las personas, a la propiedad, y a las promesas sean necesarias en la vida social son simples, y los beneficios mutuos que de esas reglas derivan son evidentes. La mayor parte de los hombres son capaces de advertirlos y de hacer el sacrificio de intereses inmediatos que la observancia de tales reglas exige (...) Hacen falta sanciones, por lo tanto, no como el motivo normal para la obediencia, sino como una garantía de que aquellos que obedecen voluntariamente no serán sacrificados a quienes no lo hacen. Si no hubiera tal organización, obedecer sería arriesgarse a tener la peor parte. Dado este peligro, lo que la razón reclama es cooperación voluntaria dentro de un sistema coercitivo». HART, *op. cit.*, pág. 238.

²⁷⁸ *Idem*, pág. 249.

dominantes sobre responsabilidad moral; en el campo de los concursos y quiebras, valorar la equidad de la propuesta de acuerdo²⁷⁹.

Desde otra óptica, NINO²⁸⁰ plantea el dilema sobre: ¿cómo distinguir una norma jurídica y un juicio valorativo o moral? Una respuesta tentadora es que la distinción precedente debe basarse en el contenido característico: por ejemplo un juicio es una norma jurídica cuando prescribe sanciones (KELSEN) o da competencia a órganos para que dicten normas que prescriben sanciones²⁸¹. Pero, como resulta cada vez más obvio, a partir de las críticas a KELSEN este criterio distintivo es insatisfactorio, puesto que los juicios morales pueden tener exactamente el mismo contenido que las normas jurídicas, como se manifiesta en juicios acerca de la corrección (moral) de una cierta pena o de la legitimidad (moral) de determinado órgano.

En el pensamiento de ALCHOURRÓN y BOULYGIN «si no es por su contenido, las normas jurídicas tendrían que diferenciarse de los juicios valorativos por ciertas circunstancias externas que hacen, por ejemplo, a

²⁷⁹ Cfr. *idem*, pág. 252.

²⁸⁰ NINO, Carlos Santiago, *La validez del Derecho*, (2ª reimp.), ed. Astrea, pág. 56.

²⁸¹ Para KELSEN «...la exigencia de distinguir el Derecho de la moral, y la ciencia jurídica de la ética, significa que, desde el punto de vista de un conocimiento científico del Derecho positivo, su legitimación a través de un orden moral diferente del orden jurídico es irrelevante, dado que la ciencia jurídica no tiene que aprobar o desaprobado su objeto, sino conocerlo y describirlo. Aún cuando las normas del Derecho, como prescripciones de deber, constituyen deberes, la función de la ciencia jurídica de ninguna manera radica en valoraciones y evaluaciones, sino en una descripción axiológicamente mental de su objeto. El jurista científico no se identifica con ningún valor jurídico, ni siquiera con el por él descrito (...) Pero lo que sobre todo importa recalcar –como corresponde hacerlo una vez más, porque no se lo subraya nunca suficientemente– es la tesis de que no hay una única moral, “la” moral, sino muchos sistemas morales, altamente diferentes entre sí y muchas veces entre sí contradictorios, que un orden jurídico puede, a grandes rasgos, corresponder a las intuiciones morales de un grupo o clase determinados –en especial, los dominantes– dentro de la población sometida y que, de hecho así sucede, contradiciendo simultáneamente las intuiciones morales de otro grupo o estrato social; pero, sobre todo, que las intuiciones sobre qué sea éticamente bueno y malo, qué sea éticamente justificable y no justificable, se encuentran como el Derecho mismo, en permanente cambio, y que el orden jurídico, o ciertas de sus normas, que en el tiempo en que gozaban de validez pudieron haber correspondido a las exigencias morales de entonces, pueden hoy ser consideradas como altamente inmorales». KELSEN, *op. cit.*, pág. 81.

su origen o a las modalidades de su formulación o a la forma en que son obedecidas o reconocidas»²⁸².

Si supusiéramos «que sea correcta una concepción hilética (las normas son significados [sentidos] de ciertas expresiones lingüísticas) de las normas en general: en ese caso y dado que no es posible distinguir entre normas jurídicas, por un lado, y juicios y principios morales por el otro, sobre la base de algún contenido característico, se debe concluir que no hay dos clases de juicios o proposiciones o eventualmente, normas diferentes que correspondan al derecho y a la moral; si las normas son contenidos conceptuales y no hay un contenido jurídico y otro moral característicos, no hay, estrictamente, normas jurídicas y juicios morales (o normas morales) como dos categorías diferentes y excluyentes. Lo que en todo caso hay, es una promulgación jurídica, un reconocimiento jurídico, la pertenencia a un sistema jurídico de una norma “a secas”, que también podría ser objeto de una aserción de naturaleza moral»²⁸³.

Estas vinculaciones entre normas, principios y valores, podemos apreciarlas cuando en las sentencias los jueces ponderan la buena fe, la igualdad, la equidad, la razonabilidad, etc., de una norma o una conducta, que intrínsecamente, llevan innato consideraciones de carácter moral.

Desde la óptica concursal, la valoración que efectúan los jueces de la propuesta concordataria, no homologando una propuesta abusiva o en fraude a la ley (art. 52.4, *in fine*, LCQ) remite a consideraciones axiológi-

²⁸² «Hay tres conceptos diferentes de norma: la norma-comunicación –que se da cuando alguien comunica a otro y éste recibe una prescripción–; la norma prescripción –que se da cuando se realiza el acto lingüístico de prescribir independientemente de su aspecto perlocucionario, o sea de la recepción de la prescripción por el destinatario–; y la norma-sentido –que consiste en el contenido significativo de un posible acto de prescribir, o sea en su aspecto locucionario–. Sin embargo, se pueden formular dos concepciones diferentes acerca de las normas que inciden en el reconocimiento de los conceptos precedentes: la concepción “expresiva” que sostiene que no hay en realidad normas-sentido, porque no hay contenidos significativos de naturaleza normativa, de modo que la configuración de una norma depende del uso que se haga de las proposiciones, o sea del acto lingüístico (y locucionario) que se realiza cuando se formula una oración que expresa una proposición; y la concepción “hilética”, según la cual hay proposiciones que son en sí mismas, o sea independientemente del uso que se haga de ellas, de naturaleza normativa». ALCHOURRÓN, Carlos E. y BOULYGIN, Eugenio, *Sobre la existencia de las normas jurídicas*, Universidad de Carabobo, (1970), cap. 3 y 7; NINO, *idem*, pág. 57.

²⁸³ NINO, *op. cit.*, pág. 58.



cas que exceden las normas mismas, con lo que se advierte una evidente interrelación entre normas y valores.

§ 19. IMPORTANCIA Y FUNCIÓN DE LOS PRINCIPIOS EN LA TEORÍA DE LA INTERPRETACIÓN

Las normas jurídicas exigen interpretación para ser aplicadas a los casos concretos, y una vez que el estudio realista disipa los mitos que oscurecen la naturaleza de los procesos judiciales, se hace patente (...) que la textura abierta del derecho deja un vasto campo para una actividad creadora que algunos llaman legislativa²⁸⁴. De allí que la tarea judicial también sea considerada, legisferante.

KALINOWSKI entiende que “interpretar consiste en atribuir un sentido determinado a un signo lingüístico” y que “es esencial que este signo provenga de otros, pues no se interpreta en el sentido propio de la palabra, las propias expresiones, pues se conoce su sentido”²⁸⁵.

En la pluma del constitucionalista español SANCHIS «los principios desempeñan una función esencial en la construcción del sistema, o quizá mejor que las claves valorativas y axiológicas que definen y denotan de carácter propio al sistema, son justamente los principios»²⁸⁶.

Partiendo de la premisa de que el ordenamiento jurídico siempre está en condiciones de ofrecer al intérprete un menú de soluciones o respuestas para resolver el caso, debe inferirse que todo método que se utilice, remite a una cierta concepción ontológica del derecho: por ejemplo, la interpretación exegética remite a la idea del derecho como expresión de una voluntad legislativa perfecta y completamente declarada, la interpretación

²⁸⁴ «Al interpretar las leyes o los precedentes, los jueces no están limitados a la alternativa entre una elección ciega y arbitraria, por un lado, y la deducción “mecánica”, a partir de reglas con significado predeterminado, por otro. Con mucha frecuencia su elección está orientada por el presupuesto de que el propósito de las reglas que interpretan es razonable, de modo que tras las reglas no hay la intención de cometer una injusticia o de atentar contra principios morales establecidos». HART, *op. cit.*, pág. 252.

²⁸⁵ KALINOWSKI, Georges, *Philosophie et logique de l'interprétation en droit*, en A.P.D. N.º 17, París, Sirey (1972) cit. por MASSINI, Carlos Ignacio, *La prudencia jurídica. Introducción a la gnoseología del Derecho*, Abeledo Perrot, Bs. As., (1983), pág. 66.

²⁸⁶ SANCHIS, *op. cit.*, pág. 183.



según la intención del legislador, a la idea positivista del derecho como (mera) voluntad de aquél; la interpretación sistemática, a la idea del derecho como sistema; la interpretación histórica, a la idea del derecho como hecho de formación histórica; la interpretación sociológica, al derecho como producto social; la interpretación según cánones de justicia racional, al derecho natural. El pluralismo metodológico está tan arraigado en las exigencias del derecho actual que ninguna controversia sobre los métodos ha logrado jamás terminar imponiendo uno de ellos en detrimento de los demás y al final, todas se han resuelto con la propuesta de añadir algún otro a la lista. Por ello, quien se esfuerza en imponer un método, obtiene el efecto opuesto de contribuir a la libertad interpretativa y, «de este modo, se tiene la impresión de que los esfuerzos teóricos sobre los métodos (...) tienen algo de donquijotesco»²⁸⁷.

Los principios presentan en orden a su importancia una doble función de “interpretación” y de “integración”. «La primera aparece a la hora de encontrar sentido a la regla, la segunda surge en ocasión de encontrar un vacío normativo. Pero, si se dice: “los principios son normas válidas superiores del ordenamiento”, no se comprende muy bien su relación con el problema de las lagunas dado que, si un cierto supuesto no está regulado por ninguna norma (ni principio) la laguna subsistirá y escasa utilidad tendrá invocar el principio; y si, por el contrario el principio es aplicable, entonces no existe laguna de ninguna clase»²⁸⁸.

Pues bien, a esta altura del relato cabría el siguiente interrogante, ¿qué sentido tiene entonces recurrir a principios? Dicha remisión debe entenderse como una autorización dirigida al intérprete a fin de que produzca la norma, elabore el derecho; es decir, que fabrique la premisa mayor de su razonamiento mediante lo que puede llamarse un principio implícito, obtenido inductivamente del conjunto del material normativo o deductivamente, a partir de un principio expreso más general²⁸⁹.

²⁸⁷ ZAGREBELSKY, *op. cit.*, pág. 135.

²⁸⁸ Cfr. SANCHIS, *op. cit.*, pág. 159.

²⁸⁹ El entrecomillado no existe en el original. «...Las reglas que presiden el primer procedimiento ya son conocidas: ante todo, se delimitan un grupo de normas que conecten la misma consecuencia a distintos supuestos de hecho; seguidamente se acota o define un elemento común a esos diversos supuestos; en tercer lugar, se construye el principio de modo que todo caso provisto de ese elemento común tenga la misma consecuencia; y, por último, del principio general se hace derivar la norma particular llamada a regular el caso no previsto». Cfr. *ibidem*.

Para LARENZ “los principios desempeñan una función esencial en la construcción del sistema, o quizá mejor, que las claves valorativas y axiológicas que definen y dotan de carácter propio al sistema son justamente los principios”. En palabras del jurista alemán, los principios «constituyen los puntos centrales de referencia para el “sistema interno” de derecho, sistema que pretende hacer visible una jurisprudencia que a la vez que se orienta a valores, procede sistemáticamente»²⁹⁰.

Como se ha dicho en estos capítulos introductorios en relación a la trascendencia de los principios en el sistema jurídico actual, las normas o reglas preestablecidas por el codificador en un conjunto de disposiciones tendientes a regular determinadas situaciones de la vida real, no siempre resultan suficientes a la hora de contemplar todas las circunstancias que pueden llegar a presentarse. Este planteo se opone a la noción de completitud²⁹¹ del sistema normativo.

El verdadero desafío para el jurista actual estriba en poder encontrar en la propia norma el principio que la inspira y en caso de que encuentre que ésta se contrapone con el *principle*, hallar el argumento que justifique su decisión de apartarse de aquella, ajustando su juicio a lo que dicten los “principios generales del derecho”; y esta, verdaderamente, es la importancia y función que detentan los principios en la teoría de la interpretación.

Así, cuando el intérprete apela al principio de conservación de la empresa o al de universalidad, busca encontrar un justificativo para dar

²⁹⁰ LARENZ, *op. cit.*, pág. 473.

²⁹⁰ VIGO, *op. cit.*, pág. 184.

²⁹¹ El ideal de completitud consiste «en la exigencia de que todo sistema científico –empírico, formal o normativo– sea completo (...) la exigencia de completitud de los sistemas normativos es una regla ideal, intrínsecamente ligada a la función central de estos últimos: hacer posible la adjudicación de un significado normativo a las acciones humanas. El ideal de completitud –a diferencia de otros ideales que, se postula, deben satisfacer los sistemas normativos– en un ideal racional. En las ciencias empíricas y en las formales hallamos también ideales análogos al de completitud normativa: todos ellos no son más que distintas manifestaciones del principio de razón suficiente (...) El postulado de la plenitud hermenéutica, en cuanto afirmación de que todos los sistemas jurídicos son necesariamente completos (= cerrados) carece de justificación (...) este ideal no está ligado a ninguna posición política, moral o filosófica determinada. Se trata de un ideal puramente racional en el sentido de que se halla íntimamente ligado a la actividad racional por excelencia: la de explicar, fundamentar, dar razones». ALCHOURRÓN, Carlos E. y BOULYGIN, Eugenio, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, (3ª reimp.), ed. Astrea, pág. 226 a 228.

sentido a la orientación que le quiere dar a la norma o bien, argumentar la decisión por apartarse de lo que ella establece. Las permanentes referencias en los fallos al “interés público”, “conservación de la empresa” o “universalidad”, afirman esta posición.



CAPÍTULO III

LAS FUENTES Y LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO: SU UTILIDAD PARA EL DERECHO CONCURSAL

§ 1. LAS FUENTES DEL DERECHO

La presencia de los principios en el ordenamiento jurídico repercute directamente en la teoría de las “fuentes del derecho”, poniendo en crisis el cuadro tradicional ligado a las normas generales (ley y costumbre jurídica) o el esquema algo remozado que incluye la jurisprudencia y los actos jurídicos. «Si los principios son aquella juridicidad radical y preexistente, por ende, informadora –positiva o negativamente– de todo el sistema jurídico, resulta muy difícil sostener una aplicación supletoria de ellos en defecto de la ley y el derecho consuetudinario»²⁹².

Una fuente, es antes que nada, «un manantial de agua que brota de la tierra»²⁹³. Así, tal como se la aplica al ámbito jurídico, la palabra sugiere claramente que existe un elemento de naturaleza única, el derecho, y que

²⁹² Debe recordarse particularmente la difundida clasificación de Roscoe POUND, en el mundo del *common law*, cuando distingue: 1) *rules* o normas en sentido estricto; 2) *principles*; 3) *legal conceptions*; 4) *doctrines*, y 5) *standards*. Lo que se comprueba es, quizá, que la noción de “fuente de derecho” savigniana, que se sigue empleando en nuestro sistema jurídico, ya no responde estrictamente al modo en que realmente funciona el Derecho, y una aproximación a un intento superador –acercándose al mundo anglosajón– puede consistir en vincular aquella noción a las razones justificatorias invocadas en favor de las decisiones jurídicas. POUND, Roscoe, *Jurisprudence*, vol. II, West Publishing, St Paul, Minnesota, (1959), pág. 125, y *Philosophy of law*, en *Twentieth century's philosophy*, (1943), pág. 82; AARNIO, Aulis, *Lo racional como razonable*, Centro de estudios constitucionales, Madrid, (1991), pág. 123; VIGO, Rodolfo Luis, *Los principios jurídicos*, ed. Depalma, (2000), pág. 48.

²⁹³ En su 8ª acepción, la palabra “fuentes” significa: “principio, fundamento u origen de algo”. Diccionario de la Real Academia Española, (22ª edición), ed. Espasa-Calpe.



éste fluye de diversos orígenes del mismo modo en que el agua, con una misma composición química, más allá de sus numerosos accidentes, nace en las corrientes del subsuelo. Así como el agua continúa su ciclo en la lluvia y en los deshielos, puede pensarse que el derecho, una vez nacido, vuelve a formularse una y otra vez en la jurisprudencia, en la doctrina y a veces ¿por qué no? en ciertos cataclismos sociales y políticos que, como las inundaciones en el medio natural, contribuyen a restablecer el equilibrio en situaciones jurídicamente insostenibles²⁹⁴.

La metáfora que utiliza el autor, aparece a primera vista opinable, pero desde el punto de vista del presente trabajo, es válida a los fines de dar el puntapié inicial al tema de las fuentes del derecho y su relación e importancia con una particular rama de esta ciencia, objeto de estudio en este ensayo, como lo es el derecho concursal.

CUETO RÚA entiende que el tema de las fuentes, es uno de los más complejos de la teoría general del derecho²⁹⁵. Bien es cierto que el derecho adquiere su mayor prominencia dramática y su más alto grado de expresión consciente en la instancia de la puja litigiosa, pero no es esa su única función (...) Las fuentes no sólo suministran orientación para resolver casos litigiosos, sino que actúan de una manera mucho más general y silenciosa canalizando las manifestaciones vitales de los integrantes de los grupos sociales, los pueblos, las naciones, de modo tal que se coordine valiosamente la libertad individual de los miembros del grupo²⁹⁶.

²⁹⁴ «La pregunta por el origen de las normas jurídicas admite, en el modelo tradicional, dos clases de respuestas: las que buscan explicar las conductas y los procedimientos que desembocan en la creación de normas, y las que se refieren a los motivos o razones que determinan, por medio de aquellos procedimientos, los contenidos que hayan de revestirse con la modalidad normativa. El primer tipo de respuesta se encuadra en la cuestión de las denominadas *fuentes formales del Derecho*. El segundo se identifica por referencia a las *fuentes materiales*». GUIBOURG, Ricardo A., *Fuentes del Derecho* en “El Derecho y la Justicia”, ed. Trotta, Madrid, (1996), págs. 177 y 178.

²⁹⁵ «Su adecuada comprensión se encuentra perturbada por la equivocidad inherente en el concepto de “fuente” del Derecho, y por una clasificación muy generalizada, conforme a la cual las “fuentes” se dividen en “formales” y “materiales”». CUETO RÚA, Julio, *Fuentes del Derecho*, ed. Abeledo Perrot, Bs. As., (1971), pág. 13.

²⁹⁶ Es necesario apuntar, que «el Derecho no consiste solamente en una técnica social para dirimir conflictos. Más importante que ello, es un modo ordenado y pacífico de vivir, que los elude o los previene. Ha existido una marcada tendencia a considerar el Derecho sólo desde el ángulo del litigio, debido a la orientación profesional de la enseñanza, dedicada casi exclusivamente a formar abogados litigantes y jueces. Se ha perdido de vista, de esa manera, el significado

Para ESSER por “fuente del derecho” debe entenderse el proceso de positivación, o sea el hecho social o la institución que constituye derecho positivo²⁹⁷. En palabras del profesor CUETO RÚA las fuentes del derecho son, justamente, “los criterios de objetividad de que disponen jueces, abogados y juristas para alcanzar respuestas a los interrogantes de la vida social que sean susceptibles de ser compartido por los integrantes del núcleo”²⁹⁸.

Ahora bien, ¿cual es el motivo por el cual el legislador, los abogados, los jueces y los funcionarios administrativos, recurren a las fuentes del derecho? Tal actitud encuentra sustento en el interés social en la solución de los conflictos, de manera tal que contribuya a la consolidación y pacificación grupal. «En toda disputa, yace en potencia el peligro de la destrucción del grupo. El antagonismo fomenta bandos y los bandos transforman las luchas individuales en conflictos colectivos. Los conflictos colectivos a su vez, involucran el riesgo de la anarquía y la desintegración. El hombre es un ser gregario. Su existencia no consiste en un puro vivir aislado. Su ser yo, es un ser con otros»²⁹⁹.

Estas reflexiones, en la práctica, son más visibles en los conflictos colectivos (concurso preventivo o quiebra), en los que las luchas individuales por obtener la mayor ventaja –en términos de cobro– genera permanentes tensiones a las que no puede dar íntegra respuesta el ordenamiento falimentario.

La pregunta por el origen de las normas jurídicas admite en el modelo tradicional, dos clases de respuestas: las que buscan explicar las conductas y los procedimientos que desembocan en la creación de normas y las que se refieren a los motivos o razones que determinan, por medio de aquellos procedimientos, los contenidos que hayan de revestirse con la modalidad normativa. El primer tipo de respuesta se encuadra en la concepción de las denominadas fuentes formales del derecho. El segundo se

mucho más profundo que adquiere el Derecho en cuanto se lo identifica como un modo compartido de vivir». *Idem*, pág. 17 y 24.

²⁹⁷ ESSER, Josef, *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho privado*, ed. Bosch, Barcelona, (1961), pág. 172.

²⁹⁸ CUETO RÚA, *op. cit.*, pág. 18.

²⁹⁹ *Idem*, pág. 17.

identifica por referencia a las fuentes materiales³⁰⁰. Por tanto, fuentes materiales «serían todos aquellos factores reales que gravitan sobre el ánimo de los jueces, los legisladores, los funcionarios administrativos, inclinando su voluntad en un sentido determinado en el acto de crear una norma jurídica»³⁰¹.

SAVIGNY llamó fuentes jurídicas “a las causas determinantes del derecho” e incluyó a la ley y la costumbre como reglas nacidas del espíritu o conciencia común del pueblo³⁰².

Frente al interrogante: ¿y por qué son, las costumbres, las leyes, la doctrina y la jurisprudencia “fuentes” del derecho? Se encuentra como respuesta que «todas esas fuentes son hechos sociales susceptibles de verificación directa, en los que se traduce un determinado criterio para la solución de los conflictos de intereses»³⁰³. En otras palabras: en las leyes, en las sentencias y en las obras doctrinarias se encuentran expresados

³⁰⁰ «En la óptica clasificatoria posterior es posible postular que el espíritu del pueblo constituye, en todo caso un conglomerado de valores y expectativas en el que se originan los contenidos legales, mientras que la ley o la costumbre son medios o técnicas con cuyo concurso aquellos contenidos adquieren el estatuto de normas jurídicas. Así se llegó a la distinción entre fuentes formales y fuentes materiales, taxonomía que hoy ya se halla, a su vez, en desuso. En efecto, cuando se habla de fuentes del Derecho es ahora común referirse exclusivamente a las formales. Las materiales son designadas normalmente con nombres algo más específicos, aunque no mucho más precisos: *ética, justicia, equidad, seguridad, necesidad, interés*». GUIBOURG, *op. cit.*, pág. 178 y 179.

³⁰¹ CUETO RÚA, *op. cit.*, pág. 26.

³⁰² SAVIGNY, Friedrich, *La ciencia del Derecho*, ed. Losada, Bs. As., (1949), pág. 29 a 76.

³⁰³ «En las leyes se encuentra el punto de vista de los legisladores, traducidos en conceptos normativos: Si se da una determinada situación de hecho, entonces ciertas personas deben cumplir una definida prestación con relación a otras». Las palabras del legislador, ya escritas, ya orales, concretan un criterio y suministran así, por el solo hecho de su presencia, un elemento de corroboración para quien, en el fuero de su intimidad, pudiere haber arribado a una solución de contenido similar. La doctrina suministra otro criterio de objetividad, el que surge de la enseñanza de los especialistas, de los llamados jurisprudentes, o juristas, o científicos del Derecho. De la misma manera, la jurisprudencia cumple similar función. El órgano que ha de resolver un conflicto individual puede ver corroborado o controvertido su punto de vista, por las decisiones de otros jueces en casos similares. Y la costumbre, si bien presenta el inconveniente de que no se exhibe articulada conceptualmente como en los tres casos anteriores, ostenta la gran ventaja de señalar, en muchos casos, cuál ha sido la reacción espontánea e intuitiva de los integrantes del grupo social ante un conflicto que exigía la elección de un determinado rumbo. La objetividad aquí, es la que suministra calladamente la conducta social en su acaecer. Y a menudo, ese silencioso testimonio es mucho más elocuente que el brillante voto de un gran juez, o la inspirada página de un jurista, o la meditada formación de un legislador». CUETO RÚA, *op. cit.*, pág. 21.

mediante conceptos, los sentidos de conducta que legisladores, jueces y juristas –órganos los primeros y voceros los últimos– de la comunidad, han atribuido a determinadas realidades de conducta, definidas de una manera más o menos esquemática. Y quien haya de resolver un conflicto que aguarda decisión, sabe que encontrará en esas fuentes del derecho la expresión conceptual de un sentido de conducta aplicable a la realidad de la conducta que aguarda juzgamiento³⁰⁴.

La ley, la costumbre, la jurisprudencia y la doctrina, representan fuentes formales del derecho, o sea, los hechos, procedimientos o circunstancias que otorgan a ciertas conductas la condición de ser obligatorias, prohibidas o facultativas en un sistema jurídico determinado³⁰⁵.

Entonces bien, siguiendo el criterio expositivo que cimienta el presente trabajo, huelga preguntar: ¿cual es el *leitmotiv* (motivo conductor) que da puntapié al estudio de las fuentes y su relación con los principios? La respuesta encuentra soporte en el hecho de que los principios constituyen una fuente más de todo el derecho, y en particular lo es del derecho concursal, por lo que a partir de este enunciado, se puede comprobar la importancia de los principios como “fuente jurídica” y en especial como fuente del derecho de quiebras.

Y el estudio de las fuentes de la ciencia jurídica, permitirá arribar a ciertas conclusiones acerca de la interrelación, entre éstas y los principios, y de la utilidad de recurrir a estos para resolver problemas jurídicos.

§ 2. TENDENCIAS Y ACTUALIDAD SOBRE LA PROBLEMÁTICA DE LAS FUENTES EN EL TÍTULO PRELIMINAR DEL CÓDIGO CIVIL

Nuestro Código Civil a través de la magnánima obra de VÉLEZ SARFIELD, siguió el movimiento codificador imperante en el siglo XIX, el que se sustentaba sobre cuatro principios básicos: a) el respeto irrestricto por la palabra empeñada; b) la responsabilidad fundada en la culpa; c) el carácter absoluto del derecho de propiedad; y d) la familia, fundada en el matrimonio indisoluble. Resulta notorio ciertamente, que estos principios han sufrido alteraciones significativas desde la fecha de sanción del *codi-*

³⁰⁴ Cfr. *idem*, pág. 22.

³⁰⁵ Cfr. GUIBOURG, *op. cit.*, pág. 179.

*ce civile*³⁰⁶. Como expresaba Napoleón BONAPARTE en una célebre frase que resume el pensamiento codificador de la época –y, porque no decirlo, de la importancia de estos cuerpos normativos– “mi gloria no es haber ganado cuarenta batallas; Waterloo borrará el recuerdo de tantas victorias. Lo que nada destruirá, lo que vivirá eternamente, es mi Código Civil”³⁰⁷.

Los códigos orientados por el iluminismo³⁰⁸ tuvieron el propósito de abarcar el universo del derecho, de no presentar lagunas, de regir para todos y de tener vigencia para siempre. En la euforia por la codificación, el Código de Prusia despojó a los tribunales de su función de interpretar las leyes en cuanto les impuso que, en caso de duda, se dirigieran a una comisión real para que ésta fijara el alcance de los textos legales; y en Francia llevó que hasta 1828, se dotara al Consejo de Estado de facultades decisorias de índole judicial, y hasta 1837 rigiera el mecanismo de remisión al legislador cuando los tribunales desoían los criterios de la Corte de Casación³⁰⁹.

La idea central era ésta: «todo el derecho en la ley, nada fuera de la ley»; todo el derecho civil en el Código Civil, nada fuera del Código Civil. El pensamiento de la época podía resumirse en una frase del célebre profesor BUGNET: “no conozco el derecho civil, sólo enseño el Código Napoleón”³¹⁰.

³⁰⁶ RIVERA, Julio César, “Código Civil Comentado”. Títulos preliminares. Personas, ed. Rubinzal Culzoni, Sta. Fé, (2006), pág. 11.

³⁰⁷ Frase atribuible a Napoleón Bonaparte, en el tiempo en que estuvo detenido en la Isla de Santa Elena.

³⁰⁸ Movimiento filosófico del siglo XVIII que parte de la idea del ejercicio autónomo y despreocupado de la “razón” como bandera. Esta escuela de pensamiento que nació en Inglaterra y tuvo su esplendor en Francia como corriente de ideas predecesora de la Revolución Francesa, entendía que la rebelión contra las autoridades (rey y nobleza) y el poder de la iglesia, era la única forma de que la razón gobernara el mundo de los hombres. La obra de Robert Boyle (1627-1691), sirvió para armonizar la fe con la ciencia, y partía de la idea de liberar a la fe del entusiasmo y a la ciencia del dogmatismo, reduciendo a ambas a los límites de una razón que se niegue a proponer verdades absolutas y se mantenga dispuesta a corregir sus propias conclusiones. Cfr. AB-BAGNANO, Nicolas, *Historia de la filosofía*, Barcelona, ed. Hora, vol II, pág. 336.

³⁰⁹ RIPERT, G - BOULANGER, J., *Tratado de Derecho Civil*, (trad. D. GARCÍA DAIREAUX con la supervisión de J. J. LLAMBIAS), Bs. As., (1963), t. I, n° 212, pág. 176.

³¹⁰ BONNECASE, J., *La pensée juridique française de 1804 a l'heure présente*, Burdeos, (1933), t. I, pág. 292, cit. por ALTERINI, Atilio Aníbal, *El futuro de la codificación en Francia y en América Latina: ¿Por qué es necesario un nuevo código?*, L.L. 2004-C-1337.



Resulta de toda verdad, que estos argumentos inspiradores de la era “codificadora”, fueron sufriendo constantes y permanentes mutaciones, que atemperaron los efectos que la *dura lex sed lex* imponía como único método de entender lo que es derecho. Así, la fuerza obligatoria de los contratos fue atemperada por la incorporación de la doctrina del abuso del derecho, la lesión, la imprevisión (...) La propiedad no es un derecho absoluto y su ejercicio debe ser regular, etcétera³¹¹.

ZULETA PUCIERO en relación al modelo decimonónico del Título Preliminar del Código Civil, entiende que «la ciencia del derecho es ciencia del derecho positivo, es decir de lo que desde un punto de vista estrictamente experimental cabe verificar como derecho»³¹².

Esta idea de derecho –anterior a la caída del régimen nacionalsocialista de la Alemania nazi– cayó en desuetudo por abrogación interpretativa, de modo que aquella concepción de que el derecho es la ley, se contraponía a la razón al advertir que tal criterio de pensamiento, contradecía los más sólidos cimientos del derecho natural. De esta forma, «las fuentes se presentan con forma de normas, principios o valores y a veces se ofrecen al intérprete muy claras en su contenido y contorno, pero otras veces, no tanto»³¹³.

Para el pensamiento del profesor VIGO, esta modalidad de incluir en el Código Civil un “Título Preliminar” tiene que ver con un momento histórico particular en el que se desarrolló el movimiento codificador. Empero «no debe perderse de vista que el Código Civil es técnicamente una ley y que en consecuencia, cualquier otra ley posterior puede cambiarla, o que como cualquier otra ley, la jurisprudencia puede confrontarlo desde la Constitución»³¹⁴.

Con ello se quiere expresar la insuficiencia de los códigos (*i. e.* Ley de Concursos y Quiebras) para regular todas las situaciones que en la vida real se pueden llegar a presentar, y la importancia de las otras fuentes

³¹¹ RIVERA, *op. cit.*, pág. 11 y 12.

³¹² ZULETA PUCIERO, Enrique, *Paradigma dogmático y ciencia del Derecho*, ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, (1981), pág. 16, cit. por VIGO, Rodolfo L., *De la Ley al Derecho*, ed. Porrúa, México, (2003), pág. 189.

³¹³ VIGO, *idem*, pág. 193.

³¹⁴ *Idem*, pág. 194.

del derecho como musas inspiradoras del ordenamiento jurídico, anormativas.

Como reflexión podría formularse el siguiente interrogante: ¿puede el *iudex*, apartarse del sistema tradicional de fuentes del Código Civil, en el orden, que sin razón alguna me atrevería a sugerir: ley especial, leyes análogas, usos y costumbres, principios generales del derecho? Pensar lo contrario, sería mantener la posición histórica de fuentes e interpretación normativa, lo que no se condice con el espíritu aleccionador de una norma, que establecida para regular las relaciones entre los particulares, no admite la incorporación de los “valores”, la “Constitución”, la “jurisprudencia” en especial la de la C.S.J.N., la “doctrina” y los “tratados” con las potencias extranjeras –que luego de la reforma consumada al artículo 75 de la Constitución Nacional, integran el cuerpo general de leyes–; como directrices o principios rectores del ordenamiento jurídico de un Estado.

En contraposición al jurista dogmático legalista, «el hombre de Derecho actual se enfrenta con un mundo cambiante, primordialmente, en lo social y económico. Lo que vale hoy no valdrá mañana. De forma que avistar la realidad impone en ocasiones la revisión seria y consciente de los conceptos, que no tienen vigencia por tales –o por ser retóricos– sino en la medida en que son idóneos para dar respuesta a exigencias comunitarias»³¹⁵.

§ 3. LAS FUENTES DEL DERECHO Y EL PROBLEMA DE SU OBLIGATORIEDAD

El pensamiento rector parece haber sido el de considerar fuentes formales sólo a las normas jurídicas generales mediante las que se establecen obligaciones, emanadas de autoridad competente y en las que se pueda subsumir, lógicamente, a las normas de inferior jerarquía normativa. En ese sentido, fuente formal es sinónimo de normatividad general.

³¹⁵ BUERES, Alberto J., *Objeto del negocio jurídico*, ed. Hammurabi, Bs. As., (1986), pág. 14.



«Es la norma jurídica de mayor jerarquía en la que se funda la norma jurídica inferior»³¹⁶.

En las diferentes comunidades jurídicas, existe un principio escrito o no, de acuerdo con el cual, en determinada situación hay que referirse a una determinada fuente del derecho. Esta fuente del derecho es obligatoria en sentido fuerte, es decir que si el decidor, por ejemplo: el juez, no la toma en cuenta, es pasible de sanción como funcionario³¹⁷. Para dar un ejemplo: en el derecho penal, existe un principio nacido de un brocárdico latino: “*nullum crime sine lege*”, lo cual importa que el juez no pueda establecer una sanción si la conducta que juzga no tiene prevista una pena.

Pero esto, que en el derecho penal funciona tan claramente, no resulta fácil de comprensión en las otras ramas de la ciencia jurídica; precisamente por los diversos intereses que intervienen en las distintas relaciones de sujetos y cosas, y mucho menos claro está, con las otras fuentes formales del saber jurídico a saber: la doctrina, la costumbre o la jurisprudencia frente a las diversas áreas del Derecho.

Por lo tanto, debemos preguntarnos si las otras fuentes formales del derecho, son o pueden resultar obligatorias en algunas circunstancias, frente a la insuficiencia de la normativa concursal. Y para ello es necesario investigar los distintos institutos que abonan el orden normativo a los fines de desentrañar su verdadero sentido y alcance. A los efectos de realizar esta tarea, se partira de la fuente más general para llegar a las más distante, esto es, los principios generales que informan el ordenamiento jurídico.

3.a) La ley

La ley ha sido considerada tradicionalmente como la más importante de las fuentes del derecho; al punto que ha tenido aceptación clásica, de acuerdo con la inspiración legislativa de cada país, se trata de la fuente por excelencia. «A tal punto esto es así, que la ley ha ganado una enorme influencia en los últimos dos siglos y ha ido conquistando a pueblos tan apegados a sus tradiciones como el inglés, cuyo parlamento despliega una

³¹⁶ CUETO RÚA, *op. cit.*, pág. 25.

³¹⁷ Cfr. AARNIO, *op. cit.*, pág. 134.

actividad cada vez mayor»³¹⁸ lo cual permite advertir la penetración del movimiento codificador en el *common law*.

Lo típico de la ley «es la enunciación mediante palabras de una relación imputativa entre un núcleo de hechos antecedentes, descriptos de manera genérica y una cierta conducta debida, como consecuente. Esas palabras pueden ser orales o escritas, pero ya sea en una forma o la otra, son indispensables para que pueda hablarse con propiedad de ley»³¹⁹.

Para Fray Domingo DE SOTO la ley «es una ordenación de la razón, promulgada para el bien común por quien desempeña el gobierno de la sociedad»³²⁰.

La ley³²¹, las sentencias, las conductas, los títulos jurídicos que constituyen el fundamento de los méritos y deméritos jurídicos y, consiguientemente, de poderes y facultades de una parte, y deberes, de otra, los procedimientos y signos jurídicos, y lo justo³²²—expresión que formula sintéticamente el concepto de derecho para el pensamiento clásico— son fenómenos constitutivamente racionales; lo irracional, entendido estrictamente como privativo, en el Derecho aparece como sinónimo de arbitrariedad.

En palabras de Santo Tomás DE AQUINO «toda ley establecida por los hombres tiene carácter de ley, en tanto y en cuanto se deriva de la ley natural» (I-II, a. 95, a. 2c.: “*ovnis lex humanitus posita intantum habet de*

³¹⁸ CUETO RÚA, *op. cit.*, pág. 37.

³¹⁹ *Idem*, pág. 36.

³²⁰ «CICERÓN, en el Libro II de las Leyes define a esta como: “algo eterno, que rige a todo el mundo, la ciencia de saber mandar y prohibir”, sólo puede aplicarse a la ley eterna de Dios; y la que antes en el Libro Primero había formulado: “la ley es la razón suprema impresa en la naturaleza, que prescribe lo que se ha de hacer y prohíbe lo contrario, sólo comprende las leyes naturales”; y aquella otra del Digesto: “la ley es una regla común, el acuerdo de los hombres doctos”, etc. sólo expresa la ley humana. De la misma manera la que ARISTÓTELES nos da: “la ley es el acuerdo unánime de la ciudad que ordena por escrito de qué manera ha de hacerse cada cosa”. De la cual parece una copia de la de San Isidoro: “la ley es una constitución escrita”» DE SOTO, Fray Domingo, *De la Ley en general en De la Justicia y del Derecho*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, (1967), pág. 10.

³²¹ Para SANTO TOMAS “la ley es un orden racional (*ordo rationis*) dirigido al bien común y promulgada por quien tiene a su cargo el gobierno de la comunidad”. SANTO TOMAS DE AQUINO, *Suma Teológica*, I-II, q. 90, a. 4.

³²² “Lo justo es un cierto término medio real y racional con relación a otro es el objeto terminativo de la conducta justa, que se conmensura en función de un título de ese otro”. *Idem*, II-II, q. 57 a.1 y q. 58 a. 11.

ratione legis inquantum a lege naturae derivatur”), o en palabras de ST. GERMAN «en toda ley positiva bien hecha hay alguna cosa de la ley de la razón»³²³.

Tal como lo expresa VIGO en el pensamiento medieval autores como Isidoro DE SEVILLA, Tomás DE AQUINO o Francisco SUAREZ, prescriben respecto de la ley humana –o sea, el derecho positivo– que sea: “promulgada”, “estable”, “comprensible”, “eficaz”, etc. Citando a Tomás DE AQUINO, recuerda el autor que «la ley debe ser honesta, justa, posible, conforme con la naturaleza, apropiada a las costumbres del país, conveniente al lugar y al tiempo, necesaria, útil, claramente expresada para que en su oscuridad no se oculte algún engaño, instituida no para fomentar un interés privado sino para utilidad común de los ciudadanos»³²⁴. Este criterio de razonamiento acerca del sentido de la ley, tiene plena acogida en la máxima: *in claris no fit interpretatio*; dado que la claridad del texto legal, no puede llevar a interpretaciones dudosas o antojadizas que pudieren desvirtuar su sentido.

Entonces, ¿qué debe entenderse por ley? Para obtener una respuesta se puede confrontar el principio de legalidad continental con el *rule of law*³²⁵ inglés. El *rule of law* (regla de la ley) se orienta originariamente por la dialéctica del proceso judicial, aun cuando se desarrolle en el Parlamento; la idea del *rechtsstaat* (Estado Constitucional, en la concepción alemana), en cambio se reconduce a un soberano que decide unilateralmente. Para el *rule of law*, el derecho se origina a partir de “experiencias sociales concretas”. Según el *rechtsstaat* por el contrario, el derecho tiene

³²³ FINNIS, John, *Ley Natural y Derechos Naturales*, 8ª reimp., (1980), ed. Abeledo-Perrot, Bs. As., (2000), pág. 312.

³²⁴ VIGO, Rodolfo L. *Interpretación jurídica*, ed. Rubinzal Culzoni, Sta. Fe, (1999), pág. 265.

³²⁵ «En la tradición europea continental, la impugnación del absolutismo significó la pretensión de sustituir al rey por otro poder absoluto, la asamblea soberana; en Inglaterra, la lucha contra el absolutismo consistió en oponer a las pretensiones del rey los “privilegios y libertades” tradicionales de los ingleses, representados y defendidos por el Parlamento. No hay modo más categórico de indicar la diferencia que éste: el absolutismo regio fue derrotado, en un caso, como poder regio; en otro, como poder absoluto. Por eso, sólo en el primer caso se abrió la vía a lo que será el absolutismo parlamentario por medio de la ley; en el segundo, la ley se concebía solamente como uno de los elementos constitutivos de un sistema jurídico complejo, el *common law* nacido de elaboración judicial de Derecho de naturaleza y de Derecho positivo, de razón y de legislación, de historia y de tradiciones». ZAGREBELSKY, Gustavo, *El Derecho dúctil. Ley, Derechos, justicia*, (2ª edición), trad. Marina Gascón, ed. Trotta, Madrid, (1997), pág. 25.

la forma de un sistema en el que a partir de premisas se extraen consecuencias, *ex principiis derivationes*³²⁶.

Teniendo en consideración estas ideas, podría decirse que «la ley se configura como la expresión de la centralización del poder político, con independencia de los modos en que ésta se hubiese determinado históricamente y del órgano, o conjunto de órganos en que se hubiese realizado. La eminente fuerza de la ley (*force de la loi - herrschaft des gesetzes*) se vinculaba así a un Poder Legislativo capaz de decisión soberana en nombre de una función ordenadora general»³²⁷.

La época actual viene marcada por la pulverización del derecho legislativo, ocasionada por la multiplicación de leyes de carácter sectorial y temporal, es decir: “de reducida generalidad o bajo grado de abstracción”, hasta el extremo de las leyes-medida y las meramente retroactivas, en las que no existe una intención “regulativa” en sentido propio: en lugar de normas, medidas³²⁸.

³²⁶ Cfr. *idem*, pág. 26.

³²⁷ *Idem*, pág. 24.

³²⁸ «Sintéticamente, las razones de la actual desaparición de las características “clásicas” de la ley pueden buscarse sobre todo en los caracteres de nuestra sociedad, condicionada por una amplia diversificación de grupos y estratos sociales que participan en el «mercado de las leyes». Dichos grupos dan lugar a una acentuada diferenciación de tratamientos normativos, sea como implicación empírica del principio de igualdad del llamado “Estado Social” (para cada situación una disciplina adecuada a sus particularidades), sea como consecuencia de la presión que los intereses corporativos ejercen sobre el legislador. De ahí la explosión de legislaciones sectoriales, con la consiguiente crisis del principio de generalidad. La creciente vitalidad de tales grupos determina además situaciones sociales en cada vez más rápida transformación que requieren normas jurídicas *ad hoc*, adecuadas a las necesidades y destinadas a perder rápidamente su sentido y a ser sustituidas cuando surjan nuevas necesidades. De ahí, la crisis del principio de abstracción. A estas explicaciones debe añadirse aún la cada vez más marcada “contractualización” de los contenidos de la ley. El acto de creación de Derecho legislativo es la conclusión de un proceso político en el que participan numerosos sujetos sociales particulares (grupos de presión, sindicatos, partidos). El resultado de este proceso plural está, por su naturaleza, marcado por el rasgo de la ocasionalidad. Cada uno de los actores sociales, cuando cree haber alcanzado fuerza suficiente para orientar en su propio favor los términos del acuerdo, busca la aprobación de nuevas leyes que sancionen la nueva relación de fuerzas. Y, esta ocasionalidad, es la perfecta contradicción de la generalidad y abstracción de las leyes, ligadas a una cierta visión racional del Derecho impermeable al puro juego de las relaciones de fuerza. En estas circunstancias, se reduce notablemente la aspiración de la ley a convertirse en factor de ordenación. Más bien expresa un desorden al que intenta, a lo sumo, poner remedio *ex post factum*». Cfr. *Idem*, pág. 37.

La ley –en los tiempos actuales– «ya no es la expresión “pacífica” de una sociedad política internamente coherente, sino que es manifestación e instrumento de competición y enfrentamiento social; no es el final sino la continuación de un conflicto; no es un acto impersonal, general y abstracto, expresión de intereses objetivos, coherentes, racionalmente justificables y generalizables, es decir, si se quiere “constitucionales” del ordenamiento. Es por el contrario, un acto personalizado (en el sentido de que proviene de grupos identificables de personas y está dirigido a otros grupos igualmente identificables) que persigue intereses particulares»³²⁹.

Con la voz “norma” se alude a que algo deba ser o producirse; en particular a que un hombre deba comportarse de determinada manera. Sin embargo, «de cara al significado de la separación de la ley respecto de los derechos y de la justicia, dentro de una noción genérica de norma de este tipo es importante diferenciar lo que podría denominarse: “regla”, de lo que podría, por el contrario, denominarse: “principio”. Si esa separación no se reflejase en la distinción regla-principio, no tendría la capital importancia que hoy en cambio, debe reconocérsele en el mundo del Derecho»³³⁰.

Con aquellos conceptos, y siguiendo el criterio expositivo reseñado, se cae en el inevitable interrogante cuya proposición se pretende desentrañar: ¿es la ley concursal obligatoria en todos los casos? El concepto habitual es que una ley obliga (art. 1º del Código Civil)³³¹. Por ello, se

³²⁹ «...la estatalidad del Derecho, que era una premisa esencial del positivismo jurídico del siglo pasado, es puesta en tela de juicio y la ley se retrae con frecuencia para dejar sectores enteros a regulaciones de origen diverso, provenientes bien de sujetos públicos locales, en conformidad con la descentralización política y jurídica que marca de forma característica la estructura de los Estados actuales, bien de la autonomía de sujetos sociales colectivos, como los sindicatos de trabajadores, las asociaciones de empresarios y las asociaciones profesionales. Tales nuevas fuentes del Derecho, desconocidas en el monismo parlamentario del siglo pasado, expresan autonomías que no pueden insertarse en un único y centralizado proceso normativo. La concurrencia de fuentes, que ha sustituido al monopolio legislativo del siglo pasado, constituye así otro motivo de dificultad para la vida del Derecho como ordenamiento». *Idem*, pág. 38.

³³⁰ *Idem*, pág. 109.

³³¹ Tal es lo que establece como principio el Código Civil, cuando fija como preámbulo, que las leyes son obligatorias para todos los que habiten el territorio de la República, sean ciudadanos o extranjeros, domiciliados o transeúntes. En cuanto al alcance del artículo, con respecto a las normas jurídicas, debe entenderse que el término “leyes” es abarcativo de todas las normas de carácter general dictadas por los órganos competentes. Así, quedan comprendidas no sólo las

entiende que si los ciudadanos no ejecutan los actos debidos cuando cierta situación ha acaecido son susceptibles de una sanción. Es decir, su carácter obligatorio se define en función de las sanciones que acarrea el no cumplir la conducta descripta en la ley, como debida. Sin embargo, las personas tienen la facultad en ciertas circunstancias, de elegir cursos de conducta por su propia determinación autónoma. Se les reconoce la potestad de adoptar normas diversas de las sancionadas por el legislador³³².

Pero esta potestad de decidir tiene un límite infranqueable establecido por el artículo 19 de la Constitución Nacional³³³ y por el orden público (artículo 872 del Código Civil)³³⁴, que impiden en alguna medida disponer irrestrictamente de aquel privilegio.

Evidentemente, debe admitirse que si la ley prescribe determinada conducta el sujeto debe cumplirla, sin embargo, existen casos en los que el juez puede obviar el “incumplimiento”, si se encuentran reunidas otras condiciones. Por ej. cuando el deudor no cumple con todos los requisitos para la declaración de quiebra; el reconocimiento del estado de cesación de pagos, permite soslayar las otras exigencias previstas por la ley concursal (art. 86, LCQ).

Sostener que las leyes son obligatorias, dista mucho de significar que ellas sean órdenes, ni el hecho de no ser órdenes, les quita carácter compulsivo o eficacia respecto de los sujetos obligados³³⁵. Sin perjuicio de ello, es importante mencionar que mediante la adecuación de la conducta

leyes en sentido formal, sino también en sentido material, tanto como los decretos y resoluciones, siempre que sean normas generales. Cfr. RIVERA, *op. cit.*, pág. 17.

³³² «Este problema es conocido técnicamente bajo el título de “autonomía de la voluntad”. Todo ordenamiento jurídico deja un margen de libertad al individuo, para que regle sus propios negocios disponiendo de sus bienes, en la forma que estime más apropiada. Ese ámbito podrá ser mayor o menor, según el grupo social de que se trate, pero siempre existe». CUETO RÚA, *op. cit.*, pág. 51.

³³³ Art. 19: “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están solo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”.

³³⁴ Art. 872: “Las personas capaces de hacer una renuncia pueden renunciar a todos los Derechos establecidos en su interés particular, aunque sean eventuales o condicionales; pero no a los derechos concedidos, menos en el interés particular de las personas, que en mira del orden público, los cuales no son susceptibles de ser el objeto de una renuncia”.

³³⁵ Cfr. CUETO RÚA, *op. cit.*, pág. 52.

al sentido positivamente valioso prescripto por el legislador, se consolida la vida en la intimidad del grupo social, se tornan más fuertes sus vínculos, se gana esclarecimiento y entendimiento en la vida comunitaria, ampliándose el ámbito de posibilidades para el despliegue de la personalidad de los integrantes del grupo³³⁶.

No podrá perderse de vista, que la ley tiene diferentes modos de agotar su vigencia o validez. A saber: 1) aquella que indica hasta que fecha ha de regir; 2) la que deja de regir por decisión del legislador; y 3) aquella otra que es dejada sin efecto por un juez, por ser contraria a la Constitución de un Estado.

De tal modo que hablar sobre “obligatoriedad de la ley”, impone efectuar algunas precisiones sobre qué debe entenderse por ley y cuales son sus efectos, toda vez que apelando a la “razonabilidad” ésta podrá ser dejada de lado en circunstancias especiales.

3.b) La costumbre

En los albores de la historia, cuando apenas había leyes, el Derecho era preponderantemente consuetudinario. Así, «la historia del pueblo romano nos dice que durante el período anterior a las XII Tablas, el derecho fue exclusivamente no escrito, consuetudinario. Después de aparecer la ley, la costumbre conserva su antigua eficacia en orden a la creación de nuevas normas y a la derogación de las existentes. No obstante, el emperador Constantino la despojó de esta atribución de derogar el derecho vigente»³³⁷.

Las leyes y la costumbre son útiles como fuentes, «no tanto porque suministren apoyo lógico a la decisión que se adopte en definitiva, cuanto porque suministran un criterio material para discernir el sentido del caso en discusión, y resolverlo de una manera que sea considerada valiosa por una pluralidad de los integrantes del grupo social»³³⁸.

³³⁶ *Idem*, pág. 53.

³³⁷ RODRÍGUEZ - ARIAS BUSTAMANTE, Lino, *Ciencia y filosofía del Derecho*, ed. Jurídicas Europa-América, Bs. As., (1961), pág. 568.

³³⁸ CUETO RÚA, *op. cit.*, pág. 27.

La costumbre «es una forma espontánea de manifestación de normas jurídicas, en la medida en que la comunidad considere obligatoria una conducta que se reitera uniformemente entre sus miembros»³³⁹. DE CASTRO la define como «la norma creada e impuesta por el uso social»³⁴⁰, la que lentamente se va transformando en derecho consuetudinario. El derecho consuetudinario³⁴¹, es el derecho introducido por la costumbre y ésta es engendrada por el uso, que no es más que el modo habitual con que los hombres nos conducimos en el campo del derecho³⁴².

Desde los glosadores se ha establecido una trilogía de clases de costumbre: a) costumbre “*extra legem*”³⁴³; b) costumbre “*contra legem*”³⁴⁴ y, c) costumbre “*secundum legem*”³⁴⁵, las que de alguna manera, y siguiendo un orden jerárquico descendente, complementan a la ley, en el propósito teleológico de salvar las lagunas.

La costumbre es lenta. Requiere un prolongado proceso de adaptación y aceptación mediante el libre juego de una serie de fuerzas, tales como la imitación, el prestigio de los núcleos dirigentes y la inercia so-

³³⁹ FERREIRA RUBIO, Delia M. *Costumbre. Concepto, requisitos y elementos* en BUERES, Alberto, “Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial”, Parte General, ed. Hammurabi, (2003), t. 1A, pág. 39.

³⁴⁰ DE CASTRO Y BRAVO, Federico, *Derecho civil de España*, Valladolid, (1942), pág. 304 cit. por RODRÍGUEZ - ARIAS BUSTAMANTE, *op. cit.*, pág. 568.

³⁴¹ «Cuando un individuo repite un mismo modelo de conducta frente a circunstancias semejantes, decimos que tal modelo de conducta constituye en él un hábito. Cuando un grupo o comunidad de individuos comparte el mismo hábito a lo largo del tiempo, nos sentimos inclinados a aceptar la existencia de una costumbre. Cuando una costumbre provoca que provoca que los intereses de las personas se adecuen a ella, de modo tal que las conductas divergentes lesionan expectativas y generan quejas, nos parece razonable hablar de una norma consuetudinaria. Cuando esta norma es efectivamente reconocida por los jueces u otros órganos del poder coactivo comunitario como fundamento de sus decisiones, ya no tenemos duda alguna nos hallamos ante una norma jurídica consuetudinaria». GUIBOURG, *op. cit.*, pág. 181.

³⁴² RODRÍGUEZ - ARIAS BUSTAMANTE, *op. cit.*, pág. 568.

³⁴³ «es la que regula situaciones jurídicas sobre las que la ley no ha dictado ninguna disposición». *Idem*, pág. 582.

³⁴⁴ «es aquella que se refiere a una situación de manera distinta y en contradicción con lo dispuesto sobre ella por la ley». *Ibidem*.

³⁴⁵ «...esta costumbre existe cuando el legislador remite la solución a la costumbre, supuesto en el cual se altera el orden jerárquico de las fuentes dejando la costumbre de ser fuente subsidiaria para transformarse en fuente principal». CASTÁN TOBEÑAS; MARTY-RAYNAUD cit. por RIVERA, *op. cit.*, pág. 80 y 81.

cial³⁴⁶. Empero, no cabe duda que a medida que se ha ido centralizando la organización política en manos del Estado, aminora la importancia del derecho consuetudinario frente al derecho legislado. Sobre todo durante los siglos XVIII y XIX, el valor de la costumbre sufre un claro retroceso³⁴⁷.

Es obvio que si la costumbre es una fuente de derecho, ella podrá modificar o derogar una ley preexistente, ya que si bien podría decirse que su importancia es menor que la de otras instituciones (ley, jurisprudencia), no podrá negarse su valor como fuente. Pero, contradictoriamente, el artículo 17 del Código Civil³⁴⁸, restringe esa capacidad, y la fuente –costumbre– pierde esa potestad “jurígena”, toda vez que ello podrá tener cabida, siempre y cuando una ley le otorgue tal prerrogativa o en los supuestos en que no exista regla.

No obstante las apreciaciones mencionadas en los párrafos anteriores, este Derecho ha sufrido en la época actual una suerte de revalorización, en cuanto «el mismo cumple una doble función: primero porque en circunstancias extraordinarias, es el único remedio contra las leyes absolutamente intolerables, a cuya derogación no se decide el legislador; y segundo porque la producción de este derecho consuetudinario, sobre todo a través del “*usus fori*” reiterado, es decir, de las decisiones jurisprudenciales, puede determinar un grado más elevado de seguridad jurídica que el que le brinda la interpretación de la ley»³⁴⁹.

Lo real es que «el examen desapasionado de la experiencia jurídica, el conocimiento más perfilado de la actividad jurisdiccional y el análisis de los problemas metodológicos del derecho, han concurrido a reivindi-

³⁴⁶ «Esa lentitud puede ser motivo de dificultades en un medioambiente sometido a mutaciones profundas por el juego de factores externos difícilmente controlables. Ciertos impactos, como una derrota militar, o la influencia de una civilización dinámica suelen tener efectos dislocantes muy profundos, y el reajuste no puede dejarse, en esos casos, a la costumbre. Demandaría mucho tiempo y exigiría un alto tributo en sacrificios, penurias, y tentativas fallidas». CUETO RÚA, *op. cit.*, pág. 76.

³⁴⁷ Cfr. RODRÍGUEZ - ARIAS BUSTAMANTE, *op. cit.*, pág. 569.

³⁴⁸ Art. 17: “Los usos y costumbres no pueden crear derechos sino cuando las leyes se refieran a ellos o en situaciones no regladas legalmente” (texto según ley 17.711).

³⁴⁹ RODRÍGUEZ - ARIAS BUSTAMANTE, *op. cit.*, pág. 570.

car la gravitación de la costumbre como fuente, y su valor autónomo como tal, del que pueda quererle reconocer la legislación»³⁵⁰.

La doctrina canónica desarrolló la tesis de que la costumbre habrá de tener el requisito de ser racional (...) Las *Partidas* lo formularon con gran acierto diciendo que la costumbre «*debe ser con justa razón e non contra la ley de Dios, ni contra derecho natural, ni contra lo comunal de toda la tierra del lugar do se face*»³⁵¹.

En particular y dentro del ámbito del derecho mercantil, la costumbre ha tenido una importancia relevante, como lo revela la lectura de las disposiciones del Título Preliminar del Código de Comercio, cuyo apartado II preceptúa: “En las materias en que las convenciones particulares pueden derogar la ley, la naturaleza de los actos autoriza al juez a indagar si es de la esencia del acto referirse a la costumbre, para dar a los contratos y a los hechos el efecto que deben tener, según la voluntad de las partes”. Por su lado el apartado V dispone: “Las costumbres mercantiles pueden servir de regla para determinar el sentido de las palabras o frases técnicas del comercio, y para interpretar los actos o convenciones mercantiles”.

De la sola lectura del capítulo introductivo a la materia mercantil, se puede advertir que el legislador ha querido otorgar mayor jerarquía a la “costumbre” que la que el derecho civil le deparara. Pero ha limitado la interpretación que podría efectuarse en el sentido apuntado, al establecer en el artículo 1º del mencionado Título Preliminar que: “En los casos que no estén especialmente regidos por este código, se aplicarán las disposiciones del Código Civil”.

Por lo tanto, la costumbre comercial ha quedado relegada a un segundo plano, ya que de acuerdo con la interpretación que ha realizado la jurisprudencia nacional de este tipo especial de fuente mercantil «la costumbre no es fuente de derecho comercial teniendo solamente validez a

³⁵⁰ «Se ha visto que las costumbres suministran guías para interpretar los grandes conceptos-válvulas del ordenamiento jurídico. Además, se la ha comprendido como el proceso más eficaz, por su espontaneidad y generalidad, para coordinar la conducta de los integrantes del grupo social de modo tal, que la libertad individual puede ejercitarse sin desmedro de la de los demás, en un medio social pacífico y seguro». CUETO RÚA, *op. cit.*, pág. 117.

³⁵¹ RODRÍGUEZ - ARIAS BUSTAMANTE, *op. cit.*, pág. 588.

los fines interpretativos conforme lo dispone el artículo 218 inciso 6° del Código de Comercio, a diferencia de lo que sucede en otros derechos»³⁵².

De tal modo que en materia comercial, «la costumbre sólo adquiere valor como medio hermenéutico de los actos y convenciones mercantiles, pero carece de virtualidad para derogar la ley»³⁵³.

Estas apreciaciones nos permiten advertir la poca entidad que en nuestro derecho vigente posee la costumbre como fuente de derecho. Pero ello, no permitirá aseverar que en ciertos casos y cuando fuere necesario para ajustar la ley a la razón, por motivos de equidad o justicia, el juez no pueda recurrir a ella como fuente de derecho³⁵⁴ y encontrar en ella, la solución del caso.

3.c) La jurisprudencia

Conforme a su acepción originaria (derivada de sus voces “*prudencia iuris*”) la palabra jurisprudencia significó: conocimiento del derecho. Los romanos la definieron como: “*divinarum atque humanorum rerum notitia, iusti atque iniustia scientia*”. En buen romance, se traduciría como “el criterio constante y uniforme de aplicar el derecho, mostrado en las sentencias del Tribunal Supremo”³⁵⁵.

Una de las formas de ejercicio de la autoridad jurídica es la función jurisdiccional. «Cuando una norma general ha sido infringida (y especialmente, si existe alguna controversia acerca de este punto), alguien investido de aquella autoridad se encarga de declararlo. Ese alguien fue históricamente el jefe de la tribu o uno de sus lugartenientes, el rey o una persona o grupo que actuara por delegación de la autoridad real, un juez o una corte de justicia como se estilaban en la actualidad. En cualquier caso, el juez ha de establecer los hechos que tiene por verdaderos, las normas que considera aplicables, la inclusión o la exclusión de aquellos hechos en el ámbito de aplicabilidad de dichas normas y, por último, las conse-

³⁵² CNCom., sala B, L.L. 1981-C-269, 30/04/81.

³⁵³ CNCom., sala C, L.L. 1990-A-479, 18/09/90.

³⁵⁴ RODRÍGUEZ - ARIAS BUSTAMANTE, *op. cit.*, pág. 570.

³⁵⁵ CASTÁN, José, *Derecho Civil Español, común y foral*, Madrid, ed. Reus, (1951), t. I, vol. I, pág. 328; cit. por RODRÍGUEZ - ARIAS BUSTAMANTE, *idem*, pág. 607.

cuencias concretas que hayan de atribuirse a los primeros en virtud de las segundas»³⁵⁶.

Con la expresión juez, se acostumbra designar a una persona dotada de autonomía e independencia en el ejercicio de su cargo, a quien se ha confiado la tarea de dirimir los conflictos que pueden surgir entre dos o más integrantes de un grupo social³⁵⁷.

En los países de tradición jurídica romanista se llama jurisprudencia: “al conjunto de las sentencias judiciales, no como declarativas del derecho ni como creadoras de normas individuales sino en cuanto de ellas pueda inferirse una norma general nueva o cierta interpretación de un texto legal preexistente”. En el sistema de derecho anglosajón, en cambio, la creación judicial de normas se interpreta según el modelo del precedente: en teoría, la doctrina (*ratio decidendi*) que pueda inferirse de cada sentencia individual es obligatoria para todo juicio futuro. Por cierto, la práctica suaviza dramáticamente ese principio mediante diversos métodos argumentales: la selección del precedente a seguir, la formulación o reformulación de la doctrina que se le atribuya, la determinación de las circunstancias relevantes para juzgar acerca de la mayor o menor semejanza del caso presente con el anterior³⁵⁸.

Conforme al criterio que sigue la teoría tradicional, «la jurisprudencia sólo sería fuente formal, en el caso de que el ordenamiento jurídico vigente en la respectiva comunidad, le atribuyera el carácter de obligatoria. En este caso, los jueces por delegación, pasarían a asumir una especie de facultad legislativa»³⁵⁹.

Si se deseara mantener la tradicional identificación de las fuentes formales, sería posible hallar una solución de compromiso apelando al fenómeno consuetudinario. «Quien admita que existen normas generales originadas en la costumbre, así como que los jueces se limiten a reconocerlas y a aplicarlas, está probablemente en condiciones de aceptar también que la actividad judicial, en tanto conducta, se halla sujeta a sus propias costumbres. Como los jueces tienen habitualmente un alto grado de prestigio social y de autoridad efectiva, las costumbres que ellos adopten

³⁵⁶ GUIBOURG, *op. cit.*, págs. 183 y 184.

³⁵⁷ Cfr. CUETO RÚA, *op. cit.*, pág. 125.

³⁵⁸ Cfr. KELSEN, Hans, cit por GUIBOURG, *op. cit.*, pág. 184.

³⁵⁹ CUETO RÚA, *op. cit.*, pág. 25.



traen aparejadas la aceptación social (ya que si así no fuera, la reacción de la comunidad impediría en cada caso el establecimiento de la costumbre judicial). De este modo, la jurisprudencia no sería otra cosa que un modo específico de generar derecho consuetudinario, modo al que –acaso en atención a su mayor celeridad y a su relativa certeza– se prefiere elevar a la categoría de fuente autónoma»³⁶⁰.

Este primer proceso –ancestral– de positivación de la costumbre a través de las sentencias judiciales tuvo su consagración en la etapa de la codificación, por cuanto la misma receptó aquellas máximas de equidad, igualdad y justicia, dentro del decálogo de principios morales que una legislación que se precie de tal, debe respetar y consagrar.

La codificación sentó dos dogmas basales. Ellos fueron: a) el juez no puede negarse a fallar; y b) el juez es la boca que repite las palabras de la ley sin alterarlas jamás. La pregunta surge nítida: ¿por qué la codificación debió dar cabida a estas fórmulas abiertas, a estas ventanas oxigenantes, a estos principios generales del derecho? La respuesta es obvia: porque de otro modo no podría adaptarse a los cambios de la realidad. La incomparable verba de GARCÍA DE ENTERRÍA pone blanco sobre negro, al decir: “la tipificación de supuestos de hecho por el legislador no puede jamás agotar la variable y proteica riqueza de situaciones capaz de presentarse en una vida social cuya evolución, nada detiene”³⁶¹.

En muchos sistemas históricos la jurisprudencia ha tenido inequívoco rango de fuente del derecho. «Las decisiones de los Tribunales han sido, sobre todo, fuente principal y tal vez única del derecho en la base más antigua de la evolución social. Pero en los sistemas legislativos modernos es muy restringida su condición de fuente del derecho propiamente dicha»³⁶².

En los países anglosajones, la autoridad de las sentencias judiciales limitada primero a la de un mero precedente, aumenta con el prestigio de los jueces y con la indeterminación y creciente valor del “*common law*”. Se acepta como doctrina general que “las decisiones de los tribunales de

³⁶⁰ GUIBOURG, *op. cit.*, págs. 185 y 186.

³⁶¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del derecho*, reimp. de 1996, ed. Civitas, Madrid, (1984) pág. 18.

³⁶² CASTÁN, *op. cit.*, t. I, vol. I, pág. 328, cit. por RODRÍGUEZ - ARIAS BUSTAMANTE, *op. cit.*, pág. 607.



justicia son prueba de lo que es derecho común”, obligando por tanto, a todos los jueces posteriores, a no ser que la sentencia fuera claramente “absurda e injusta”³⁶³. Sin embargo, este último es un problema discutido; pues hay quienes sostienen que el juez debe seguir el precedente sin plantearse la cuestión de si está bien fundado o en qué proporción lo considera erróneo, anticuado o injusto hasta la afirmación contraria, según la cual, un precedente sólo vale en proporción al peso de su razón para lo cual el juez tiene el deber de hacer prevalecer su concepto personal de la justicia³⁶⁴.

Entonces bien, cuando se menciona que la jurisprudencia no es o no debe ser fuente del derecho (o, por el contrario que debe serlo), se formula un juicio valorativo sobre la misión de los jueces en relación con la forma y el progreso del derecho. Entonces, se suele tomar la voz jurisprudencia en el sentido usual de uniformidad de las sentencias del Tribunal Supremo, buscándose en esta circunstancia la garantía del prestigio del órgano de quien emana y, al propio tiempo, la seguridad que proporciona una doctrina constante que viene a constituir un verdadero derecho consuetudinario³⁶⁵. «Así pues y a pesar de sostenerse que la eficacia de la jurisprudencia como fuente del derecho es limitada, no pasa de ser meramente reproductiva, conservadora, moderadora y vivificadora del derecho vigente (...) carece por lo pronto de actividad productiva o creadora»³⁶⁶.

Pero no obstante aquel criterio interpretativo, se han dado casos en los que se han emitido pronunciamientos –en particular aquellos resueltos por la C.S.J.N.– creando verdaderamente derecho; como lo ha sido en el precedente “Vizzoti, Carlos Alberto c. Amsa S.A.”, en el que se declaró la inconstitucionalidad del tope indemnizatorio fijado al art. 245 por ley 24.013; cuando el máximo tribunal dispuso: “la limitación a la base salarial prevista en los párrafos segundo y tercero del citado art. 245 de la

³⁶³ Cfr. TUNC, André y TUNC, Suzane, *El Derecho de los Estados Unidos de América*, ed. Universitaria, México, (1957), pág. 234.

³⁶⁴ CASTÁN, *op. cit.*, pág. 328, cit. por RODRÍGUEZ - ARIAS BUSTAMANTE, *op. cit.*, pág. 329.

³⁶⁵ Cfr. LEGAZ Y LACAMBRA, Luis, *Filosofía del Derecho*, ed. Bosch, Barcelona, (1951), pág. 425.

³⁶⁶ RODRÍGUEZ - ARIAS BUSTAMANTE, *op. cit.*, pág. 609.

Ley de Contrato de Trabajo, sólo hasta el 33% de la mejor remuneración mensual normal y habitual computable”³⁶⁷.

Por ello, debe entenderse que a pesar de que la jurisprudencia no crea derecho –en sentido estricto del vocablo, “erigir”– bien visto está: que ésta al interpretar la ley, emita una sentencia que ilumine el camino hacia una justa composición de los intereses, principios y valores en juego, ya que la actividad forense se torna más profunda, más esclarecedora y más precisa, si las motivaciones ocultas, las valoraciones disfrazadas, la influencia de los factores sociales y predisposicionales, se hacen explícitos (...) Por lo tanto, «cuando se apela a la jurisprudencia como fuente, también se la debe interpretar, y para interpretarla no se puede acudir al método exegético, o al dogmático, siguiendo la moda del siglo XIX. Así como se ha innovado profundamente en los métodos de interpretación de la ley, así también se debe innovar en la interpretación de la jurisprudencia, al ser aplicada es siempre interpretada, aunque se crea que se la ha aplicado mecánicamente»³⁶⁸.

Es interesante mostrar como han cumplido los tribunales esta misión de conciliar la rigidez legal con la variabilidad de la vida humana y de suplir las lagunas de la ley, ya realizando una interpretación extensiva de la norma legal, o restrictiva, o deformante de ella, o simplemente creando al margen de la ley el régimen efectivamente imperante. Con aquellos conceptos, LLAMBÍAS clasificaba diversas clases de jurisprudencia: «a) jurisprudencia extensiva: es la que incluye en la norma legal situaciones no previstas por el legislador (...); b) jurisprudencia restrictiva: es la que excluye del imperio de la norma legal situaciones comprendidas materialmente en la misma (...); c) jurisprudencia deformante: es la que “deforma” o desvía el sentido de la norma legal para satisfacer lo que estima una necesidad de la vida (...) y d) jurisprudencia derogatoria: la elabora

³⁶⁷ C.S.J.N., “Vizzoti, Carlos Alberto c. AMSA S.A.”, Fallos 327:3677, 14/09/2004, Sup.Especial La Ley 25/09/2004, con nota de Juan José ETALA; Héctor P. RECALDE; Mariano RECALDE; Daniel FUNES DE RIOJA; Rodolfo CAPÓN FILAS; Horacio SCHICK; Julián A. DE DIEGO - DJ 2004-3, 266 - DJ 2004-3, 322, con nota de Sergio J. Alejandro - D.t. 2004 (septiembre), 1211 - L.L. 04/10/2004, 5, con nota de Mario ACKERMAN - IMP 2004-B-2581 - TySS 2004, 766.

³⁶⁸ CUETO RÚA, *op. cit.*, pág. 173.

el régimen al que ha de sujetarse cierta situación, contraviniendo lo dispuesto por la ley...»³⁶⁹.

COSSIO siguiendo los pasos del jurista cubano José Antolín DEL CUETO, ha condensado en una frase que contiene brevedad, ironía, elegancia y profunda verdad, al sentenciar que “*la ley reina y la jurisprudencia gobierna*”³⁷⁰. Y, verdaderamente se han dado numerosos casos, en los que los jueces han interpretado la voluntad del legislador, adecuándola a la realidad, y a los principios generales del derecho (equidad, justicia, igualdad) generando mayor seguridad y tranquilidad entre los justiciables.

En el ámbito del derecho concursal, son numerosas las sentencias que han dado claridad al texto legal y ya sea en forma restrictiva o deformante (según la clasificación de LLAMBÍAS) han permitido dar claridad y certeza interpretativa³⁷¹.

De esta forma, los hechos sociales –al ser más predictibles las conductas de los jueces– tienden lenta pero paulatinamente, a crear un mayor orden social y éste es, verdaderamente, el sentido que la jurisprudencia como fuente del derecho, tiene para una comunidad.

3.d) La doctrina

La labor que despliega el intérprete cada vez posee mayor jerarquía, por cuanto las normas generales, legisladas, consuetudinarias o jurisprudenciales, son objeto del conocimiento y de permanente estudio. «Cuales sean las fuentes, los métodos o la certeza de tal conocimiento no es tema que deba elucidarse aquí: el hecho es que admitida la existencia de aquellas entidades, los juristas procuran conocerlas y consideran casi siempre logrado tal objetivo. El resultado de su actividad integra la disciplina que

³⁶⁹ LLAMBÍAS, Jorge Joaquín, *Tratado de Derecho Civil, Parte General*, Abeledo Perrot, Bs. As., (1967), t. I, págs. 81 y 82.

³⁷⁰ COSSIO, Carlos, *El Derecho en el Derecho judicial - Las lagunas del Derecho - La valoración judicial*, ed. El Foro, Bs. As., (2002), pág. 152.

³⁷¹ Ver por ej. la interpretación efectuada por el máximo tribunal nacional durante la vigencia de la ley 24.522 (t.o. 1995) en la causa “Casasa”, en la que establece que el fuero de atracción no resulta de aplicación en las ejecuciones de garantías reales. C.S.J.N., “Casasa S.A. s/quiebra c. Saiegh, Salvador y otro s/ejecución hipotecaria”, Fallos 319:368 (1996).



–no sin alguna exageración– se denomina “ciencia del derecho” y se exhibe en artículos y tratados, en manuales, clases y conferencias»³⁷².

En los países de tradición romanista, la doctrina integra y especifica la significación genérica de las prescripciones normativas. Por virtud de esa integración, también la jurisprudencia gana condición de fuente formal y material del derecho³⁷³.

Esta fuente: la doctrina, sólo podría ser considerada como fuente formal del derecho en muy raras ocasiones. El ejemplo histórico más importante se encontraría en el derecho romano, respecto de los juristas a quienes el emperador concedió el “*jus respondendi ex auctoritate principis*”, es decir, el privilegio de hablar de manera obligatoria³⁷⁴.

Para RODRÍGUEZ - ARIAS BUSTAMANTE, se da el nombre de doctrina: “a los estudios de carácter científico que los juristas realizan acerca del derecho, ya sea con el propósito puramente especulativo de sistematización de sus preceptos, ya con la finalidad de interpretar sus normas y señalar las reglas de su aplicación”³⁷⁵. Para el citado jurista, la teoría jurídica es una necesidad del espíritu humano, que no es capaz de ver una realidad sin reducirla a un sistema unitario; pero tal criterio, únicamente podrá triunfar como idea cuando se encuentre guiada por un verdadero sentido de justicia, donde todo teórico, debería reunir ciertos caracteres³⁷⁶.

El esquema habitual en el discurso del jurista puede resumirse en los siguientes pasos: «enunciación del texto legal o cita de las sentencias re-

³⁷² GUIBOURG, *op. cit.*, pág. 186 a 188.

³⁷³ Cfr. CUETO RÚA, *op. cit.*, pág. 32.

³⁷⁴ «Según lo sostienen distinguidos romanistas, las opiniones de esos juristas adquiriría fuerza normativa, por virtud de las disposición imperial que les había reconocido dicha potestad». *Idem*, pág. 25.

³⁷⁵ RODRÍGUEZ - ARIAS BUSTAMANTE, *op. cit.*, pág. 616.

³⁷⁶ El teórico debe contar con los siguientes caracteres: «1- *Independencia*: no tomar partido respecto de los intereses particulares, siendo su sola finalidad colaborar con la ley; 2- *Autoridad doctrinal*: no tiene otra fuerza que la que el valor de su misma obra le haya dado; 3- *Responsabilidad*: el cultivo de toda ciencia requiere una sólida formación moral. Por eso, siempre por encima de toda técnica jurídica hay un saber jurídico que la determina, ese saber distinguir lo justo de lo injusto, un saber que abarca toda la conducta humana. Empleado la investigación del justicia no se puede desarrollar al margen de la vida, sino al contacto con la patología vital de la sociedad, ya que la determinación de lo justo sólo puede llevarse a cabo al calor de las realidades sociales». *Ibidem*.

levantes, definiciones o explicaciones tendientes a precisar el significado de algunas palabras o expresiones contenidas en el texto; exposición de los interrogantes o de las perplejidades que se abren a partir de la primera comprensión del texto; opinión acerca del contenido que, a juicio del autor, satisfaga armónicamente el significado de las palabras, la intención presunta del legislador y la mejor solución de los problemas reales y actuales; y finalmente, la reformulación de la norma de acuerdo con aquel plexo de contenidos. A esto puede agregarse un juicio ético acerca de las normas analizadas, y aún una propuesta de derecho o reforma. Esta actividad, habitualmente llamada doctrina, contiene pues descripciones de normas, descripciones de estados de cosas, juicios de valor y propuestas. Hace, por lo tanto, uso del lenguaje en al menos tres funciones diferentes: informativa, expresiva y directiva»³⁷⁷.

Este modo funcional de la doctrina, debe ser revisado en estrecha correlación con la ley, la costumbre y la jurisprudencia ya que si éstos tipos de fuentes son, cada una a su modo, fuentes obligatorias, en tanto la doctrina es una fuente de otra naturaleza; caben acerca de esta naturaleza dos interpretaciones. Una remite a las fuentes cognitivas, con lo que el Boletín Oficial y hasta los periódicos de la mañana podrían reclamar el estatuto de fuentes con el mismo título que la doctrina. La otra toma en cuenta el valor argumental de la opinión de los juristas, que los jueces pueden utilizar para fundar sus fallos sin estar obligados a hacerlo; si así fuera, la doctrina quedaría asimilada a las fuentes materiales, junto con los valores u otras consideraciones de las que el juez o el legislador pudieran extraer razones para decidir.

Sin embargo, se puede advertir cada vez más que si bien las opiniones de los jurisconsultos no son obligatorias, su influencia –por su ejemplaridad o prestigio– se impone como fuente material del derecho, determinando las soluciones que luego serán adoptadas por el legislador y los jueces³⁷⁸.

El jurista, el intérprete, el funcionario administrativo o el juez pueden extraer de los principios generales (normas implícitas) las normas legales explícitas, lo que implica reconocer su actividad creadora y no me-

³⁷⁷ GUIBOURG, *op. cit.*, pág. 186 a 188.

³⁷⁸ Cfr. MOUCHET, Carlos - ZORRAQUÍN BECÚ, Ricardo, *Introducción al Derecho*, (12ª edición), Bs.As., ed. Perrot, (1997), pág. 242.

ramente descriptiva. La doctrina científica o los diversos intérpretes de normas, serían así fuente del derecho a través de la utilización de los principios generales del derecho como vía, por medio de la cual, se canaliza la interpretación de las normas jurídicas.

Sobre el particular, merece recordarse lo expresado por la S.C.B.A., al decir, «que no se puede negar el valor de la doctrina nacional y extranjera para desentrañar los principios generales del derecho, pero ha de tenerse especial cuidado en otorgarle un carácter supletorio para el caso que no puede ser resuelto dentro del sistema jurídico vigente»³⁷⁹.

En virtud de ello, no resulta apropiado reconocer a la doctrina *stricto sensu*, el carácter de fuente de derecho y mucho menos, el carácter de obligatoria; pero si es posible considerar que la misma y en particular, en el cambiante y vivificante derecho privado, objeto de estudio en este trabajo, como es el derecho concursal, ha servido para llenar lagunas e interpretar los textos de la ley que el legislador no supo esclarecer al momento de su sanción, por lo que ha ganado una merecida autoridad, cumpliendo una función más prescriptiva que descriptiva.

Pero, como la máxima: *in claris no fit interpretatio*; no es propia de estas latitudes, la doctrina ha dado nitidez a aquellas disposiciones que por su oscuridad o dificultad requerían de un enorme esfuerzo interpretativo, para encontrar su verdadero sentido y alcance, por lo que puede admitirse una importante influencia en la evolución del Derecho.

3.e) La analogía

Para algunos autores, analogía proviene del latín “*ana legem*” lo que significa igualdad, proporción o parangón entre cosas semejantes³⁸⁰.

Se expresa que hay analogía entre dos cosas, cuando son en parte iguales y en parte diversas. «Un término es analógico cuando no es ni unívoco ni equívoco. Unívoco, es el término que conserva el mismo sentido cuando se aplica a realidades diferentes: así, animal, cuando se aplica a un tiburón y a una vaca. Equívoco, es el término que sirve para nombrar

³⁷⁹ S.C.B.A., "Metal-Sur, S. C. c. Gurmendi, S. A.", L.L. 1980-D-767 (35.723-S) y D.J.B.A., (116-399), 27/2/79.

³⁸⁰ RODRÍGUEZ - ARIAS BUSTAMANTE, *op. cit.*, pág. 645.

realidades absolutamente diferentes: así, león es nombre de persona, de animal y de ciudad»³⁸¹.

BOBBIO postula que analogía jurídica o razonamiento por analogía es aquella operación llevada a cabo por los intérpretes del derecho (especialmente juristas y jueces), mediante la cual se atribuye a un caso o a una materia que no encuentra una reglamentación expresa en el ordenamiento jurídico, la misma disciplina prevista por el legislador para un caso y para una materia *simili*³⁸².

La aplicación analógica «puede basarse en una consideración puramente legislativa (*ratio legis*), derivada de las ideas de justicia o de utilidad social, o en elementos exclusivamente técnicos (*ratio iuris*), a la luz de un concepto puramente jurídico»³⁸³.

Existen dos tipos o especies de analogías, la analogía de la ley y la analogía del derecho.

a) Para ENNECERUS y NIPPERDEY la analogía *legis* o analogía de la ley (*gesetzanalogie*) se basa en un precepto particular y, luego «desarrolla sus ideas fundamentales, con la exclusión de todos los presupuestos meramente inesenciales y aplica, lo así purificado, a los casos que quedan comprendidos y que se diferencian de lo establecido en la ley sólo en puntos no fundamentales y que no la afectan intrínsecamente»³⁸⁴. «La razonabilidad inspira el antiguo axioma, según el cual cuando la razón en que se apoya la ley es la misma en uno y otro caso, la norma que rija debe ser igual: “*ubi eadem legis ratio ibi eadem legis dispositio*»³⁸⁵.

³⁸¹ GÓMEZ PÉREZ, Rafael, *Léxico filosófico* en “Introducción a la metafísica `Aristóteles y Santo Tomás de Aquino””, ed. Rialp, Madrid, (1978), pág. 224.

³⁸² BOBBIO, Norberto, *Novísimo Digesto Italiano*, “Analogía”, Utet, Torino, (1966), t. I, pág. 601.

³⁸³ GARCÍA MAYNEZ, Eduardo, *Introducción al Estudio del Derecho*, México, ed. Porrúa, (1944), pág. 330.

³⁸⁴ GARCÍA MAYNEZ, Eduardo, *Filosofía del Derecho*, (6ª edición), Porrúa, México, (1989), pág. 305; LEGAZ Y LACAMBRA, Luis, dice, coincidentemente, que: «en la analogía hay una dimensión lógica irrenunciable, pero esta dimensión no agota su esencia, pues en ella predominan los aspectos axiológicos y valorativos», *Filosofía del Derecho*, (5ª edición), Bosch, Barcelona, (1979), pág. 539; REZZÓNICO, Juan Carlos, *Principios fundamentales de los contratos*, ed. Astrea, Bs. As., (1999), pág. 148.

³⁸⁵ REZZÓNICO, *idem*, pág. 151.



b) «La analogía *iuris* o del derecho (*rechtsanalogie*) se basa en una pluralidad de disposiciones particulares. Desarrolla a partir de ellas –por medio de un procedimiento inductivo– principios generales y los aplica a los casos que no caen bajo ninguna de las prescripciones legales»³⁸⁶.

Ha sido sostenido con algún grado de aproximación al significado del vocablo analogía, que «la importancia que ostenta recurrir a este particular procedimiento, estriba en su propia “estructura lógica”, lo que le permite al intérprete llegar a una solución de exactitud acerca del modo de resolver el caso»³⁸⁷. Pero una cosa es interpretar, y otra muy distinta, es aplicar un procedimiento analógico.

Para NINO «la analogía consiste en asimilar el caso no calificado normativamente a otro que lo esté, sobre la base de tomar como relevante alguna propiedad que posean en común ambos casos. Claro que este procedimiento no se aplica mecánicamente y, cuando se lo aplica deja al juez un amplio margen de arbitrio, ya que todo caso imaginable se parecerá a otro en algún aspecto y se diferenciará de él en otros muchos»³⁸⁸.

Teniendo en cuenta el particular derecho que se propone investigar en este trabajo, existen institutos dentro del ordenamiento concursal que se encuentran previstos para el supuesto de recurrir a la solución liquidativa (quiebra [art. 77, LCQ]), pero no para la solución preventiva (concurso preventivo [art. 5, LCQ], o acuerdo preventivo extrajudicial [art. 69, LCQ]) y viceversa. Y es precisamente en estos supuestos, en los que se plantean más allá de las posiciones doctrinarias, interesantes cuestiones objeto de debate que la jurisprudencia logró desentrañar, recurriendo a la analogía *legis* o a la analogía *iuris* a través de la inducción de principios generales –en algunos casos– y, en otros inclusive restringiendo la interpretación analógica.

A la luz de lo expuesto, el tema de la analogía como fuente de derecho, resulta particularmente controvertido en cuanto a su aplicación práctica pero, sin lugar a dudas, aparece como un instrumento que permite solucionar los conflictos que se presentan al intérprete para llenar las lagunas de la ley. Éste, precisamente, es el campo de aplicación de los princi-

³⁸⁶ *Idem*, pág. 149.

³⁸⁷ Cfr. RODRÍGUEZ - ARIAS BUSTAMANTE, *op. cit.*, pág. 646.

³⁸⁸ NINO, Carlos Santiago, *Introducción al Análisis del Derecho*, ed. Astrea, (1984), cap. V, pág. 285.

pios generales del derecho, que no son otra cosa más que la consagración práctica de una forma de analogía *iuris*³⁸⁹.

A guisa de ejemplo, la ley 24.522 no estableció ningún régimen especial referente a los procesos en los que el concursado preventivamente integre un litisconsorcio pasivo necesario (t.o. año 1995). Para llenar el vacío, la jurisprudencia y la doctrina concluyeron en la conveniencia de aplicar al concurso preventivo por analogía; lo que disponía para la quiebra el art. 133 segunda parte de la LCQ. En consecuencia, frente a la hipótesis de hallarse configurado un litisconsorcio pasivo necesario, el concurso de uno de los litisconsortes provocaba que todo el procedimiento fuera atraído por el juicio universal; es decir, se producía el desplazamiento de todos los demandados, sin que el actor tuviera a su alcance la posibilidad de escindir el pleito, como es admitido en el supuesto de litisconsorcio pasivo facultativo³⁹⁰.

Recurriendo a la analogía se pudo encontrar solución a las hipótesis de litisconsorcio pasivo que se presentaban durante el trámite de concurso preventivo, recurriendo a la aplicación de la norma prevista para la hipótesis de quiebra (art. 133, LCQ). De esta forma el jurista encuentra solución a los supuestos no contemplados por el legislador.

3.f) Los principios generales

Sin perjuicio de las consideraciones efectuadas sobre el particular en el Capítulo anterior (*vide* § 3) resulta sobreabundante destacar la importancia que presentan los principios generales en la teoría de la interpretación. Así, aparece necesario remarcar que si bien la norma puede tener lagunas, el derecho como tal, carece de ellas³⁹¹ (conforme la visión de COSSIO) lo que en alguna medida resulta, por lo menos, opinable.

Para el filósofo «si la relación entre derecho y ley es la del género a la especie, entonces ha de convenirse en que no habiendo lagunas en el

³⁸⁹ Cfr. RODRÍGUEZ - ARIAS BUSTAMANTE, *op. cit.*, pág. 650.

³⁹⁰ Cfr. HEREDIA, Pablo, *Ley 26.086: nuevo modelo en el régimen de suspensión y prohibición de acciones y en el diseño del fuero de atracción del concurso preventivo*, Lexis Nexis, n.º 0003/012560.

³⁹¹ Cfr. COSSIO, Carlos, *La plenitud del ordenamiento jurídico*, (2ª edición), Bs. As., (1947), pág. 42.

derecho, tampoco puede haberlas en la ley, pues, según la lógica sabe desde antiguo, todo lo que se predica del género está necesariamente predicado en la especie. Y concluye el estudioso con un ejemplo: si el hombre es mortal, el inglés en ningún caso podría dejar de morir»³⁹².

Si bien es cierto que esta concepción ha generado un arduo debate entre los filósofos del derecho, no es objeto de este trabajo desentrañar el sentido de la postulación de COSSIO y su crítica (confusión entre propiedades de individuos y propiedades de clases, y entre la relación de inclusión, que es una relación entre clases, y la relación de pertenencia, que es una relación entre individuos y clases)³⁹³ sino, por el contrario, sembrar la idea de que el juez aunque deba conducir a ciegas, siempre encontrará al final del camino la luz que el ordenamiento le pondrá a disposición para dar solución al caso, recurriendo por cierto, a los principios generales del derecho, para llenar el vacío legal que genera la norma.

Resulta necesario formular una diferenciación entre las distintas concepciones de principios –siguiendo aquella postulación del autor citado– entre género y especie. Siguiendo un criterio piramidal, existe un principio superior en el ordenamiento de un Estado que es el “principio de justicia”, el que se distingue del resto de los principios, por ser el más importante en términos de realización del derecho; sin perjuicio de ello, los principios generales no menos importantes, constituyen un “*numerus apertus*” (número abierto)³⁹⁴ que a criterio del autor de este trabajo, contribuyen a complementar el material de que dispone el juzgador o el intérprete, ante la existencia de un vacío legal.

En esa apertura cuasi indefinida de principios, GOLDSMICHDT propone a título ejemplificativo algunos de ellos: “1) ‘la preferencia de lo bueno’; 2) ‘*suum cuique*’ (a cada cual lo suyo); 3) ‘*pacta sunt servanda*’ (los pactos deben ser cumplidos); 4) ‘*do ut des*’ (doy para que des); 5) ‘igualdad’ y; 6) ‘conveniencia’” –algunos de ellos tienen una formulación remozada de los “*tria praecepta iuris*” a los que hacía referencia el derecho romano– como un recurso idóneo a completar las lagunas del orde-

³⁹² *Ibidem*.

³⁹³ ALCHOURRÓN, Carlos y BULYGIN, Eugenio, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, (3ª reimp.) ed. Astrea, Bs. As., (1998), pág. 183.

³⁹⁴ Cfr. GOLDSCHMIDT, Werner, *La ciencia de la justicia (dikelología)*, (2ª edición), ed. Depalma, Bs. As., (1986), pág. 240.

namiento. Sin lugar a dudas, se trata de principios generales que son extraíbles por deducción o inducción de aquél más importante: justicia, lo que es logrado a través de la razón y por medio de la lógica, lo cual permite encontrar soluciones donde la textura de la ley no las ha previsto.

Este criterio, sigue el pensamiento de algunos autores que alimentan la idea de completitud del ordenamiento. Como lo expresa CARNELUTTI, «por plenitud del ordenamiento jurídico se entiende la exigencia de que en el ordenamiento existe un mandato idóneo para la composición o solución de cualquier conflicto de intereses que se plantee en una sociedad jurídicamente ordenada»³⁹⁵.

Entre las tantas diferencias que pueden citarse entre principios y normas (*vide* Capítulo II § 13) existen dos que, a criterio de del autor, permiten concluir el punto: una justificativa y otra interpretativa. La primera estriba en que siempre la norma necesita de una justificación, por el contrario, el principio no; la segunda, reside en el hecho de que los principios siempre actúan interpretando la ley, en cambio ello no sucede a la inversa.

De esta forma, cuando el intérprete para fundamentar su decisión apela a la aplicación del principio de igualdad constitucional, el de conservación de la empresa o el de universalidad, simplemente lo que ha hecho es dar sentido a la norma o bien integrarla; y es en esos casos en los que se materializa la utilización del *principle*.

De lo expuesto, y teniendo en cuenta que la tarea del juzgador, normalmente es la de resolver conflictos de intereses no solucionados por el orden jurídico³⁹⁶ –idea de laguna del derecho– la función de los principios resulta integradora y vivificadora del resto del ordenamiento, ante un supuesto de inexistencia de un dispositivo normativo que contemple el caso, por lo que resulta inobjetable su función informadora, complementaria y totalizadora de la ley.

³⁹⁵ CARNELUTTI, Francesco, *Teoría General del Derecho* en “Revista de Derecho Privado”, (trad. castellana de F.J. Ossset), Madrid, (1955), pág. 107.

³⁹⁶ ALCHOURRÓN y BULYGIN, *op. cit.*, pág. 187.



§ 4. LA IMPORTANCIA DE LAS FUENTES EN EL DERECHO PRIVADO

La C.S.J.N. en diversos pronunciamientos ha razonado que “la primera pauta de interpretación de la ley es dar pleno efecto a la voluntad del legislador, cuya primera fuente es la letra de la ley; y en esta tarea no pueden descartarse los antecedentes parlamentarios que resultan útiles para conocer su sentido y alcance”³⁹⁷.

Del precedente reseñado puede advertirse –por lo menos, por vía de principio– que el criterio rector en materia de interpretación de las normas, es lo que ellas ordenan, porque son la reproducción más acabada de la intención del legislador; por tal motivo, no resultaría admisible aceptar posiciones interpretativas, cuando la ley es clara en el sentido en que ha sido postulada.

Sin perjuicio de ello, la C.S.J.N. ha sentenciado que “la ley no debe interpretarse sólo conforme a la literalidad de sus vocablos, sino con arreglo a su significado jurídico profundo puesto que, por encima de lo que parece decir, debe indagarse lo que verdaderamente dice en conexión con el resto del ordenamiento jurídico (...) confrontando ello con las garantías constitucionales consagradas en los arts. 14, 14 bis, 16 y 17 de la Constitución Nacional”³⁹⁸. Con ello, el máximo tribunal de la Nación, ha puesto fin a una visión tubular de la ley, permitiendo que la misma sea analizada con el plexo del ordenamiento circundante, con estricto apego a las garantías constitucionales involucradas.

Por tal motivo, y sin dejar de desconocer que el primer criterio de interpretación al que debe recurrir el juzgador es el que le indican los propios términos de la norma, no resulta desatinado pensar que tal análisis deberá ser realizado con apego al resto del ordenamiento; criterio éste que permite al juzgador recurrir a los principios generales del derecho, para ajustar su decisión armonizando los distintos intereses en juego.

³⁹⁷ C.S.J.N., “*Possenti, Oscar Roberto c. Estado Nacional (M° del Interior - Policía Federal) s/personal militar y civil de las FF.AA. y de Seguridad*”, Fallos 325:2386 (2002); “*Cereales Asunción SRL. c. Administración Nacional de Navegación y Puertos de la república paraguaya s/daños y perjuicios (incumplimiento del contrato)*”, 321:2594 (1998); “*Carnes Pampeanas S.A. s/quiebra*”, Fallos 320:1683 (1997), entre otros.

³⁹⁸ Cfr. C.S.J.N., Fallos 302:1284 y 307:843, 316, 562, entre otros.

En el análisis histórico del derecho comercial, se ha manifestado la importancia que tuvo la costumbre como fuente jurígena de esta materia (...). Mayoritariamente, se entiende que la costumbre constituye fuente formal del derecho mercantil, ya que no sólo cumple en nuestro sistema una función de interpretación de los actos mercantiles (la presente regla y art. 218 inc. 6º, Cód. Com.), sino que además en caso de insuficiencia de la ley o del contrato que vincule a las partes, es la costumbre del lugar la que debe completar esa insuficiencia (art. 219, Cód. Com.)³⁹⁹.

Sin perjuicio de tales acotaciones, la ley de concursos ha limitado la posibilidad de efectuar una interpretación amplia de las normas concursales, toda vez que apelando al texto del art. 293 LCQ, ha declarado inaplicable toda norma que se oponga a su texto expreso, en línea con el sentido de orden público que impera dentro del sistema de quiebras (art. 872, Cód. Civ.).

Pero, sin perjuicio de aquel criterio rector, existen numerosos supuestos en la ley falimentaria, que si bien fueron contemplados para el supuesto de quiebra, no tienen su correlato para el trámite de concurso preventivo. En estos casos, el intérprete se ha visto obligado a recurrir a normas o dispositivos que le son análogos, apelando por tanto a la utilización de la analogía “*legis*” o a la analogía “*iuris*” frente al vacío legal.

Existen algunos ejemplos que prueban este razonamiento: así, (*i. e.*) durante la vigencia de la ley 24.522 anterior a la reforma introducida por ley 26.086 se dispuso: “corresponde señalar que en el caso es aplicable el artículo 133, segundo párrafo, de la ley 24.522 que establece que existiendo litisconsorcio necesario respecto de los demandados, la acción de-

³⁹⁹ «En las materias en que las convenciones particulares pueden derogar la ley, la naturaleza de los actos autoriza al juez a indagar si es de la esencia del acto referirse a la costumbre, para dar a los contratos y a los hechos el efecto que deben tener, según la voluntad presunta de las partes» (Título Preliminar, Código de Comercio). FERNANDEZ, Raymundo L., *Código de Comercio comentado*, (2ª reimpresión), ed. Amorrortu e Hijos, Bs. As., (1951), t. I, pág. 22; ZAVALA RODRÍGUEZ, Carlos J., *Código de Comercio y Leyes Complementarias. Comentado y Concordado*, ed. Depalma, Bs. As., (1959), t. I, pág. 14; SATANOWSKY, Marcos, *Tratado de Derecho Comercial*, ed. Tipográfica Editora, Bs. As., (1957), t. I, pág. 143; HALPERIN, I. - BUTTY, E. *Curso de Derecho comercial*, ed. Depalma, Bs. As., (2000), vol. I, pág. 37. En el derecho italiano, ver ANGELICI, C. - FERRI, G. B. en *Manuale di Diritto Commerciale*, 12ª edic., ed. Utet, (2006), t. I, pág. 7; ROUILLÓN, A., *Código de Comercio, comentado y anotado*, ed. La Ley, Bs. As., (2005), t. II, pág. 9.

be proseguir ante el tribunal donde esté radicado el proceso universal con la intervención del síndico”⁴⁰⁰.

En otros supuestos, se ha dispuesto inadaptable la previsión contenida en un instituto concursal, el que no resulta extensivo al supuesto de quiebra por analogía. Así, por ej. cuando se resolvió que “el plazo de prescripción del art. 56 de la ley 24.522 (Adla, LV-D-4381) resulta inaplicable a la verificación tardía en la quiebra, pues dicha norma se refiere exclusivamente al concurso preventivo, y no pueden crearse términos de prescripción por analogía ya que los plazos de prescripción son de interpretación estricta y aplicación limitada”⁴⁰¹.

En contraposición con la interpretación cerrada mencionada en el enunciado anterior, se ha postulado que “el catálogo de supuestos de exclusión de acreedores del cómputo de las mayorías requeridas para la aprobación de la propuesta de acuerdo preventivo, previstos en el art. 45, párrafo tercero, de la ley 24.522 (Adla, LV-D-4381), debe ser interpretado en forma amplia, razón por la cual es posible admitir hipótesis no contempladas expresamente, en la medida que guarden directa relación con la finalidad de la prohibición, presenten analogía con algunos de los supuestos previstos en el ordenamiento legal o resulten de principios o institutos provenientes del resto del orden jurídico general, considerado en forma global”⁴⁰².

También resulta interesante y opera como elemento inspirador de esta obra, apelar a la utilización de los “principios” para resolver problemas que la ley no ha previsto. Así (*i. e.*) el criterio mayoritariamente seguido por la doctrina jurígena, cuando se presenta el supuesto de un pedido de apertura del concurso preventivo, existiendo una solicitud de quiebra pendiente de resolución, se ha sostenido que: “el concurso preventivo debe continuar su tramitación en su juzgado de origen”⁴⁰³. Este criterio interpretativo, armoniza el art. 5 de la LCQ con el principio de “conserva-

⁴⁰⁰ C.S.J.N., “Rodríguez, Ricardo Alberto y otro c. Empresa Bartolomé Mitre SACIF y otros/daños y perjuicios”, elDial.com - AA203F, 06/04/2004.

⁴⁰¹ S.C.B.A., “Municipalidad de Lanús s/inc. de verif. en: Camfide S.A.C. s/quiebra”, L.L.B.A., 2006 (junio), 615.

⁴⁰² Juzg. Nac. de 1ª Inst. Comer. N.º 16 “Telearte S.A. Empresa de Radio y Televisión”, L.L. Sup. CyQ, 2006 (mayo), 100 - IMP, 2006-9, 1247, consid. 11.

⁴⁰³ CApel.Civ. y Com. Rosario (en pleno) “Celulosa Argentina S.A.”, J.A. 1982-III-524 (1982).

ción de la empresa”, ya que el legislador ha priorizado la solución preventiva, frente a las magras experiencias alcanzadas con la solución liquidativa que impone la quiebra.

Tal como puede advertirse de lo reseñado, no existe un criterio cerrado o estricto a la hora de aplicar las fuentes del derecho en el caso particular del derecho concursal. Todo está ceñido a los intereses en juego y a la mirada con que los jueces ven al derecho, dentro de los límites que marca la Constitución. Y, en este sentido, nada mejor que recordar las palabras de Benjamín CARDOZO (miembro del máximo tribunal Estadounidense), quien postulaba: “el juez tiene el deber, dentro de los límites de su poder de innovación, de mantener una relación entre la ley y la moral, entre los preceptos de la jurisprudencia y aquellos de la razón y la buena conciencia”⁴⁰⁴.

§ 5. IMPORTANCIA DEL DERECHO COMPARADO COMO FUENTE DEL DERECHO CONCURSAL

Acudir a la utilización del derecho comparado como fuente de derecho, ha sido un recurso al que ha apelado en los últimos años el legislador, el doctrinario y el juez; sobre todo, en materia concursal a los efectos de vigorizar una legislación que requería de algunos cambios. Los diversos proyectos de reforma a la ley 19.551, son testimonio irrefutable de ese espíritu innovador, partiendo de la experiencia extranjera.

A través del derecho internacional privado (D.I.Priv.), tomando conceptos jurídicos para cada caso de una figura francesa, anglosajona o alemana, se ha demostrado la utilidad de diversos institutos que en la inteligencia de su significación funcional, según los “principios de justicia natural”, han permitido arribar a soluciones más justas partiendo del método de la “comparación”.

Para CIURO CALDANI «la comparación es un método general, que trasciende su aplicación jurídica y se utiliza también en economía, política, etc. Para hablar de comparación en plenitud, hay que diferenciarla del mero estudio paralelo de diversos enfoques de un tema. La comparación

⁴⁰⁴ CARDOZO, Benjamín N. “*Nature of the judicial proces*”, cit. en 2000 Classic Legal Quotations – Lawyers Cooperativa Publishing, New York, (1992) pág. 133.

relaciona, no es mera información, ni se desarrolla por yuxtaposición; es más profunda cuando tiene referencias más significativas»⁴⁰⁵. Por lo que hacer cotejos con el derecho extranjero dentro de la materia objeto de estudio, no es más que reconocer la importancia de acudir a una forma de interpretación.

El autor rosarino siguiendo el criterio de algunos autores franceses, postula que «en el mundo jurídico, se trata de relacionar los elementos comparados teniendo en cuenta la plenitud tridimensional de lo jurídico y sobre todo, de vincularlos al hilo de la caracterización de dichos elementos según los valores respectivos que culminan en la justicia. Aunque las comparaciones jurídicas posibles son diversas, destacándose las perspectivas del espacio, el tiempo y la materia, el derecho comparado tiene su centro de gravedad en la comparación de los derechos diferenciados en el espacio»⁴⁰⁶.

A fuerza de ser veraces, son pocas las ocasiones en las que el juzgador argentino ha recurrido al derecho comparado para desentrañar el verdadero sentido de un instituto, interpretar una norma creada por el legislador o justificar una decisión. Pero, son innumerables las oportunidades en las que el doctrinario, so pretexto de descubrir el verdadero sentido de una disposición legal ha recurrido al análisis de las normas o de los precedentes extranjeros.

En diversas oportunidades esta tarea ha sido realizada desde el prisma que los principios ofrecen al exegeta, cotejando diversos sistemas jurídicos. De esta forma, «sólo una sección horizontal a través de los siste-

⁴⁰⁵ CIURO CALDANI, Miguel Angel, *Filosofía y método del Derecho Comparado*, L.L. 1989-C-1080.

⁴⁰⁶ Puede verse CONSTANTINESCO, Leontin-Jean *Traité de droit, comparé*, ts. 1 y 2, Librairie générale de droit et de jurisprudence, París, 1972/74; DAVID, René, *L' es grands systèmes de droit contemporains*, (3ª ed.), ed. Dalloz, París, (1969), págs. 3 y sigts.; SCHWARZ-LIEBERMANN VON WAHLENDORF, H. A., *Droit comparé*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, París, (1978); SUJIYAMA, Najiro y otros, *Concepto y métodos del Derecho comparado*, trad. Joaquín RODRÍGUEZ Y RODRÍGUEZ, Compañía General Editora, México, (1941); As. Vs., *Introduction à l'étude du droit comparé*, Recueil d'Études en l'honneur d'Edouard Lambert, Sirey-Librairie générale de droit et de jurisprudence, París, (1938); MAZZARELLA, Giuseppe, *Le unità elementari dei sistemi giuridici*, Messina, Principato, (1922); ZLATESCU, Victor Dan, *Quelques aspects méthodologiques de la comparaison des droits*, en "Revue internationale de droit comparé", 35 e. année, núm. 3, ps. 559 y sigts.; DE SOLA CAÑIZARES, Felipe, *El Derecho comparado y los sistemas jurídicos contemporáneos*, en Rev. La Ley, t. 69, pág. 750, cit. por CIURO CALDANI, *ibidem*.

mas de diversas familias jurídicas permite saber si un principio posee significación universal o sólo particular, mientras que su papel específico en un determinado régimen positivo ha de mostrarse por medio de una sección vertical practicada a lo largo del proceso de formación del derecho. De momento, resulta de todo punto problemático la medida en que los principios generales en el derecho –en el civil y en el *common law*– de los pueblos civilizados (como dice el art. 38, I, número 3 de los estatutos del Tribunal Internacional permanente) son realmente principios “comunes” y en qué medida coinciden sólo de hecho. Por una parte, incluso siendo distintos los principios estructurales en que se basa una construcción nacional, las instituciones singulares aún siendo correlativamente diferentes, pueden estar animadas por el mismo pensamiento jurídico»⁴⁰⁷.

A pesar de que existen casos «en que no hay una urgente necesidad de unificación que obligue, como en el derecho contractual, a la armonización de los sistemas, se producen llamativas coincidencias en los elementos, que nos descubren la existencia de principios generales en la base de instituciones de análoga finalidad, y nos sugieren una teoría comparativa de las instituciones desde el aspecto de la función»⁴⁰⁸.

Las representaciones generales en base a las cuales se realiza el reconocimiento y la calificación de las instituciones positivas de derecho nacional, son por consiguiente, una pieza de la realidad jurídica que trasciende los límites del derecho nacional, cualquiera que sea la interpretación que se dé a la supuesta supremacía de la *lex fori* incluso sobre la

⁴⁰⁷ «Es una tarea altamente útil del Derecho comparativo (cfr. El problema de calificación del Derecho internacional privado) la de arrojar luz sobre la diferencia estructural, históricamente explicable, de sistemas positivos, haciendo ver cómo están asentados sobre principios regulativos e inmanentes reconocidamente comunes, y cómo en una problemática producida en las mismas condiciones dichos principios constituyen también un “Derecho detrás del Derecho realmente comparable”». ESSER, *op. cit.*, pág. 37.

⁴⁰⁸ «Algunos pasos en este sentido ha dado, como hemos dicho, el Derecho Internacional Privado, en el que no podría obtener carta de naturaleza ni un solo concepto jurídico si sólo estuviera encarnado en cada caso en una figura francesa, anglosajona o alemana. La realidad es, empero, que no sólo se ha demostrado la efectiva coincidencia de numerosas instituciones en base a principios universales, sino que toda aplicación de un Derecho extranjero descansa en la inteligencia de su significación funcional según los “principios de justicia natural”, sin la cual ningún juez puede decidir si la institución en cuestión es “esencialmente extraña a la *lex fori*”». *Idem*, pág. 43 a 45.

cuestión de la calificación. Ahí tenemos la única importancia palpable que los principios jurídicos, independientes de la estructura, poseen para un derecho universal. Pues a partir de ellos se constituye, no sólo una doctrina universal, sino también un “aparato supranacional de conceptos”, por más que discrepen entre sí las estructuras históricas y por más que sus escuelas y tribunales reaccionen contra la “extranjerización”⁴⁰⁹.

El artículo 16 del Código Civil⁴¹⁰ dispone como norma general que cuando un determinado asunto no pudiere resolverse por las disposiciones de una determinada ley, deberá tomarse en consideración “las disposiciones de las leyes análogas y en su caso se atenderá a los principios generales del derecho”. Por cierto la norma citada no distingue entre derecho nacional e internacional, como fuente probable de resolución de conflictos. Pero la jurisprudencia nacional, en algunos casos, ha sido fructífera en orden a solucionar asuntos, en el sentido en que lo disponen las leyes extranjeras, en una suerte de interpretación integradora de normas⁴¹¹.

⁴⁰⁹ «Verdad es empero, que lo último que produce una evolución semejante es un concepto dogmático unitario, pues la fijación técnico-axiomática sigue siempre a gran distancia a la coincidencia objetiva en los puntos de principio». *Ibidem*.

⁴¹⁰ Art. 16: “Si una cuestión civil no puede resolverse, ni por las palabras, ni por el espíritu de la ley, se atenderá a los principios de leyes análogas; y si aún la cuestión fuere dudosa, se resolverá por los principios generales del derecho, teniendo en consideración las circunstancias del caso”.

⁴¹¹ “Si se pretende eludir el principio de que el Derecho del lugar regula la forma de los actos documentales arguyendo que el art. 1455 del Código Civil argentino, que exige para la cesión de acciones litigiosas la forma pública, es una norma de orden público internacional e indeclinable para el sistema jurídico nacional, debe sustentarse fundamentalmente esta circunstancia. Si la cesión del crédito fue otorgada en París, y siendo que el Derecho del lugar regula la forma de los actos documentales, debió sustentarse la defensa de la acción en la legislación francesa (arts. 1180, 1205 y argumento de la nota del art. 1211, Cód. Civil), razón por la que no es conducente pretextar un defecto de instrumentación por causa de haber sido omitida la forma pública preceptuada por el art. 1455 del Cód. Civil argentino para la trasmisión de acreencias litigiosas. A los efectos señalados por el art. 1455 del Cód. Civil, entiéndese por Derechos litigiosos aquellos que están sujetos a controversia judicial, siendo insuficiente —en punto a la aplicación del citado precepto— que se trate de un Derecho dudoso, en la medida que no haya sido promovida acción judicial. Ello es así, por cuanto tratándose de una disposición legal que impone el cumplimiento de requisitos formales de carácter excepcional su interpretación debe ser restrictiva. Si la propia concursada denunció la deuda que mantenía con la cedente, mal puede negarla ulteriormente. Si los actos enunciados en el art. 1455 del Código Civil al igual que los mencionados en el art. 1184 del mismo código, requieren la formalidad de la escritura pública —o el acta judicial de tratarse de Derechos litigiosos—, con carácter formal no solemne o solemne relativo, la nulidad que podría declararse

Por su parte, el artículo 13 del Código Civil⁴¹² establece que la aplicación de la ley extranjera, no se realiza de manera directa, sino que la misma debe ser peticionada por quien la invoca. La jurisprudencia nacional ha realizado una interpretación literal del artículo citado y en muy pocas ocasiones ha admitido la aplicación de oficio de la ley extranjera⁴¹³.

Sin embargo, es precisamente «a través del derecho comparado, que podemos “respetar” al elemento extranjero, como lo requiere el derecho internacional privado⁴¹⁴, y respetarnos a nosotros mismos. En relación con la igualdad, el derecho comparado ilumina los cauces que debe seguir la recepción del derecho extranjero, cuyo fundamento ha de ser siempre la igualdad entre los pueblos»⁴¹⁵.

A través del derecho comparado podemos mejorar nuestro derecho, aprovechando los valiosos aportes extranjeros. Además el derecho comparado sirve a la comunidad entre los hombres, esclareciendo los caminos para el derecho internacional público (D.I.P.) y sobre todo, para el derecho de la integración. El derecho comparado nos permite así superar las sendas ilegítimas del aislamiento y la masificación. En última instancia,

sería vacua e inoficiosa, pues el defecto de la forma solemne relativa en los arts. 1184 y 1455 del Cód. Civil, no obstante aparejar la nulidad del acto como tal, da pie a que se engendre otro acto jurídico de efectos menores en virtud del fenómeno de “la conversión del negocio jurídico”. De tal modo que se estaría frente a un contrato de promesa de concretar la formalidad legal”. “Intercomi S.A.C.I.C.A.S.A.”, CNCom., Sala D, L.L. 1983-C-531.

⁴¹² Art. 13: “La aplicación de las leyes extranjeras, en los casos en que este código la autoriza, nunca tendrá lugar sino a solicitud de parte interesada, a cuyo cargo será la prueba de la existencia de dichas leyes. Exceptúanse las leyes extranjeras que se hicieren obligatorias en la República por convenciones diplomáticas, o en virtud de ley especial”.

⁴¹³ Fallos: J.A. 42-1172, CNCiv, sala B, 8/5/53, L.L. 70-597; 31/10/51, J.A., 1953-III-317; CNCrim, 4/10/60, L.L. 101-371; E.D. 33-27.

⁴¹⁴ GOLDSCHMIDT, Werner, *Derecho internacional privado*, (6ª edición), ed. Depalma, Bs. As., (1988) págs. 3, 13 y 14.

⁴¹⁵ *Originalidad y recepción en el Derecho*, en Boletín... cit., núm. 9, ps. 33 y sigts.; también por ej. PAPACHRISTOS, A. C., *La réception des droits privés étrangers comme phénomène de sociologie juridique*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, (1975); PARSH, Norman S. (Q. C.), *Queles réflexions pratiques sur l'usage de la technique comparative dans la réforme du droit national*, en “Revue de Droit international et de Droit comparé”, 47 c. année, núm. 2-3, ps. 81 y sigts.; ANNOU-SAMY, David, *Pour un droit comparé appliqué: Réflexions a partir de l'interférence des lois dans l'Inde*, en “Revue internationale...” cit., 38 e. année, núm. 1, pág. 57, cit. por CIURO CALDANI, *op. cit.*, pág. 1080.

es una de las vías para el descubrimiento del derecho universal⁴¹⁶ donde el fenómeno jurídico se integra abarcando todos sus despliegues en el espacio.

En nuestro país, son relativamente pocos los precedentes en los que los tribunales han acudido al derecho extranjero para justificar o fundamentar una decisión; aunque cabe tener presente, que se lo ha hecho en ocasiones muy particulares, como lo ha sido por ejemplo, en situaciones de emergencia y en momentos de crisis económica.

A título ejemplificativo, nada más ilustrativo que recordar el fallo de la C.S.J.N. en el resonado caso “Peralta”⁴¹⁷ en el que máximo tribunal nacional, haciéndose eco de precedentes del máximo tribunal americano, justificó su decisión en relación a la convalidación del Decreto 36/90 emitido por el Poder Ejecutivo Nacional (Adla, L-A-58), mediante el cual se disponía la restitución de depósitos por encima de determinado monto, con títulos de la deuda pública. En tal sentido, expresó el Superior Tribunal de la Nación que “tanto en nuestro derecho como en el de los Estados Unidos de América, las leyes dictadas en situaciones de emergencia no se consideraron a extramuros de la Constitución Federal por desconocimiento del derecho de propiedad, cuando se limitaron a no suspender indefinidamente la ejecución de los derechos del acreedor, ni dificultaron el cumplimiento de las obligaciones con plazos excesivamente largos. Es

⁴¹⁶ CIURO CALDANI, Miguel Angel, *Lineamientos filosóficos del Derecho universal*, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, (1979).

⁴¹⁷ C.S.J.N., “Peralta, Luis A. y otro c. Estado Nacional, Ministerio de Economía -Banco Central-”, Fallos 313-1513. Pub en Sup.E.Emerg.Económica y Rec.Extraordinario 2003 (diciembre), 135 - Sup.Emergencia Económica y Teoría del Derecho 2003 (agosto), 154 - L.L. 1991-C-158, con nota de Alberto BIANCHI - LLC 1991, 666 - Colección de Análisis Jurisprudencial Teoría General del Derecho - Director: Eduardo Angel Russo - ed. La Ley, 2002, 15, con nota de Eduardo Angel RUSSO - Colección de Análisis Jurisprudencial Contratos Civiles y Comerciales - Director: Luis F. P. Leiva Fernández - ed. La Ley, 2002, 162, con nota de AA.VV. - Colección de Análisis Jurisprudencial Teoría Gral. del Derecho - Ricardo A. GUIBOURG, 357 - Colección de Análisis Jurisprudencial Derecho Constitucional - Director: Daniel Alberto Sabsay, ed. La Ley 2005, 283, con nota de Ernesto CIONFRINI - C.S. Fallos 313:1513 - Colección de Análisis Jurisprudencial Elems. de Derecho Administrativo - Julio Rodolfo COMADIRA, 93 - DJ 1991-2, 219 - ED 141, 523 - Colección de Análisis Jurisprudencial Derecho Constitucional - Director: Daniel Alberto Sabsay, ed. La Ley 2005, 662, con nota de Pablo Luis MANILI - Colección de Análisis Jurisprudencial Derecho Constitucional - Director: Daniel Alberto Sabsay, ed. La Ley 2005, 695, con nota de Calogero PIZZOLO - Colección de Análisis Jurisprudencial Elementos de Derecho Administrativo - Director: Tomás Hutchinson - ed. La Ley 2003, 92, con nota de Carlos BALBÍN.



que no está en juego el dominio eminente del Estado, sino los límites del poder de policía con vistas a todas las grandes necesidades públicas. Y ese límite del cual nunca podrá pasar, es el de la propiedad privada no susceptible de ser tomada sin declaración de utilidad pública y previamente indemnizada. De ahí que la validez constitucional de estas leyes se sustenta en que no afectan el contenido mismo de la relación jurídica, ni ninguna de las partes constitutivas de la obligación. En situaciones de emergencia o con motivo de ponerles fin, se ha reconocido la constitucionalidad de las leyes que suspenden temporalmente los efectos de los contratos libremente convenidos por las partes, siempre que no se altere su substancia, a fin de proteger el interés público en presencia de desastres o graves perturbaciones de carácter físico, económico o de otra índole. Sólo se ha exigido que tal legislación sea razonable y no desconozca las garantías individuales o las restricciones que la Constitución contiene en salvaguardia de las instituciones libres”⁴¹⁸.

La importancia del derecho comparado estriba en la necesidad de establecer uniformidad de elementos que traten equitativamente cuestiones atinentes a diversos procesos, sobre todo aquellos que ostentan intereses

⁴¹⁸ C.S.J.N., “Peralta, Luis A. y otro c. Estado Nacional, Ministerio de Economía -Banco Central-”, Fallos 313:1513, considerando 42. También ha dicho la Corte Suprema siguiendo el dictamen del Procurador Horacio R. LARRETA, en su dictamen del 6/9/34, en el recurso extraordinario deducido por Oscar A. Avico contra Saúl C. de la Pesa sobre consignación de intereses, cuales son los cuatro requisitos que debe llenar una ley de emergencia para que su sanción esté justificada, y que ya habían sido mencionados por el *Chief Justice* Hughes, en el caso “Home Building v. Blaisdell”: “Es necesario para ello: 1) que exista una situación de emergencia que imponga al Estado el deber de amparar los intereses vitales de la comunidad; 2) que la ley tenga como finalidad legítima, la de proteger los intereses generales de la sociedad y no a determinados individuos; 3) que la moratoria sea razonable, acordando un alivio justificado por las circunstancias; 4) que su duración sea temporal y limitada al plazo indispensable para que desaparezcan las causas que hicieron necesaria la moratoria (...) Si se declarara que la Constitución significa hoy, lo que significó en el momento de su adopción, ello importaría decir que las grandes cláusulas de la Constitución deben confinarse a la interpretación que sus autores les habían dado, en las circunstancias y con las perspectivas de su tiempo, y ello expresaría su propia refutación. Para prevenirse contra tal concepto estrecho, fue que el presidente de la Corte, Mr. Marshall expresó la memorable lección: 'No debemos olvidar jamás que es una constitución lo que estamos interpretando (Mc. Culloch v. Maryland, 4 Wheat 316, 407) una Constitución destinada a resistir épocas futuras, y consiguientemente a ser adaptable a las variadas crisis de los asuntos humanos'. Cuando consideramos las palabras de la Constitución, dijo la Corte, en 'Missouri v. Holland' (252 U. S. 416, 433), debemos darnos cuenta (o hacernos cargo: 'realize') que ellas dieron vida a un ser cuyo desarrollo no pudo ser previsto completamente por sus creadores mejor dotados... El caso que examinamos debe ser considerado a la luz de nuestra experiencia...”.

que vinculan a sujetos de diferente nacionalidad, vinculados por relaciones contractuales, en los que se hace necesario complementar normas territoriales diversas para regular las pretensiones, frente a los intereses en juego (el orden público, la buena fe, la legalidad, la igualdad de trato).

No obstante ello, sí puede sostenerse con cierto grado de certeza, que existen principios del orden internacional reconocidos por todos los Estados. Así podría decirse, del principio de buena fe, o el principio de legalidad, que inspiran todos los ordenamientos, independientemente del sistema que adopten a su zaga: codificación o *common law*.

De acuerdo a la teoría trialista del mundo jurídico fundada por Werner GOLDSMICHT (hechos, valores y normas)⁴¹⁹, «se confirman las tendencias tradicionales que procuran comparar superando los despliegues *normativos* y resulta necesario integrar la relación con las dimensiones *sociológica y dikelógica*. La atención a las normas es insuficiente para comparar “derechos” cuya realidad última está en la vida social y, en definitiva, en la justicia. Lo que ha de esclarecerse, al fin, es cómo se satisface la exigencia suprema de justicia de que el individuo cuente con la esfera de libertad necesaria para convertirse en persona»⁴²⁰.

Debe tenerse presente sin embargo, que el recurso a la cita del precedente para justificar la aplicación del derecho extranjero, generalmente lo ha sido, en miras a la eficacia de una norma, y no por el contrario a su invalidez.

En este sentido, la C.S.J.N. en el precedente “Carbometal S.A.I.C. s/quiebra s/concurso preventivo”⁴²¹, y recurriendo al derecho extranjero, ha convalidado una disposición de la ley de quiebras (art. 224, LCQ), al sentenciar: «si bien el desapoderamiento dispuesto por el art. 107 de la ley 24.522 no implica para el quebrado la pérdida del dominio que tiene sobre sus bienes, el que se mantiene –por subrogación real– inclusive sobre los fondos resultantes de la realización de aquéllos, tal situación sólo

⁴¹⁹ Cfr. GOLDSCHMIDT, Werner, *Introducción filosófica al Derecho*, 5ª reimp. (6ª edición), Bs. As., Depalma, (1987), pág. 20.

⁴²⁰ Cfr. CIURO CALDANI, *op. cit.*, pág. 1080.

⁴²¹ C.S.J.N., “Recurso de hecho deducido por Mónica C. Rubio y Maricel Sottano (síndicos) en la causa Carbometal S.A.I.C. s/quiebra s/concurso preventivo”. C. 3935. XXXVIII, 14-11-2006; Sup. CyQ 2006 (diciembre), 24 - L.L. 26/12/2006, 3, con nota de Claudio Alfredo CASADÍO MARTÍNEZ - IMP 2007 (enero), 120 - L.L. 22/02/2007, 4, con nota de Sergio B. RICCIUTI.

se extiende hasta que con el producto de la liquidación del activo desaparecido, se haga abono de los créditos a los acreedores concurrentes».

Para justificar la norma cuya inconstitucionalidad era requerida, ha manifestado el máximo tribunal nacional en el precedente citado, que «el art. 117 de la ley de quiebras de Italia (decreto real 267 del 16 de marzo de 1942), que ha sido fuente mediata del art. 221 de la ley 19.551 (actual art. 224 de la ley 24.522) imponía la colocación de una suma “...para los acreedores que no se presentaran o pudieren ser hallados, debiendo ser depositada en un instituto de crédito. El certificado de depósito valdrá como carta de pago...”. Como lo explica la doctrina italiana, valiéndose del depósito del dividendo de liquidación como pago, hay una transferencia de la suma respectiva, de lo cual resulta la liberación del concurso de ulteriores obligaciones y responsabilidades⁴²²; y transcurridos inútilmente cinco años sin percepción por el acreedor, queda ella a favor del instituto de crédito designado, es decir, adquirida definitivamente por el Estado⁴²³».

En el fallo apuntado, el Superior Tribunal Nacional ha convalidado la constitucionalidad del dispositivo consagrado en el art. 224 de la LCQ, recurriendo a normas que en forma análoga ha previsto el legislador extranjero, para tratar un supuesto *asimili*. A partir de allí, puede válidamente concluirse que la Corte Suprema –como máximo intérprete de la Constitución y las leyes– ha apelado a la utilización del derecho comparado y a normas complementarias de la ley de quiebras; como por ej. el art. 2342 inc. 3 del Código Civil, que encuentra semejanza en otras normas del ordenamiento legal (art. 18 de la ley 19.550), y a la cual no es ajeno el derecho extranjero.

Del antecedente citado, es posible inferir que el sentenciante no solamente ha recurrido al precedente extranjero, sino que también ha hecho referencia a normativa de derecho comparado argentino, en una verdadera integración de dispositivos nacionales y foráneos en orden a justificar el sentido de una decisión.

⁴²² DE SEMO, G., *Diritto Fallimentare*, ed. Cedam, Padova, (1967), pág. 451 a 454.

⁴²³ PAJARDI, Piero, *Manuale di Diritto Fallimentare*, ed. Giuffrè, Milano, (1998), N° 116, págs. 502-503, texto y nota 62, *in fine*.

§ 6. INTEGRACIÓN E INTERPRETACIÓN NORMATIVA

El art. 293 de la Ley de Concursos y Quiebras⁴²⁴ brinda una presunción de autosuficiencia legislativa, en tanto y en cuanto el dispositivo proporciona la idea de inexistencia de “lagunas” en la ley. Pero, a poco de andar, el art. 278 del plexo normativo en análisis⁴²⁵ preceptúa que ante la presencia de vacíos normativos de orden procesal, el intérprete debe remitirse a las disposiciones que establecen los códigos de procedimiento provinciales del lugar de tramitación del juicio en todas aquellas cuestiones no previstas en el código de fondo (art. 75 inc. 12, C.N.).

Por otro lado, el art. 159 de la normativa falencial⁴²⁶ admite en forma incontrastable la insuficiencia de la ley concursal para atender todas aquellas cuestiones patrimoniales que no pueden tener solución normativa, recurriendo a las disposiciones contenidas en el mismo ordenamiento, lo cual deja entrever claramente la presencia de carencias legales, obligando al judicante a recurrir al resto de las disposiciones jurídicas para encontrar la solución que el caso le presenta.

Una sana lectura permite comprender que la propia ley de concursos propicia la integración normativa, a lo que cabría agregar, no solamente aquello que especialmente no haya contemplado el legislador concursal en materia procesal, sino también todas aquellas cuestiones –de carácter patrimonial– que no se encuentren previstas *ex professo* en la Ley de Concursos y Quiebras, pero que se encuentren reguladas en otras normas, a saber: Código Civil, Código de Comercio, Ley de Sociedades Comerciales, Ley de Entidades Financieras, etcétera.

Este razonamiento, tiene estrecha vinculación con el principio de legalidad, el que, «en general, expresa la idea de la ley como acto normati-

⁴²⁴ Art. 293: *Disposiciones complementarias*. “La presente ley se incorpora como libro IV del Código de Comercio y, con el alcance previsto en el artículo 288, se derogan los artículos 264, 265 y 266 de la ley 20.744, los artículos 313 y 314 de la ley 19.550, la ley 19.551, sus modificatorias y toda otra disposición legal o reglamentaria que se oponga a la presente” (t.o. Ley 24.522).

⁴²⁵ Art. 278: *Leyes procesales locales*. “En cuanto no esté expresamente dispuesto por esta ley se aplican las normas procesales de la ley del lugar del juicio que sean compatibles con la rapidez y economía del trámite concursal” (t.o. Ley 24.522).

⁴²⁶ Art. 159: *Casos no contemplados: reglas*. “En las relaciones patrimoniales no contempladas expresamente el juez debe decidir aplicando las normas de las que sean análogas, atendiendo a la debida protección del crédito, la integridad del patrimonio del deudor y de su empresa, el estado de concurso y el interés general” (t.o. Ley 24.522).

vo supremo e irresistible al que, en línea de principio, no es oponible ningún derecho más fuerte, cualesquiera que sea su forma y fundamento: ni el poder de excepción del rey y de su administración, en nombre de una superior “razón de Estado”, ni la inaplicación por parte de los jueces o la resistencia de los particulares, en nombre de un derecho más alto (el derecho natural o el derecho tradidiconal) o de derechos especiales (los privilegios locales o sociales)»⁴²⁷.

De allí que «la técnica integrativa de las leyes análogas afronta varias discusiones: una tradicional es entre “analogía *legis*” y “analogía *iuris*”; otra más actual es si efectivamente el recurso a la analogía puede diferenciarse del recurso a los “principios generales del derecho”⁴²⁸ que están implícitos o se obtienen por vía inductiva. El código español con técnica más elaborada y haciéndose cargo de ciertas discusiones doctrinarias, regula “la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplan un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón»⁴²⁹.

El art. 16 del Código Civil reproduce el viejo espíritu del Código Civil francés, confiando en que los casos sean resueltos por las palabras y la finalidad de la ley⁴³⁰ pero, si la cuestión no pudiere resolverse, se recurrirá a los principios de las leyes análogas. Por espíritu de la ley –expresión utilizada en la redacción originaria del Código Civil– se entiende el sentido y contenido inmanente de la misma, lo que en ciertas ocasiones, resulta insuficiente, para solucionar los problemas que se le plantean al derecho.

Resulta evidente que la ley de quiebras no puede encontrar respuesta a todo el universo de situaciones que pueden presentarse; de allí la necesidad de recurrir a la integración de la ley concursal con normas que le resulten afines, de acuerdo a la situación planteada. Pero, esa integración legislativa presupone, asimismo, una tarea interpretativa toda vez que el juez en su noble tarea de hacer justicia, encontrará en la norma “análoga”, posiblemente la solución al caso; pero no dejará de recurrir a los

⁴²⁷ ZAGREBELSKY, *op. cit.*, pág. 24.

⁴²⁸ Cfr. ATIENZA, Manuel, *Sobre la analogía en el Derecho*, ed. Civitas, Madrid, (1986), pág. 41, cit. por VIGO, “*De la Ley...*”, pág. 202.

⁴²⁹ VIGO, *ibidem*.

⁴³⁰ Cfr. *idem*, pág. 200.

principios generales del derecho, toda vez que en la apreciación y consideración de los intereses en juego, los “principios” le ayudarán a buscar una solución más justa, realizando una tarea de integración, pero también de interpretación.

A título ejemplificativo, en el caso particular del acuerdo preventivo extrajudicial (APE) regulado en el Capítulo VII del Título II de la ley 24.522 según ley 25.589, se ha dicho que «es un instituto concursal con ciertas características que lo diferencian del concurso preventivo. Sin perjuicio de tratarse de otro tipo concursal, dado que la regulación del “APE” deja al descubierto múltiples vacíos normativos, la similar finalidad de ambos institutos (preventivos o reorganizativos) impone más allá de las remisiones parciales al articulado que preve la ley para el trámite del concurso y al cual reenvía el art. 69 y ss. de la ley concursal recurrir a una función de integración normativa entre los dos mecanismos, sin embargo, no debe ser automática sino acotada y razonada.

Dentro de tales parámetros, se entiende que las normas del concurso preventivo serán de aplicación al APE, en tanto resulten compatibles con su finalidad»⁴³¹. La actual jurisprudencia nacional, ha sido particularmente enriquecedora en la interpretación e integración de la ley de bancarrotas, con institutos que le son análogos, o bien a través de la aplicación y ponderación de los principios como fuente de solución de controversias, lo que en el caso especial del derecho concursal, adquiere mayor relevancia por su carácter de ley de orden público.

§ 7. LAGUNA LEGAL Y LABOR JUDICIAL

Más allá de la gnosis del legislador pretendiendo abarcar en la norma todas las situaciones posibles que puedan llegar a presentarse; siempre existirá un alea que escapa a toda previsión normativa, ya que permanentemente se presentan casos que hacen visible la incapacidad de la ley para atender todas las realidades que se presentan. Así, «cada humana imprevisión del legislador, por un lado, y cada situación radicalmente nueva de la vida, por el otro, perforan constantemente el ordenamiento jurídico de

⁴³¹ CNCom., sala D, “Descalzo, Jorge Domingo Jesús s/acuerdo preventivo extrajudicial s/queja”, E.D. 218-134 (2006).

modo que, al decir de RADBRUCH, “el ropaje de la ley, que parece un manto imperial mientras se lo usa, resulta la raída túnica del pordiosero una vez que uno se lo quita a los hombres”⁴³²,⁴³³.

La existencia de lagunas en el derecho, se contrapone con la idea de “completitud del orden normativo”, el cual parte del principio de determinismo o ley de causación universal (...) según el cual, todo tiene un fundamento: *nihil est sine ratione* (...) De acuerdo con esta corriente de pensamiento, el ideal de completitud normativa, esto es la exigencia de que los sistemas normativos sean completos en el sentido de que solucionen todos los casos, presupone que todos los casos son solucionables. Decir que todos los casos son solucionables significa que para todo caso hay o es posible construir un sistema normativo tal, que lo correlacione con alguna solución⁴³⁴, lo que en alguna medida se contrapone con un derecho comprendido no solamente por normas sino, esencialmente, por principios.

Cuando el juez admite la existencia de una laguna legal –tal razonamiento– «no es la conclusión de un análisis lógico, en el cual mecánicamente comprueba la imposibilidad de subsunción y declara la ausencia de norma sino que, él sólo sabe de la eficacia y corrección regulatoria de una norma cuando la supone aplicada al caso, de modo que –digámoslo una vez más– interpretación, integración y aplicación, son momentos conexos e indiferenciados en la tarea juzgadora»⁴³⁵.

Tal como se encuentra estructurado en nuestro derecho positivo, la norma jurídica primaria del ordenamiento jurídico es precisamente, la ley. Pero, puede suceder que no exista ley, o bien que existiendo ésta, no sea lo suficientemente clara, lo que obligará al intérprete como consecuencia de tener un idioma sumamente enriquecido por la multiplicidad de sentidos que las palabras que lo componen pueden brindar, ha resolver

⁴³² “El jurista debe ser capaz de ver únicamente en los hombres vivientes un esquema jurídico”, RADBRUCH, Gustav, *Filosofía del Derecho*, ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, (1933), pág. 133.

⁴³³ Cfr. COSSIO, *op. cit.*, pág. 223.

⁴³⁴ Cfr. ALCHOURRÓN y BOULYGIN, *op. cit.*, pág. 231.

⁴³⁵ VIGO, *op. cit.*, pág. 201.

cuál de ellos debe admitirse, lo cual sin duda, ya no puede considerarse como una interpretación estrictamente literal⁴³⁶.

Por lo tanto, «si se trata de una laguna legal manifiesta, la integración sucede, las más de las veces, por vía de la analogía o del retorno a un principio puesto en la ley (...) La integración de la laguna legal, por la vía de un retorno a un principio puesto en la ley, se basa en que el hecho no regulado expresamente en la ley es aquel al que el principio, asimismo, se refiere, sin que intervenga aquí un principio contrario»⁴³⁷.

La tarea judicial frente a un supuesto de laguna, muchas veces importa «el traslado de una regla dada para un supuesto de hecho, a otro distinto, “similar” a él, es decir, que se ha de estimar igual en su valoración...»⁴³⁸.

En este sentido, y apuntando a la materia de estudio en el presente trabajo, los tribunales han realizado una tarea integrativa de la ley concursal, cuando un supuesto no ha sido debidamente contemplado por el legislador. Así, se ha sentenciado que «una interpretación sistemática integral de la normativa concursal, partiendo del principio de igualdad de los acreedores, admite como criterio equitativo que el acreedor laboral pueda optar entre continuar el proceso de conocimiento ante el juez del concurso o pedir la verificación de su crédito, pues ello implica, evitar, en el sólo interés de la ley, la duplicación de trámites que atentan contra principios procesales de concentración, economía y celeridad»⁴³⁹.

Teniendo en cuenta el dispositivo que emerge del art. 159 de la ley falencial, es dable inferir que los tribunales, en una tarea que contemple el interés de los acreedores a través de la adecuada protección del crédito,

⁴³⁶ Cfr. PUIG BRUTAU, José, *Introducción al Derecho Civil*, ed. Bosch, Barcelona (1980), pág. 319.

⁴³⁷ «...Entendemos por analogía el traslado de una regla, dada en la ley para el supuesto de hecho (A), o para varios supuestos de hecho similares, a otro supuesto de hecho (B), no regulado en la ley, “similar” a aquél. El traslado se basa en que, debido a su similitud, ambos supuestos de hecho han de ser *valorados igualmente* en los aspectos decisivos para la valoración legal; es decir, que se basa en la exigencia de la justicia por tratar igualmente lo igual». LARENZ, Kart, *Metodología de la ciencia del Derecho*, (trad. Marcelino Rodríguez Molinero), ed. Ariel, Barcelona, (1994) pág. 374.

⁴³⁸ *Idem*, pág. 376.

⁴³⁹ S.T.J. Jujuy, “Rojas Diaz, Celestino c. Transporte Rafael Oscar Cocha (h.)”, L.L.NOA, 2006-391; L.L.NOA, 2006-1044; 29-12-2005, con nota de Claudio Alfredo CASADÍO MARTÍNEZ.



la integridad del patrimonio por medio de la conservación de la empresa, y el interés general (orden público); es dable inferir que recurran a la utilización de los principios generales del ordenamiento, como así también a lo que establecen leyes análogas para tomar una decisión, toda vez que se encuentra en juego, nada más y nada menos que el interés social, cuya protección y resguardo resulta ineludible.

§ 8. ¿PUEDE EL JUEZ RESOLVER UN CASO DE LAGUNA SIN MODIFICAR EL DERECHO?

De acuerdo a la tarea investigativa realizada, se han analizado en los títulos anteriores, de que forma el intérprete puede integrar el derecho, ante la presencia de un supuesto de laguna normativa, concluyendo que en alguna medida lo único que tiene vedado un magistrado de la justicia argentina (art. 15, Cód. Civ.) es abstenerse de fallar⁴⁴⁰ puesto que condenando o absolviendo, cumple con la manda constitucional.

Resulta a primera vista evidente que «si el sistema primario nada dice acerca del *status* deóntico de la conducta del demandado, el juez no puede cumplir con la obligación de fundar su decisión en ese sistema, cualquiera que sea la decisión que se adopte, la de condenar o la de rechazar la demanda. Lo más que puede hacer en esta situación es modificar primero el sistema primario, llenando la laguna y fundar luego su decisión en el sistema modificado. Sin embargo, para poder hacer eso el juez tiene que estar autorizado para modificar el derecho, cosa que está reñida con la idea del juez que aplica, pero no crea derecho (...) Algunas legislaciones autorizan expresamente al juez a actuar como si fuera legislador (por ej. Suiza). En tal hipótesis, el problema se resuelve fácilmente: el juez modifica primero el sistema, integrándolo con una nueva norma que soluciona el caso de laguna, y luego, una vez eliminada la laguna procede conforme a lo que establece el nuevo sistema. Pero el hecho de que el juez esté autorizado para modificar el derecho no demuestra, desde luego, que las lagunas no existan»⁴⁴¹.

⁴⁴⁰ Cfr. ALCHOURRÓN y BOULYGIN, *op. cit.*, pág. 217.

⁴⁴¹ *Idem*, pág. 218.



A *contrario sensu*, «si al juez le está prohibido modificar el sistema primario, entonces la situación es insoluble: necesariamente dejará de cumplir alguna de las obligaciones»⁴⁴². KELSEN, ya en su “Teoría General del Derecho y del Estado” soluciona el problema distinguiendo los siguientes cuatro casos que pueden presentarse:

1) Existe una norma general que el demandado ha violado: el juez tiene el deber de decretar la sanción señalada por esa norma;

2) No hay ninguna norma general que contemple el caso, pero hay una regla de clausura: el juez tiene el deber de rechazar la demanda;

3) No hay ninguna norma que contemple el caso ni hay reglas de clausura: si el juez resuelve condenar al demandado, debe modificar el derecho existente;

4) No hay ninguna norma aplicable al caso, no hay reglas de clausura y el juez decide rechazar la demanda “fundándose en que el derecho existente no establece la obligación que el actor atribuye” al demandado»⁴⁴³.

Como se aprecia, se trata de dos posiciones antagónicas, en tanto una postula que el juez debe convertirse en legislador (ALCHOURRON - BOULYGIN) y la otra que el juez puede juzgar disponiendo el rechazo de la pretensión con fundamento en la inexistencia de conducta observable (KELSEN). Ciertamente, las dos soluciones tienden a llenar la laguna, aunque con distintas perspectivas.

Parecería que la solución estribaría en adoptar alguna de las dos teorías apuntadas. Pero, en la opinión del autor de esta obra, podría recurrirse a un sistema mixto: esto es, disponer la aplicación de los principios generales del derecho, como método axiológico valorativo para llenar el supuesto de laguna, o bien derechamente ajustarse a la disposición que prescribe la inexistencia de obligación alguna, por no haberlo prescrito el legislador, lo cual dependerá siempre del caso a juzgar.

De esta forma volvemos al punto de inicio de este Capítulo, advirtiendo que aparece como una utopía que los asuntos sean resueltos “por las palabras y la finalidad de la ley” (*stricto sensu*), cuando lo propio del juez es precisamente, «derivar razonadamente de todo el derecho, la so-

⁴⁴² *Ibidem*.

⁴⁴³ KELSEN, Hans, *Teoría General del Derecho y del Estado*, México, (1949), pág. 172-175.

lución equitativa para el caso»⁴⁴⁴. Y este, es el verdadero alcance que tienen las sentencias interpretativas, que «...aplicando el principio de conservación de la norma siempre que ésta admita una interpretación coherente con la Constitución, el tribunal establezca cual es la verdadera y vinculante interpretación de la norma impugnada y cual es el único sentido en que hay que entender determinados términos de la misma para que sea conforme con la Constitución»⁴⁴⁵.

A guisa de ejemplo de lo expuesto, puede citarse el caso de los trabajos desplegados por el abogado del concursado durante la etapa de cumplimiento del acuerdo, el que en la ley de concursos, no encuentra previsión normativa. Así, se ha dicho que “deben remunerarse los honorarios del letrado de la concursada correspondientes a la etapa de cumplimiento del acuerdo, aunque la ley no prevea si tales trabajos existieron pues, la aplicación de la normativa arancelaria local en tal supuesto, no controvierte lo dispuesto por la ley concursal precisamente por tratarse de diversa situación a la allí regulada”⁴⁴⁶.

Del caso apuntado, se desprende que el juez no se aparta del derecho de quiebras, sino que ante un supuesto no contemplado por el parlamentario, simplemente se limita a aplicar la regla que considera adecuada para resolver una situación no prevista en la ley de fondo, utilizando las normas que le son afines (por ej. ley de procedimientos del lugar donde tramita el juicio).

§ 9. EL PROBLEMA DE LAS LAGUNAS Y LAS SOLUCIONES EN LA QUIEBRA

COSSIO en su obra “El Derecho en el Derecho Judicial” plantea el interrogante: ¿si existen lagunas en el ordenamiento jurídico positivo? y ¿si

⁴⁴⁴ VIGO, *op. cit.*, pág. 201.

⁴⁴⁵ SANCHIS, Luis Pietro, *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, (1992), pág. 156.

⁴⁴⁶ CNCCom., Sala B, “Germaiz S.A. s/conc. prev.”, L.L. 2006-F-591.

existiendo estas estas, se puede decir que el problema esté solucionado⁴⁴⁷?

En la concepción de algunos autores, «no hay legislador que no sea capaz de prever y disciplinar todos los casos que nuevas e imprevistas necesidades crearon, porque la realidad es más rica que todos los esquemas en que se la pretenda encajar. De aquí que digan que el derecho está lleno de lagunas, cuando no se halle con los medios ordinarios de interpretación una norma expresa o deducible, habiendo que confesar que hay un espacio vacío en que faltando la voluntad de la ley, se deja al juez más amplio campo para construirla»⁴⁴⁸.

GÉNY sostiene que la organización jurídica positiva, aún la más perfecta, deja inevitablemente abiertos ciertos huecos que la sola lógica es impotente de llenar, y ante las cuales, por consiguiente, la interpretación que no puede rehusar las soluciones reclamadas por la vida, necesita para cumplir por entero su misión, de medios independientes de las fuentes formales⁴⁴⁹.

La facultad de desarrollar el derecho compete indiscutiblemente a los tribunales, «siempre que la ley –más precisamente el conjunto de normas jurídicas conformadas en leyes, en el derecho consuetudinario,

⁴⁴⁷ El entresijo que propone el autor, obtiene dos respuestas: «La primera pregunta ha de ser entendida en el sentido de si hay casos judiciales que no son ni pueden ser comprendidos subsumidos en los géneros normativos de un sistema legal, de tal manera que los casos en cuestión escaparían, como a través de un agujero, a toda solución lógico-legal desde que el ordenamiento jurídico-positivo, conteniendo estos claros o lagunas, contendría lugares neutros o espacios sin juridicidad que, de una u otra manera, serían espacios situados al margen o más allá de las posibilidades jurídicas del propio ordenamiento (...) En respuesta al segundo acertijo expresa el autor: «La segunda pregunta ha de ser entendida sobre la base de no ignorar el planteamiento que ha alcanzado el problema y la naturaleza de las cuestiones debatidas, pues no basta argüir que hay argumentos en pro y en contra para tener a la cuestión como pendiente. Cuando los argumentos tienen diferente rango (por ejemplo, si alguno nace de un equívoco), es ineludible esclarecer esta diferencia antes de sentar una conclusión. En tal sentido, cuando se debate un problema de naturaleza lógica, como es el presente que es problema de lógica jurídica *stricto-sensu*, cabe aceptar esta o aquella solución y equivocarse aquí o allá; pero no cabe suspender el juicio como si faltaran elementos para pronunciarse o como si hubiera iguales razones en pro y en contra, porque en materia de Lógica –y en general en las ciencias concernientes a objetos ideales– junto con la formulación de un problema se dan todas las cosas que han de tenerse en cuenta para la solución. La historia del problema ofrece, sí soluciones en pro y en contra; pero no el problema mismo». COSSIO, *op. cit.*, pág. 221.

⁴⁴⁸ LEGAZ Y LACAMBRA, *op. cit.*, pág. 395.

⁴⁴⁹ Cfr. RODRÍGUEZ - ARIAS BUSTAMANTE, *op. cit.*, pág. 637.



así como en la jurisprudencia constante de los tribunales, sean apropiadas para la aplicación inmediata— contenga “lagunas”. Por tanto, el concepto de “laguna legal”, no señala por cierto, el límite del posible y admisible desarrollo del derecho en absoluto, pero sí el límite de un desarrollo del derecho inmanente a la ley, que se mantiene vinculado a la intención reguladora, al plan y a la teleología inmanente a la ley»⁴⁵⁰.

En base a estos conceptos «laguna» y “silencio de la ley” no son, por tanto, sencillamente lo mismo. El término “laguna” hace referencia a una incompletez. Sólo se puede hablar de “lagunas” de una ley cuando ésta aspira a una regulación completa, en cierta medida, para un determinado sector. La acentuación del concepto de laguna está pues, también en estrecha conexión con las aspiraciones a una codificación completa de todo el derecho, que se suscitaron en el siglo XVIII y tuvieron su punto álgido en el siglo XIX (...). Una ley particular, y también una codificación completa, sólo puede contener “lagunas” siempre y en tanto se echa de menos una regla que se refiere a una cuestión que no ha sido dejada al “espacio libre del Derecho”»⁴⁵¹.

De tal modo, estamos en presencia de una laguna legal cuando el legislador ha omitido prever la regulación de una determinada situación que precisa de una regla⁴⁵².

⁴⁵⁰ Sostiene Karl LARENZ, que «...cuando existe una “laguna de la ley”, es algo que precisa una explicación más concreta. Pudiera pensarse que existe una laguna sólo cuando y siempre y cuando la ley —entendida ésta en lo que sigue como una expresión abreviada de la totalidad de las reglas jurídicas susceptibles de aplicación dadas en las leyes o en el Derecho consuetudinario— no contenga regla alguna para una determinada configuración del caso, cuando, por tanto, “guarda silencio”. Pero existe también un “silencio elocuente de la ley”. A modo de ejemplo, el hecho de que no contuviera disposición alguna sobre la propiedad de la vivienda (en el sentido actual), no fue una laguna del Código Civil (alemán) en su forma originaria. Pues el legislador del BGB no quiso admitir un tal Derecho real especial sobre una vivienda o una parte del edificio, que en principio no le era desconocido, por razones de panorámica general de las relaciones jurídicas sobre bienes inmuebles, y, por ello, intencionadamente no incluyó en la ley disposiciones al respecto. Fue preciso por ese motivo una ley propia, por lo cual fueron modificadas algunas de las reglas del Código Civil, para introducir la propiedad de la vivienda como instituto jurídico en el orden jurídico vigente. La nueva creación o reintroducción de este instituto en nuestro orden jurídico por la vía del desarrollo judicial del Derecho no hubiera sido admisible, porque la ley, precisamente en este aspecto, no contenía “lagunas” ». LARENZ, *op. cit.*, pág. 363.

⁴⁵¹ *Idem*, pág. 364 y 365.

⁴⁵² De la laguna de la ley, distinguen algunos la “laguna del Derecho”. Por tal se puede entender el caso en que una ley particular no es incompleta en sí, es decir, comparada con su plan

Desde otro punto de vista «KELSEN niega que el orden jurídico pueda tener lagunas. Si el juez está autorizado a resolver como legislador una determinada controversia, en la hipótesis de que el orden jurídico no contenga ninguna norma general que obligue al demandado a la conducta reclamada por el actor, no llena una laguna del derecho realmente en vigor, sino que añade a éste una norma individual a la que no corresponde ningún precepto general (...). Por eso dice, que la teoría de las lagunas de la ley constituye en realidad una ficción, pues siempre es lógicamente posible, aún cuando algunas veces resulta inadecuado aplicar el orden jurídico existente en el momento de fallar»⁴⁵³.

De estos conceptos, se desprende que el intérprete no debe apegarse *stricto sensu* a los términos de la norma, ya que «la “teleología inmanente” de la ley no debe, ciertamente, ser entendida en este contexto demasiado estrictamente. No sólo se ha de considerar los propósitos y las decisiones conscientemente tomadas por el legislador, sino también aquellos fines objetivos del derecho y principios generales del derecho que han hallado entrada en la ley»⁴⁵⁴.

En esta línea de pensamiento, como en tantos otros, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha expresado que es función de los jueces la realización efectiva del derecho en las situaciones reales que se le presentan, conjugando los enunciados normativos con los elementos fácticos del caso⁴⁵⁵ y, en la tarea de razonamiento que ejercitan para indagar el sentido que corresponde acordar a las normas, deben atender a las consecuencias que normalmente derivan de sus fallos, lo que constituye uno de los

regulativo, pero si el orden jurídico en conjunto, en cuanto deja sin regular legalmente todo un sector que precisa una regulación o no contiene un instituto jurídico que debía contener atendiendo a una necesidad imprescindible del tráfico o a un principio jurídico afirmado por la conciencia jurídica general. Cfr. *idem*, pág. 365 y 368.

⁴⁵³ Cfr. RODRÍGUEZ - ARIAS BUSTAMANTE, *op. cit.*, pág. 640; ver también GARCÍA MAYNEZ, *op. cit.*, pág. 349.

⁴⁵⁴ Sobre este particular, LARENZ sostiene que «un principio que es inherente a toda ley, porque y en cuanto pretende ser “Derecho”, es el *tratamiento igual de lo igual*. Si una ley regula un determinado hecho A de un modo determinado, pero no contiene ninguna regla para el caso B, que es similar a aquél en el sentido de la valoración aceptada, la falta de una tal regulación se debe considerar una laguna de la ley. LARENZ, *op. cit.*, pág. 368.

⁴⁵⁵ C.S.J.N., “Oilher, Juan Carlos c. Arenillas, Oscar Norberto”, Fallos 302:1611 (1980).

índices más seguros para verificar la razonabilidad de su interpretación y su congruencia con todo el ordenamiento jurídico⁴⁵⁶.

Por tal motivo, «la concordancia interna, es decir, valorativa de las normas jurídicas y de los complejos de regulación es una tarea que constantemente se plantea al legislador, a la jurisprudencia judicial y a la ciencia del derecho, y que de nuevo hay que superar. El sistema “interno”, tal como se lo imagina la apetecible unidad del orden jurídico, no es, como todavía se ha de exponer, un sistema “cerrado”, sino un sistema “abierto”, que nunca está concluido, sino que es capaz de evolucionar y está sujeto a evolución»⁴⁵⁷. De allí que algunas corrientes de pensamiento postulan la necesidad de recurrir a la aplicación de la analogía para llenar las lagunas que el parlamentario no supo, no pudo o no quiso regular, a los fines de llegar a la completitud del sistema legal⁴⁵⁸.

En la ideología de los redactores del Código Civil francés, cuyos pasos siguiera nuestro codificador, el juez no tiene posibilidades de abstenerse de decidir (art. 15, Código Civil), por cuanto nuestro derecho positivo se asienta sobre las bases de un sistema que posee unidad e integridad⁴⁵⁹.

El derecho concursal no ha sido ajeno a la presencia de lagunas en su texto. Así, por ejemplo, lo que sucedió con la aplicación del art. 90 de la ley de bancarrotas (conversión de la quiebra) en los supuestos de acuerdo resolutorio incumplidos. «Conforme a ese artículo, la nueva ley sólo se

⁴⁵⁶ Ha mencionado la C.S.J.N. en el precedente citado que “...comprometen al Tribunal, en su específica misión de velar por la vigencia real y efectiva de los principios constitucionales, a ponderar cuidadosamente aquellas circunstancias a fin de evitar que la aplicación mecánica e indiscriminada de la norma conduzca a vulnerar Derechos fundamentales de la persona y a prescindir de la preocupación por arribar a una decisión objetivamente justa en el caso concreto...” (...), “...por encima de lo que las leyes parecen decir literalmente, es propio de la interpretación indagar lo que ellas dicen jurídicamente, es decir, en conexión con las demás normas que integran el ordenamiento general del país. En esta indagación no cabe prescindir, por cierto, de las palabras de la ley, pero tampoco atenerse rigurosamente a ellas, cuando la interpretación razonable y sistemática así lo requiere”. Cfr. C.S.J.N., “Saguir y Dib, Claudia Graciela s/autorización”, Fallos 302:1284 (1980).

⁴⁵⁷ Cfr. LARENZ, *op. cit.*, pág. 370.

⁴⁵⁸ «La Escuela Histórica y los pandectistas alemanes, partiendo de una concepción orgánica del Derecho, han visto en el *método analógico* el medio suficiente y único de completar la ley y el Derecho positivo, colmando los vacíos aparentes (...) que las simples normas pudieran presentar». Cfr. RODRÍGUEZ - ARIAS BUSTAMANTE, *op. cit.*, pág. 642.

⁴⁵⁹ Cfr. VIGO, *Interpretación...*, pág. 20.

aplicaba a los procesos abiertos con posterioridad a su vigencia, por lo que al regularse en el art. 90 el instituto de la “conversión” –sustituto del derogado “acuerdo resolutorio”– se vedó el acceso a tal transformación a quien resulte declarado en quiebra “por incumplimiento de un acuerdo preventivo o estando en trámite un concurso preventivo”, no estableciéndose idéntica restricción para quien incumpliera un “acuerdo resolutorio”, pues este supuesto quedaba –en el texto sancionado por el Congreso Nacional– alcanzado por la ultraactividad de la ley 19.551»⁴⁶⁰. En este sentido, la Cámara Nacional de Comercio ha resuelto que “no procede la conversión en concurso preventivo (art. 90, ley 24.522; Adla, LV-D-4381) si la quiebra fue decretada cuando estaba pendiente de cumplimiento, un acuerdo resolutorio”»⁴⁶¹.

Se trata, precisamente, de un supuesto no contemplado expresamente por el legislador –quiebra con acuerdo resolutorio en trámite– pero, apelando al espíritu del parlamentario, el *iudex* encontró el argumento que mejor se condice con el espíritu seguido por el legislador en la redacción de la ley.

De esta forma, puede apreciarse que el magistrado realiza una interpretación de lo que el congresista quiso decir al sancionar la norma, encontrando la solución más adecuada tendiente a lograr la completitud del sistema. Esto es, ampliar los horizontes de la norma, a través del criterio implementado por los jueces al fallar.

⁴⁶⁰ Cfr. RIBICHINI, Guillermo Emilio, *Quiebra derivada de incumplimiento de acuerdo resolutorio y “conversión” en concurso preventivo: cómo colmar una laguna*, L.L.1996-C-401.

⁴⁶¹ En este supuesto «el “espíritu del legislador” –reiteradamente invocado por la fallida– es negar la conversión en casos en que –como claramente ocurre en el presente– ha fracasado un proceso concursal previo tendiente a superar la cesación de pagos. Sería irrazonable –y poco serio– que fracasado el concurso “preventivo o resolutorio” anterior, la cesante en sus pagos y fallida acceda a un “nuevo” concurso preventivo (...) Según el art. 222 *in fine* de la ley 19.551, Sasetru S.A. no podría concluir esta quiebra mediante acuerdo resolutorio; resulta incoherente que pueda concluir la mediante el nuevo instituto de la conversión que, en cierta medida, reemplazó a aquel modo de conclusión de la quiebra –el mensaje de elevación del proyecto de ley indica que la incorporación de la conversión se hizo “...eliminando 'correlativamente' de la ley el acuerdo resolutorio...”–». CNCom., sala D, “Sasetru S.A.” s/quiebra, L.L. 1996-C-401.

§ 10. PRIORIDAD DEL DERECHO CONCURSAL (*LEX SPECIALIS*)

De acuerdo con el criterio sentado por el profesor español REINOSO BARBERO, la ley no nos ofrece dato alguno acerca de que son los principios generales del derecho y, desde cuándo es exigible su aplicación, pero podemos deducir de su espíritu los siguientes requisitos: a) que el principio no contradiga ni a la ley ni a la costumbre, puede decir lo mismo pero no puede transgredirlas; b) que sea susceptible de aplicación al caso concreto. Puede aplicarse directamente en defecto de ley y costumbre, o indirectamente cuando proceda aplicar ley y/o costumbre; c) que el principio sea considerado como tal principio (a la luz del derecho romano o la tradición jurídica nacional –que en su inmensa mayor parte es derecho romano–)⁴⁶².

Ahora bien, si la ley no define qué es un principio, cómo podemos saber cuándo estamos ante un principio, porque como hemos visto hay doctrinas para todos los gustos. «La solución la encontramos en la jurisprudencia, la cual, a los requisitos vistos, añade otros dos pero con tal importancia y sustantividad que su sola presencia basta con independencia de que existan los anteriores: a) de carácter material: que haya sido reconocido en sentencia del Tribunal Supremo; b) de carácter procesal: las sentencias dictadas por el resto de los tribunales, en las que se recoge tal principio»⁴⁶³.

Estos conceptos, que permiten advertir el momento a partir del cual estamos en presencia de principios, tienen particular relevancia frente al *debitor in malis*, por la imposibilidad en la que se ve inmerso, para hacer frente a todas las obligaciones a que se encuentra obligado a satisfacer.

La consecuencia que ello genera, es el inevitable recurso a un procedimiento colectivo que permita con ciertos parámetros y también prerrogativas, satisfacer el interés de una comunidad de sujetos. El profesor FINNIS, mociona sobre este punto que «la quiebra es un proceso legal por el cual alguien que es insolvente (*i. e.* que no puede hacerse cargo de sus responsabilidades financieras) es judicialmente declarado en quiebra, después de lo cual se asigna su propiedad a un síndico que se hace cargo

⁴⁶² Cfr. REINOSO BARBERO, Fernando, *Los principios generales del derecho en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*. Madrid, ed. Dykinson, S. L., (1987), pág. 114 y 115.

⁴⁶³ *Ibidem*.



de ella solamente con el propósito de dividirla entre los acreedores del fallido. Durante el procedimiento de quiebra las oportunidades y los derechos del fallido para comprometerse en negocios están seriamente limitados»⁴⁶⁴, pudiendo lograr la rehabilitación una vez cumplido el plazo legal (art. 236, LCQ), quedando liberado de las deudas anteriormente contraídas.

Respecto de esta descripción muy básica de las disposiciones legales sobre las quiebras, el profesor de Oxford, plantea algunas observaciones⁴⁶⁵:

a) En primer término, el sistema de la quiebra reemplaza a las antiguas disposiciones según las cuales un acreedor insatisfecho podía encarcelar a su deudor⁴⁶⁶.

b) Por otro lado, «el derecho de quiebras hace efectivas las pretensiones conmutativamente justas de los acreedores del insolvente y al mismo tiempo, sujeta todas esas pretensiones a un principio de justicia distributiva. Sin un derecho de quiebras, o simplemente antes de que las disposiciones de tal derecho sean aplicadas a un deudor determinado, cada uno de sus acreedores tiene el derecho de satisfacer la totalidad de su pretensión en la totalidad de los bienes del deudor, con prescindencia de las pretensiones de cualquier otro acreedor. El derecho de quiebras reúne todas las pretensiones, y trata la propiedad del deudor como si fuera ahora la propiedad común de los acreedores (...). Porque si un acreedor hace efectiva su pretensión conmutativamente justa, mediante los procedimientos legales normales (que son en sí mismos bastante justos) y, como resultado agota los medios disponibles para satisfacer cualquiera de las pretensiones igualmente justas de otros acreedores, la situación que de ese modo ha “surgido” no puede (así lo estima el derecho de quiebras,

⁴⁶⁴ FINNIS, *op. cit.*, pág. 216.

⁴⁶⁵ Cfr. *ibidem*, pág. 216 a 221.

⁴⁶⁶ Cfr. *ibidem*, 216 a 217. «Las disposiciones antiguas eran insatisfactorias, porque imponían una condición de servidumbre sobre quien podía ser inocente de todo desacato del Derecho o la justicia. Y, al permitir que el deudor fuera llevado, por uno de sus acreedores, a la cárcel, donde (a diferencia de un hombre libre o aun de un esclavo) no podía hacer nada para mejorar su situación financiera o para pagar sus deudas trabajando, las disposiciones antiguas tendían a frustrar las pretensiones conmutativamente justas de sus otros acreedores».

bastante razonablemente) ser considerada adecuadamente como “justa en sí misma”»⁴⁶⁷.

c) En último término, cuando el derecho de quiebras divide la propiedad entre los acreedores utiliza más de un criterio de justicia distributiva: «(i) reconoce sobre todo la necesidad del fallido de ser preservado del bandolerismo, de la esclavitud, o de la indigencia extrema; están, por lo tanto, excluidos del fondo común de bienes para ser dividido entre los acreedores, las herramientas de trabajo del fallido, “lo necesario para el vestido y habitación de él mismo, de su mujer y sus hijos”, y las ganancias (posteriores a la declaración de quiebra y anteriores a la rehabilitación) necesarias para mantener a esa familia; (ii) el derecho reconoce la necesidad similar de aquellos que presumiblemente eran completamente dependientes del deudor para su subsistencia; bien arriba en la lista de pretensiones preferentes, que deben ser satisfechas por completo antes de una ulterior división del fondo común, se encuentran los sueldos o salarios de los “empleados y sirvientes, trabajadores y obreros” del deudor, ganados dentro de los cuatro meses anteriores a la quiebra; (iii) el derecho da preferencia, por encima de todas las otras pretensiones del fondo común, a todos aquellos cuyos créditos no se fundan en haber participado en un acuerdo de negocios con el deudor: *i. e.* (...) los gastos y remuneraciones de quienes tienen que administrar el derecho de quiebras y aplicarlo a los asuntos del deudor (...); (iv) a la inversa, cuando alguien ha estipulado con el deudor un acuerdo que participa de la naturaleza de sociedad en cuanto tal, las pretensiones de esa persona derivadas de ese acuerdo son diferidas o postpuestas a las pretensiones de todos los acreedores por negocios ordinarios: tales acuerdos incluyen préstamos entre cónyuges, y los préstamos basados en que el que presta participará de las ganancias. v) Finalmente, entre todos los acreedores ordinarios, que no son ni preferidos ni postergados según el derecho y que no tienen una garantía que hacer efectiva (hipoteca, prenda o privilegio sobre la propiedad del deudor), “lo equitativo es la igualdad” (*equality is equity*). Las deudas que ellos acreditan son pagadas *pari passu*. Es decir, cada uno recibe del fondo sobrante después de haber pagado a los acreedores preferentes, el mismo porcentaje de la deuda debida a *él* (no el mismo porcentaje de ese fondo); si el fondo es insuficiente, la pretensión de cada uno se redu-

⁴⁶⁷ *Ibidem*.

ce proporcionalmente. Éste es, por lo tanto, otro ejemplo de la igualdad “geométrica” que, como opuesta a la “aritmética”, es (como dijera ARISTÓTELES) característica de la justicia distributiva⁴⁶⁸.

En definitiva, es propio de un sistema de insolvencia, tratar de lograr un ajuste entre dos tipos de justicia: distributiva y conmutativa, de acuerdo a las circunstancias que puedan presentarse; permitiendo una amplia participación de aquellos que posean justa causa en relación al origen de su pretensión, adoptando reglas procesales claras y generales que permitan la más amplia satisfacción posible⁴⁶⁹.

ROSSI, por su parte sostiene –con menos matices– que «es específico de la justicia conmutativa que el deudor pague con bienes particulares suyos lo que estrictamente debe a cada acreedor individual y aisladamente considerado. En el estado de insolvencia este tipo de ajuste conmutativo resulta imposible porque el deudor no puede pagar a uno sin dejar de pagar a otro, advierte que sus disponibilidades son insuficientes para dar a cada uno lo suyo. El punto de vista de las meras relaciones interindividuales del deudor con cada acreedor debe necesariamente ceder paso a otro tipo de consideración, a otro enfoque que ahora debe mirar esa realidad desde otro ángulo: las ideas de comunidad y universalidad, tanto de personas como de bienes. Los acreedores ya no se consideran individual y aisladamente sino como comunidad o totalidad y cada acreedor no se mira como individuo aislado frente al deudor, sino como parte de un todo integrado también por otras partes; y los bienes en cierta manera, se hacen comunes, dejando cada uno de ellos o de las disponibilidades dinera-

⁴⁶⁸ *Idem*, pág. 218. Agrega el Prof. FINNIS que: a) «el precedente listado de principios para tratar la propiedad en posesión del deudor es sólo uno de los modos de enfocar el asunto. Caben al respecto otras soluciones razonables» (ps. 218-219); b) «muchas características del Derecho de quiebras son mecanismos para disuadir y/o evitar los efectos del fraude, i. e. de los intentos del deudor por evadir sus deudas o el proceso de quiebra, o de vivir mejor de lo que le permiten sus propios medios, a expensas de sus acreedores (...). El Derecho tiene que determinar las exigencias de la justicia en una sociedad donde las personas son sólo parcialmente sumisas e imperfectamente justas» (p. 219); c) «El mismo Derecho de quiebras puede convertirse en instrumento de injusticia, sobre todo por obra del mismo fallido. Porque es ciertamente posible, y en algunas partes no infrecuente, que alguien que podría pagar sus deudas justas si quisiera elija en cambio verlas canceladas por la quiebra, sometiéndose a una incomodidad transitoria en aras de una futura libertad respecto de las dificultades financieras, una libertad que su propia acción puede denegar a sus frustrados acreedores (...) o a otros (...). Ningún sistema de Derecho puede asegurar la justicia si sus mismos súbditos, para no hablar de sus funcionarios, son indiferentes a la justicia».

⁴⁶⁹ Cfr. *idem*, pág. 210 a 220.

rias del deudor de tener asignación separada a un acreedor determinado (...). En el estado de cesación de pagos debe necesariamente regir otro tipo de justicia –la distributiva– formalmente distinta a la conmutativa, y sustituyendo a ésta»⁴⁷⁰.

Cuando los comensales son muchos, y no alcanzan los platos, el acreedor que se enfrenta con un deudor en cesación de pagos tiene dos opciones: esperar la liquidación del patrimonio del deudor y obtener un porcentaje de su crédito o aguardar, pacientemente, la recuperación económica de éste. El sistema concursal es necesario cuando los acreedores son más de uno, porque en tal caso, las alternativas de cobro de cada acreedor dependen del accionar de los otros. Sobre este particular, resultan relevantes las consideraciones de la Señora Fiscal de la Cámara Nacional de Comercio en la causa “Sacu S.A.”⁴⁷¹, en la que hace referencia a la aplicación de la teoría de los juegos, para explicar que numerosas veces la búsqueda de la solución individual frente a la existencia de una colectividad de sujetos involucrados, no suele ser el mejor recurso, para encontrar la satisfacción en beneficio de todos los interesados⁴⁷².

⁴⁷⁰ ROSSI, A. F., *La quiebra y la justicia distributiva*, E.D. 64-601 (1976), pág. 604 a 605; la itálica se encuentra en el original), cit. por CIANCIARDO, Juan, *Derecho Constitucional de emergencia y justicia. Interpretación por analogía*, L.L. 27/01/2005, 1 - 28/01/2005, 1.

⁴⁷¹ CNCom., “Sacu S.A.”, J.A. 2006-III-115 y Lexis N.º 35003435.

⁴⁷² Cfr. CNCom., “Sacu S.A. s. Acuerdo Preventivo Extrajudicial s. Apelación”, J.A. 2006-III-115 y Lexis N.º 35003435. «Permítaseme contar una historia utilizada por la teoría de los juegos: En cierta ocasión, la policía detuvo a dos ladrones sospechosos de haber robado en un Banco. Fueron encerrados en celdas separadas y sin posible contacto entre sí. Como no existían pruebas suficientes de la participación de cada uno de ellos en el robo, aunque había bastantes para condenarlos a un año de prisión, se les hizo la siguiente proposición: “Si confiesas te verás libre de castigo y tu colega será condenado a diez años de prisión. Pero si ambos confesáis, seréis condenados a seis años cada uno”. En estas circunstancias, cada ladrón tiene incentivos para confesar con la esperanza de verse librado al año de prisión y considerando que si él no confiesa y el otro confiesa, será condenado a diez años. Sin embargo, ambos sujetos, en busca de la mejor solución individual (ningún año de prisión) serán condenados a seis años de prisión (porque ambos confesarán). Joaquín BISBAL MÉNDEZ, “La empresa en crisis y el Derecho de quiebras [Una aproximación económica y jurídica a los procedimientos de conservación de la empresa]”, Publicación del Real Colegio de España, (1986), Bolonia, pág. 60. En el ámbito de la teoría de los juegos, el llamado “dilema del prisionero” ha sido utilizado para ilustrar aquellos problemas en los que la búsqueda de la mejor solución individual comporta la aparición de una situación colectiva no óptima. La conclusión de estos dilemas sociales es que el Estado debe incentivar la solución óptima. Si el Estado fracasa en este intento, los particulares arrojados a una carrera de maximizar el beneficio individual, se hallarán en una situación no deseada por ninguna» (para otras presentaciones del dilema del prisionero, ver Anatol Rapoport y Albert M. Chammat, “*Prisoner's dilemma*”,

También es cierto, que el mismo derecho de quiebras puede llegar al punto de «convertirse en instrumento de injusticia, sobre todo, por obra del mismo fallido. Porque es ciertamente posible, y en algunas partes no infrecuente, que alguien que podría pagar sus deudas justas si quisiera, elija en cambio verlas canceladas por la quiebra, sometiéndose a una incomodidad transitoria en aras de una futura libertad respecto de las dificultades financieras, una libertad que su propia acción puede denegar a sus frustrados acreedores (...) Ningún sistema de derecho puede asegurar la justicia si sus mismos súbditos, para no hablar de sus funcionarios, son indiferentes a la justicia»⁴⁷³.

La búsqueda del bien común es la búsqueda de un objetivo alcanzable de una vez por todas⁴⁷⁴, y es el Estado quien a través de la manda constitucional debe incentivar la solución óptima. Si el Estado fracasa en este intento, los particulares en un intento desesperado de lograr el mejor beneficio individual, se encontrarán en una situación no querida por quien se precie de respetar “valores”, permitiendo que unos pocos se vean favorecidos, simplemente por el hecho de haber llegado primero.

La Corte Suprema, ha establecido la prioridad de la normativa concursal y sus principios respecto del resto de los ordenamientos⁴⁷⁵, por lo que la ley concursal debe prevalecer en su aplicación ya que resulta comprensiva de un número mayor de principios protectorios al poseer mayor capacidad para superar las antinomias que se presentan.

§ 11. COLISIÓN ENTRE NORMAS FUNDAMENTALES

Algunas veces, los criterios tradicionalmente utilizados para resolver las antinomias que se presentan entre conflictos de leyes, requieren apelar a ciertos procedimientos, siguiendo una escala, a veces jerárquica y otras

University of Michigan Press, Ann Arbor, 1965; Robert L. Birmingham, “*Legal and Moral Duty in Game Theory: Common Law Contract and Chinese Analogies*”, Buffalo L. Rev., vol. 18, 1969, pág. 99); CNCom., “*Sacu S.A.*”, J.A. 2006-III-115 y Lexis n.º 35003435, consid. 4 del dictamen de la Fiscal de Cámara, Alejandra GILS GARBÓ.

⁴⁷³ Cfr. FINNIS, *op. cit.*, pág. 219.

⁴⁷⁴ Cfr. *idem*, pág. 221.

⁴⁷⁵ C.S.J.N., “*Banco Nación Argentina c. Rodríguez, José y otro s/demanda ejecutiva*”, Fallos 310:2674 (1987).

temporal. Así, por ejemplo, cuando se apela al principio de la *lex specialis*: la norma especial prevalece sobre la general⁴⁷⁶, el que junto con el de jerarquía (*lex superior derogat legi inferiori*) y el de temporalidad de las normas (*lex posterior derogat legi priori*) integran el conjunto de disposiciones del ordenamiento jurídico.

No obstante, existen supuestos en los cuales se presenta conflicto o colisión de normas. Por ejemplo: la situación que se presenta entre la aplicación de la ley de concursos y la ley de contrato de trabajo en relación a la irrenunciabilidad de los derechos de los trabajadores. Aquí se presenta para el jurista un verdadero desafío teleológico, esto es, dar prioridad a la ley concursal o las normas que regulan el contrato de trabajo.

En principio, ambas normas poseen carácter de orden público, empero, la normativa concursal posee mayor entidad por ser comprensiva de una mayor cantidad de intereses en juego, *i. e.*: interés del deudor, interés del concurso, interés de los acreedores, etc. (sobre esto volveré en el Capítulo IX).

Cuando se presentan antinomias acerca de cual es la ley que posee mayor peso, se debe buscar cual ha sido la *voluntas legis* para determinar mediante un razonamiento lógico, cual es la norma especial que debe ser desechada y cual, la que debe ser aplicada. De esta manera, podrán complementarse ambos regímenes sin tener que declarar la invalidez de alguno de ellos, aplicando el principio que posea mayor jerarquía.

§ 12. JURISPRUDENCIA Y PRINCIPIOS

Muchas veces, el intérprete se encuentra atrapado en los muros que la ley le impone sin poder apartarse de ella, por lo que la solución que pueda encontrar para resolver el *casus* puede llegar a ser conforme a derecho, aunque injusta.

Una palmaria característica de nuestra época es que el examen de los problemas jurídicos se confía cada vez más a especialistas, quienes se ven compelidos «a levantar los principios efectivos de su materia al margen de las fosilizadas figuras de la ley. Sólo con laxitud los puede hacer

⁴⁷⁶ Cfr. GUIBOURG, Ricardo, *Pensar en las normas*, ed. Eudeba, Bs. As., (1999), pág. 137.



encajar en el sistema de éstas. Pero, cuanto más nos distanciamos del *mos geometricus*, que a pesar de todo constituye la base de nuestra técnica codificadora, tanto más clara se hace la crisis de nuestra teoría de las fuentes del derecho. Para ésta, es particularmente instructivo el fenómeno de la moderna jurisprudencia de principios, que conviene no silenciar por más tiempo. En los puntos candentes de nuestro tráfico jurídico, los frutos que ha dado la jurisprudencia en sus “pensamientos jurídicos” se han convertido en fuente de derecho»⁴⁷⁷.

Frente a este problema aparece cada vez con mayor vigor, la jurisprudencia de principios, esto es, una concepción que tiende a una fundamentación directa de las sentencias a partir de principios jurídicos generales, apartándose de la idea de completitud de la ley, sea por causa de insuficiencia o como consecuencia de valoraciones y concepciones totalmente nuevas.

La fuerza de convicción de una sentencia surge cuando ella encuentra apoyo en una norma general en que subsumirse, ganando así validez lógica y además cuando ella concuerda con las valoraciones vigentes. En otras palabras: no basta que la sentencia sea lógicamente impecable. Debe también realizar positivamente los valores jurídicos. Para que una sentencia tenga fuerza de convicción, ella debe convencer a los demás. Y a los demás se los convence cuando se procede con justicia⁴⁷⁸.

La misión judicial no se agota con la remisión a la letra de los textos legales, sino que requiere del jurista la búsqueda de la significación jurídica o de los preceptos aplicables que consagre la versión técnicamente elaborada y adecuada a su espíritu, debiendo desecharse las soluciones notoriamente injustas que no se avienen con el fin propio de la investiga-

⁴⁷⁷ ESSER, *op. cit.*, pág. 11.

⁴⁷⁸ Es COSSIO quien introduce el tema de la objetividad al comentar que «los valores siendo individuales, no tienen otra garantía contra lo arbitrario y personal que regirse por valores objetivos. A su vez, la posibilidad de la objetividad radica, de acuerdo con HUSSERL, en que la vivencia cognoscente se constituya, no sobre un yo como sujeto, sino sobre un nosotros como sujeto. Sin embargo, en el ámbito de la ciencia no basta atenemos a la intersubjetividad empírica, que ya es una realización, acaso deficiente, de aquella intersubjetividad trascendental. Esta intersubjetividad del conocimiento axiológico se da preclaramente entre los juristas si es cierto, como lo creemos, el dicho de SAVIGNY de que el auténtico jurista tiene una especial sensibilidad vocacional para lo jurídico». COSSIO, Carlos, *Teoría de la verdad jurídica*, Bs. As., (1954), pág. 246; CUETO RÚA, *op. cit.*, pág. 19.

ción judicial de determinar los principios acertados para el reconocimiento de los derechos⁴⁷⁹.

Cada vez se hace más visible, corroborar la existencia de situaciones que se presentan diariamente en las que la ley se revela insuficiente para solucionar los problemas que la vida real exige de los juristas, por lo que recurrir a la jurisprudencia que los principios van elaborando representa una forma de encontrar remedios a problemas que, de otra forma, colisionarían con las normas. Los principios superan a las normas por su amplitud y permanencia⁴⁸⁰ y, esta es la utilidad que tienen para el derecho concursal.

§ 13. PAPEL DE LA JURISPRUDENCIA DE PRINCIPIOS EN MATERIA CONCURSAL

Existe una cierta propensión a la aplicación de principios jurídicos que otrora resultaban impensados, sobre todo, en materias a las que a veces se considera que tienen capacidad jurígena para resolver todos los problemas que se puedan presentar, como sucede con la legislación de quiebras.

Cuando el operador –en especial: el juez– apela a utilizar principios tales como: conservación de la empresa, universalidad, orden público o igualdad para justificar una decisión, normalmente recurre a disposiciones que exceden las que se encuentran contenidas en las normas deónticas.

Conforme surge del art. 1071 del Código Civil: “...la ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considerará tal al que contraría los fines que aquélla tuvo en mira al reconocerlos o al que exceda los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres”. Por lo tanto, existe un límite en la aplicación del derecho y es que el juez

⁴⁷⁹ Cfr. C.S.J.N., “Romero S.A. s/quiebra s/inc. de rev. por: Fisco Nacional D.G.I.”, voto del Dr. Juan Carlos MAQUEDA, consid. 8, cit. Fallos 253:267, entre otros, laleyonline AR/JUR/10206/2006.

⁴⁸⁰ Cfr. DE PAGE, Henri, *Traité élémentaire de droit civil belge*, (3ª edición), Bruylant, Bruxelles, (1962), t. I, pág. 304, n.º 211.

puede apartarse de la norma, cuando la aplicación de la misma permita arribar a una solución injusta.

Estas consideraciones acerca de los principios y la ventaja de recurrir a éstos, se concreta a partir de los pronunciamientos judiciales que les terminan dando reconocimiento y validez. Así por ej. cuando el juez recurre al principio de razonabilidad para equilibrar y fijar el límite máximo de intereses que puede percibir el fisco en el marco de un concurso preventivo⁴⁸¹ o, cuando recurre al principio de especialidad para dirimir un conflicto negativo de competencia planteado entre un juez comercial y uno laboral a los fines de que la causa prosiga ante este último fuero⁴⁸² o, en los casos en que se tuvo que recurrir a los principios de igualdad, concurrencia y legalidad para justificar una decisión en la que se pretendía la verificación de un crédito en moneda extranjera⁴⁸³ o, cuando se acude al principio de conservación de la empresa, fuente de trabajo y preservación de una unidad productiva para justificar la aprobación de una propuesta de acuerdo⁴⁸⁴, entre otros.

De los precedentes, brevemente reseñados, se desprende la importancia que va cobrando la jurisprudencia de principios en materia concursal para la solución de antinomias, por lo que admitir la jerarquía que poseen en la teoría de la interpretación, no es una mera elaboración dialéctica.

Tal como lo ha razonado el máximo tribunal nacional acerca de que la primera fuente hermenéutica de la ley, es su letra⁴⁸⁵—en los tiempos actuales—, la misma no representa el instrumento que permite la resolución de todos los conflictos de intereses. Es por el contrario fuente de grandes controversias. De allí, la importancia que poseen las otras fuentes del de-

⁴⁸¹ Cfr. CNCom., sala B, “Su Taxi S.A. s/conc. prev. s/inc. de rev. (por AFIP-DGI)”, L.L. AR/JUR/21564/2010.

⁴⁸² Cfr. “Industrias Químicas Carbinol S.A.C.I.F. s/ concurso preventivo s/ incidente de verificación de crédito por Soria, Francisco, elDial.com - AA4071, 25/06/2007.

⁴⁸³ Cfr. CNCom., sala A, “Weben S.A. s/concurso preventivo s/Incidente p/Logro Máquinas Gráficas S.R.L.”, J.A. 2008-IV-85.

⁴⁸⁴ Cfr. Juzg. Nac. 1ª Inst. Civ. y Com. N.º 16, “Telearte S.A. Empresa de Radio y Televisión s/conc. prev.”, L.L. 2006-C-367.

⁴⁸⁵ C.S.J.N., “Reig Vázquez Ger y Asociados c. Municipalidad de la Ciudad de Bs. As.” Magistrados: Levene, Fayt, Barra. Voto: Belluscio, Petracchi. Disidencia: Cavagna Martinez, Nazareno, Moliné O'Connor. R. 164. XXII, 14/05/91, Fallos 314:458.

recho como: la doctrina, la costumbre (en especial la comercial), la jurisprudencia, la analogía y los principios para la solución, sobre todo, de casos difíciles. La tarea interpretativa exige de los operadores jurídicos enormes esfuerzos para acercar la justicia al caso concreto, toda vez que existen vacíos que la ley no puede cobijar.

El derecho concursal ha exigido del intérprete grandes arrojados de erudición para desentrañar la verdadera intención del legislador. Prueba de ello, son los conflictos generados acerca de ciertos institutos del régimen de quiebras como por ej. el fuero de atracción, la conversión, el salvataje y la continuación de la explotación en la quiebra, por sólo nombrar alguno de ellos. Por lo que, recurrir a los principios –en especial, a la jurisprudencia elaborada por los tribunales– consolida la excelsa virtud de hacer justicia.

SEGUNDA PARTE

**LOS PRINCIPIOS
DEL DERECHO CONCURSAL:
ESTUDIO HISTÓRICO
Y DE DERECHO COMPARADO**

CAPÍTULO IV

ORIGEN Y EVOLUCIÓN DE LOS PRINCIPIOS EN EL DERECHO CONCURSAL COMPARADO

§ 1. ANTECEDENTES Y DESARROLLO DE LOS PRINCIPIOS. DEL INTERÉS POR LA PERSONA AL INTERÉS POR LOS BIENES

El presente acápite tiene por objeto efectuar un análisis histórico acerca de la evolución de algunos institutos de importancia en los antecedentes de la legislación concursal, en aras de brindar un pormenorizado detalle de la evolución del derecho falimentario desde sus albores hasta nuestros días, particularmente, en lo que resulta materia de investigación de este trabajo, a los *principles* que inspiraron el procedimiento colectivo, tal cual lo tenemos hoy incorporado a nuestro sistema legal.

Debe señalarse que, hoy por hoy, todas las legislaciones admiten un procedimiento colectivo para el deudor *in malis*, tendiente a que éste pueda satisfacer los intereses de una comunidad de sujetos. Si bien es cierto que el mismo puede diferir en cada país, de acuerdo con el sistema (derecho codificado o *common law*) o bien conforme al sistema económico (libre mercado o cerrado), en esencia, las diferentes modalidades que puede presentar el tratamiento de la insolvencia, tiende a proteger la igualdad de trato de los *creditors*.

Desde el derecho romano hasta nuestros días, el derecho concursal ha evolucionado desde aquellos tiempos en que disponer de la persona del deudor –*en partem corporis*– era la forma en que los acreedores podían ver satisfechas sus pretensiones, hasta los actuales procedimientos que en aras de la protección del crédito, del interés de los trabajadores y de la conservación de la empresa admiten diversas soluciones, como alternativas a la única históricamente admitida, la de la liquidación del pa-

trimonio y la posterior distribución del dividendo concursal como procedimiento tradicional.

Otra particularidad que ha evolucionado en el derecho de falencias, fue el relativo a los sujetos susceptibles de iniciar un trámite de quiebra. Originariamente, únicamente una persona física podía encontrarse en estado de insolvencia, lo cual fue progresando, hasta admitir el patrimonio del *de cuius* e incluso el de la sociedad. Sobre este aspecto, FERNANDEZ afirma que el tratamiento diferenciado comenzó probablemente con el derecho estatutario, cuya legislación de quiebras tuvo en vista principalmente al comercio⁴⁸⁶, siendo la quiebra una institución mercantil en razón de la expansión de las transacciones comerciales «y la preponderancia de los comerciantes en la administración y gobierno de las repúblicas italianas, y sólo excepcionalmente se aplicaría a los civiles»⁴⁸⁷.

Con la evolución del derecho y el auge del comercio, el procedimiento falimentario se fue morigerando, suprimiéndose la pena de muerte del fallido fraudulento, permitiendo el arreglo con los acreedores del deudor de buena fe, quedando liberado de los saldos insolutos en caso de llegar a la liquidación de los bienes, posición ésta indudablemente beneficiosa frente a la del deudor no comerciante, que no se liberaba hasta el pago íntegro y que estaba sujeto a la prisión por deudas⁴⁸⁸.

Estas diversas formas de ver la quiebra a lo largo de la historia permiten conocer su evolución no solamente desde el plano puramente legislativo sino, esencialmente, y en lo que concierne a este trabajo, a los principios que inspiraron la legislación falimentaria, desde sus comienzos hasta nuestros días y cuyo estudio se abordará en los párrafos siguientes.

Es por ello, que el presente trabajo no tiene por objeto proseguir con aquella «recordada monografía que se encuentra en los tratados y manuales clásicos, en relación a la clasificación de THALLER en lo que denomina grupos latino, germánico y anglosajón de las quiebras»⁴⁸⁹ y que la

⁴⁸⁶ Cfr. FERNÁNDEZ, Raymundo L. *Fundamentos de la Quiebra*. ed. Compañía Impresora Argentina, Bs. As., (1937), pág. 46, nota 32.

⁴⁸⁷ *Idem*, pág. 47, nota 32.

⁴⁸⁸ Cfr. *ibidem*.

⁴⁸⁹ THALLER, Edmond, *Des faillités en droit comparé avec une étude sur le règlement des faillités en droit international*, Arthur Rousseau, Paris, (1887), pág. 250 y sigtes.; ARGERI, Saúl A., *La quiebra y demás procesos concursales*, ed. Platense, La Plata, (1972), t. I, pág. 38, resume acertadamente estas clasificaciones, expresando el espíritu que esgrimen: “a) Latino: los deudores

doctrina, posteriormente, fue matizando según distintas ópticas de análisis: así, se tomó en cuenta el carácter “publicístico” o “privatístico”⁴⁹⁰ de la legislación, los *sujetos* a los cuales alcanzaban las distintas clases de concursos⁴⁹¹, o bien, los presupuestos objetivos tomados en cuenta⁴⁹², entre otras elencaciones⁴⁹³; sino esencialmente, cuál es el verdadero espíritu

no comerciantes quedan excluidos de la quiebra; las incapacidades decretadas como consecuencia de su declaración subsisten luego de la clausura del proceso, requiriéndose el trámite de la rehabilitación para hacer cesar sus efectos; el deudor responde con su patrimonio, tanto respecto a los bienes que lo integraban al día de la declaración de quiebra, como a los que ingresen con posterioridad hasta su rehabilitación. b) Anglo-sajón: el proceso, que deriva de leyes escritas, no del common law, se asemeja en ciertos aspectos al grupo germánico; se aplica a comerciantes y no comerciantes bajo contralor estatal administrativo, el cual viene encargado de recaudar el producido de la venta de los bienes del deudor, depositándolos en el Banco de Inglaterra y fiscalizando las operaciones que realiza el síndico, a cuyo nombre pasa la propiedad de los bienes del fallido. Este procedimiento viene precedido de un trámite previo de solución: asegurados los bienes y sujetos a una administración conservatoria, los acreedores, en asamblea, resuelven: un arreglo liquidatorio amigable (scheme of arrangement) o un convenio (composition) que resuelve y evita la quiebra. c) Germánico: el procedimiento de concurso se aplica al comerciante y al no comerciante; se distingue, además, del grupo latino, en que los efectos sobre la persona del fallido en calidad de sanción de orden profesional cesan luego de la declaración de quiebra; las de orden político, finalizado el proceso; y la responsabilidad patrimonial del fallido se agota en los bienes existentes al momento de la declaración de quiebra. A estas categorías de leyes suele agregarse el sistema suizo: incluye a los comerciantes y a los no comerciantes cuanto estos últimos se inscriben en el Registro Público de Comercio”. Esta distinción es frecuentemente seguida por abundante doctrina; véase PROVINCIALI, Renzo, *Trattato di Diritto Fallimentare*, Giuffrè Editore, Milán, (1974), t. I, pág. 69 y sigtes. y sus citas; cit. por ALEGRÍA, Héctor, *Perfiles actuales del derecho concursal*, L.L. 2005-F-1244.

⁴⁹⁰ Ver RAMIREZ, José A., *La quiebra. Derecho concursal español*, 2ª edic., puesta al día por J. Ma. CAMINALS y F. CLAVE, ed. Bosch, Barcelona (1998) t. I, pág. 66.

⁴⁹¹ RAMIREZ, *op. cit.*, pág. 104 y ss.; FERNANDEZ, *op. cit.*, pág. 57 y ss. y 183 y 184.

⁴⁹² FERNANDEZ, *op. cit.*, pág. 234.

⁴⁹³ FONT GALAN, Juan Ignacio; MIRANDA SERRANO, Luis María; PAGADOR LÓPEZ, Javier y VELA TORRES, Pedro José, *Derecho concursal y constitución económica. Sobre la constitucionalidad y régimen del cierre judicial de la empresa y de otras cuestiones concursales en “Estudios sobre la Ley Concursal. Libro en homenaje a Manuel Olivencia”*, Unicaja - Marcial Pons - Caja Sur, Madrid, (2004) t. I, pág. 179, quienes al analizar las “políticas jurídicas y modelos normativos de concursos” (195 y sig.) estudian la concepción liberal o de mercado frente a la social o socializante para luego estudiar su empatía constitucional. Véase autores citados en las notas anteriores, donde ARGERÍ, *op. cit.*, pág. 38, nota 77 menciona una interesante clasificación de Agustín M. MATIENZO, “Curso de quiebras”, v. 1, pág. 21, “toma en consideración: la extensión de las normas (comerciantes; comunes a comerciantes y civiles; distinta apertura para civiles; sistema intermedio); el procedimiento aplicable (con concordato preventivo; sin concordato preventivo; con liquidación judicial), y las incapacidades sobrevinientes (políticas y profesionales)”; cit. por ALEGRÍA, *op. cit.*, pág. 1244.

que inspira el derecho falimentario y cuáles son los valores tutelables, para así poder deducir, cuáles son las soluciones alcanzables.

§ 2. DERECHO ROMANO

Desde antiguo, fue admitido que cuando el deudor no abonaba lo que debía, sus acreedores podían reducirlo a esclavitud y tomar sus bienes. «La ley de las XII Tablas permitía a los acreedores, por medio del procedimiento de la *manus iniectio*⁴⁹⁴, apoderarse del deudor *–partem corporis*

⁴⁹⁴ *Manus iniectio*: Una de las cinco *legis actiones* o *quinque genera agendi*. Era un procedimiento por el cual el acreedor se apoderaba ante el magistrado, del deudor, y si éste no cumplía inmediatamente su obligación o presentaba un fiador (*vindex*: garante), se lo llevaba a su casa, teniéndolo prisionero en ella durante sesenta días, al cabo de los cuales, si todavía no hubiese satisfecho su deuda, podía matarlo o venderlo *trans Tiberim* como esclavo. Al comienzo sirvió sólo para reclamar el cumplimiento de aquellas obligaciones en las cuales se otorgaba al acreedor, por ejemplo, tratándose de una deuda confesada; establecidas otras *legis actiones* para reclamar y declarar el cumplimiento de las obligaciones, la *manus iniectio*, sin dejar de poder dar lugar a un pleito (como ocurría cuando el *vindex* negaba la legitimidad del empleo de ella), llegó a ser un procedimiento de ejecución de la sentencia ya pronunciada. La aprehensión corporal estaba permitida por el antiguo Derecho en múltiples casos, sin necesidad de que se hiciera en presencia de la autoridad: tal ocurría tratándose del padre con respecto al hijo sujeto a su potestad, del dueño con respecto al esclavo, y de cualquier ciudadano con respecto a otro que, llamado al tribunal por aquel *in jus vocatus* (llamado por Derecho), no quería presentarse, y aun puede verse el origen de la *legis actio per manus iniectioem* en el período en que a la organización judicial precedió un procedimiento extrajudicial, en el que, un hombre ofendido por otro, se apoderaba de éste por la fuerza para castigarle por sí, viéndose solamente obligado a detenerse cuando intervenía un tercero a favor del más débil. En un principio la *manus iniectio* se concedía: 1) Sin necesidad de juicio previo, tratándose de deudas en dinero confesadas, en virtud del *nexum* o del legado *per damnationem* (por condena). 2) En virtud de otra *legis actio* si hubiese sentencia que el deudor no cumplió (*manus iniectio iudicati*). 3) *Manus iniectio pro iudicato* hecha como si hubiese existido juicio, por virtud de haberse asimilado gran número de casos al de una condena judicial. Tales fueron: el de la ley pública, que dio al sponsor una *manus iniectio* de este género contra el deudor principal; el de la ley Furia de *sponsu*, que concedió contra el acreedor al sponsor y al *fidei promissor* de Italia que le hubieran pagado más que de su parte de deuda, y aquel a que se refiere la inscripción de Tito Lucrecio Caro (99-55), que habla de una *manus iniectio pro iudicato* popular, establecida a incitación del Derecho vigente en Roma, contra el que depositase inmundicias, llevase un cadáver o hiciese un sacrificio funerario en un bosque sagrado, para exigirle una multa. En la fórmula que el acreedor pronunciaba en esta *manus iniectio*, en vez de decir, *quod tu mihi iudicatus sive damnatus es*, expresaba la causa y añadía: *ob eam rem ego tibi pro iudicato manum iniectio*. Por lo demás, en nada difería de la *manus iniectio iudicati*. 4) *Manus iniectio* pura, permitida igualmente sin necesidad de sentencia previa, pero en la cual el deudor tenía la facultad de ser *vindex* de sí mismo, oponiéndose al acto por sí propio (*manum sibi depellere et pro se lege ag-*

eius prendebat, manum iniiciebat– para reducirlo a esclavitud. El deudor vendido como esclavo, era adquirido junto con su patrimonio, quien quedaba sometido a servidumbre por parte del acreedor. La *manus iniectio* – a través de la acción ejecutiva de la *legis actio per manus iniectioem*⁴⁹⁵– conducía, pues, indirectamente a una venta del patrimonio, cuyo precio se repartía, proporcionalmente, entre los acreedores»⁴⁹⁶.

Con el advenimiento del procedimiento de la *missio in possessionem*, la institución entró en la segunda fase de su desarrollo. Los acreedores, sin necesidad de apoderarse del cuerpo del deudor, podían aprehender directamente sus bienes. La *missio in possessionem* era pronunciada a pedido de un acreedor; pero no en provecho exclusivo de éste, sino en beneficio de los demás acreedores que se unieran al procedimiento⁴⁹⁷. Se advierte aquí, un avance en cuanto al tratamiento de las obligaciones del deudor, no ya frente a un solo acreedor, sino de una pluralidad de *accipiens*.

ere licebat), incurriendo, como el *vindex*, en la pena del duplo si no resultaba vencedor. Esta clase de *manus iniectio* se llamaba pura, porque en ella el acreedor sólo decía, después de haber enunciado la causa, *ob eam rem ego tibi manum iniicio*, sin añadir *pro iudicato*. Representa una considerable atenuación del carácter de la *manus iniectio*, pues convirtió a esta frecuentemente en introducción de un pleito, ya que podía suscitarse por el demandado la cuestión de si existía o no el crédito, cuestión que debía resolver el mismo magistrado, dando en su consecuencia lugar o no al procedimiento ejecutivo. Una ley Vallia de mediados del siglo VI y primer tercio del VII de Roma, transformó en puras todas las *manus iniectioes*, salvo en caso de *iudicatum* y de *depensum*, con lo cual la atenuación adquirió mayor amplitud, sin suprimir por ello las ventajas de los acreedores, que podían recurrir a la *manus iniectio* sin necesidad de pleito previo en los casos para los que se concedía, mientras que los acreedores, a los que las leyes no otorgaban *manus iniectio*, ni *pignoris capio*, debían ejercitar otra *legis actio* antes de pedir ejecución. Vocabulario jurídico latino, disponible en la *world wide web*: <http://www.ucsm.edu.pe/rabarcaf/vojula04.htm>, (acceso del 22-08-07).

⁴⁹⁵ El procedimiento de la *manus iniectio*, al principio, se aplicaba a dos situaciones procesales: la del *iudicatus*, es decir, la del demandado que, habiendo negado el Derecho del actor, era condenado por el juez y la del *confessus*, que era el demandado que había reconocido la pretensión del demandante mediante confesión expresa (...). En el proceso de la *legis acciones* la sentencia sólo podía contener la condena o la absolución del demandado. Si había condena, tratándose de *actiiones in rem*, parece que la ejecución de la sentencia se garantizaba por medio de fiadores (*paredes*), que al comienzo del proceso se constituían en responsables de la restitución de las cosas y sus frutos. ARGÜELLO, Luis Rodolfo, *Manual de Derecho Romano. Historia e instituciones*, 2da. ed., Astrea, Bs. As., (1981), pág. 514.

⁴⁹⁶ PARRY, R y PARRY, A. E., *El concurso civil de acreedores*, ed. Plus Ultra, (1967), t. I, pág. 33.

⁴⁹⁷ Cfr. *ibidem*.

Lentamente y con el transcurso del tiempo, la severidad de la ejecución personal fue paulatinamente mitigándose. Quizás, fue importante en tal evolución la *lex Poetelia Papiria*, probablemente del año 326 A.C.⁴⁹⁸. Con ella, mejoró la situación del deudor en el sentido de que éste quedaba obligado a resarcir al acreedor con su trabajo pero sin tener que permanecer encadenado o encarcelado⁴⁹⁹.

Posteriormente, el derecho pretoriano permitió, después, la elección de un *magister*⁵⁰⁰ designado por los mismos *accipiens*, a fin de que mediante un precio que se repartía entre ellos proporcionalmente, adjudicara la fortuna del insolvente a un *bonorum emptor*, verdadero sucesor universal quien administraba los bienes en beneficio de los acreedores.

El procedimiento de ejecución personal y patrimonial del derecho clásico, que tendían a obtener satisfacción por obra del mismo deudor o de un tercero, o sea por medios coercitivos de la voluntad, eran procedimientos inclementes que producían, normalmente, efectos sobre la persona del deudor. El procedimiento patrimonial de la *bonorum venditio*, con la ficción de fallecimiento que importaba y la apertura de la sucesión a

⁴⁹⁸ Cfr. VARRÓN, *De lingua latina* 7,105; LIVIO 8,28,8; CICERÓN, *de rep.* 2,34,59; VALERIO MAXIMO 6,1,19.

⁴⁹⁹ Cfr. SOZA RIED, María de los Angeles, *El procedimiento concursal del Derecho romano clásico y algunas de sus repercusiones en el actual Derecho de quiebras*, Rev. estud. hist.-jurid. [online] (1998), n.º 20, pág. 13-34. Disponible en la *world wide web*: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S071654551998000200001&lng=es&nr_m=iso. ISSN 0716-5455 (acceso del 23-08-07).

⁵⁰⁰ El *magister* se encargaba de preparar la *bonorum venditio*, para lo cual confeccionaba un inventario y una *lex venditionis* donde aparecían las condiciones generales de la venta. Sus funciones más importantes eran: a) la realización de la *bonorum venditio* propiamente tal, que, como sabemos, tenía lugar bajo la forma de una pública subasta, y en donde el *magister* actuaba como mandatario de los acreedores que le habían elegido; b) el cobro del precio ofrecido por el mejor postor, y; c) el reparto proporcional del precio obtenido entre los acreedores. Si las deudas no quedaban satisfechas con los resultados de la venta, los acreedores podían exigir los créditos residuales al deudor, hasta lograr satisfacerse plenamente, de lo cual se deduce la finalidad de pago - no de sustitución de un sujeto por otro a través de la figura de la *successio*- que tenía el procedimiento concursal clásico: es el patrimonio de un determinado deudor el que responde. En efecto, el adjudicatario de ese patrimonio, que recibe el nombre de *bonorum emptor*, no es realmente un *successor*, sino, como su nombre lo indica, el comprador de un patrimonio, de unos *bona*. Y, en esa calidad, no asume las deudas del deudor concursado; su única obligación es la de pagar, por los bienes comprados, un precio, que se reparte entre los acreedores. Después de cumplir con su obligación, se desentiende de complicaciones futuras. Cfr. SOZA RIED, *op. cit.*

favor del *bonorum emptor*, traía consigo la infamia que colocaba al deudor en una condición de inferioridad moral y jurídica⁵⁰¹.

Para comprender este nuevo procedimiento, basado en la jurisdicción pretoria, existían ciertas causas edictales que permitían iniciarlo, a saber: a) condena, y por asimilación, *confessio in iure*; b) cesión de bienes; c) ocultamiento (*latitatio*); d) herencia vacante; e) indefensión. El embargo de los bienes del *solvens* podía ser solicitado por cualquiera de los *accipiens* que pueda alegar una de estas causas, pero tenía como es dable suponer un efecto eminentemente colectivo. Una vez iniciado el procedimiento por el acreedor, a éste se sumaban todos los acreedores interesados, tengan o no títulos ejecutivos. Únicamente podían estar excluidos de la posibilidad de solicitar y de participar, los acreedores a plazo, o bajo condición. Los acreedores que contaban con garantías reales, tenían a su favor un régimen separado y más seguro para obtener la satisfacción de sus pretensiones creditorias⁵⁰².

Las acciones por parte de él o los acreedores podían consistir en el embargo de bienes del deudor, lo que configura el primigenio mecanismo de la autotutela, ya que son los propios titulares del derecho de crédito lesionado por el incumplimiento del deudor, esto es, los acreedores, quienes asumen la protección de su derecho, decidiendo la forma de lograr la satisfacción de su pretensión. En el régimen protectorio (embargo), ingresaban todos los bienes del deudor; y así los bienes que se encontraban materialmente en su poder por ser depositario, comodatario o arrendatario, o los que recibió en prenda, o incluso los que ha dado en prenda o sobre los que ha constituido hipoteca, quedaban al margen de la *missio*. Los acreedores, luego de ordenado el embargo de los bienes del deudor, se encontraban facultados para vender el producido de los bienes o inclusive, disponer su arriendo, pero éstos no pasaban a ser titulares de los mismos, sino que trataban de impedir, mediante la administración durante el procedimiento, la disminución de su valor. Dentro de las facultades conferidas por el ordenamiento, también se encontraban la de requerir y revisar documentos contables del deudor pudiendo, inclusive, elaborar un inventario.

⁵⁰¹ PARRY y PARRY, *op. cit.*, t. I, pág. 34.

⁵⁰² Cfr. SOZA RIED, *op. cit.*

Por último, los acreedores se reunían a los efectos de designar al *magister*. En algunos casos se procedía a nombrar un curador, encargado de ejecutar aquellos actos que los acreedores no podían realizar como era el ejercicio de acciones que corrían peligro de perderse por el transcurso del tiempo⁵⁰³.

De acuerdo a los antecedentes históricos, la *manus iniectio* quedó sustituida por la *actio iudicati*, que al menos en el ámbito el *ius civile*, de todos modos, conducía a la ejecución personal, consistente en la obligación de satisfacer la deuda pendiente con su trabajo. En esta acción se daba posibilidad al demandado de oponerse a la ejecución; en caso de resultar vencido, debía sufrir una condena al *duplum*, y si se negaba a pagar, el pretor decretaba una *addictio* en favor del actor y el deudor era conducido por el acreedor quedando en la situación descripta⁵⁰⁴.

Gradualmente, las sanciones que pesaban sobre la persona del *cessatus* comenzaron a ser consideradas excesivas y, espontáneamente, surgieron iniciativas tendientes a suprimir los efectos personales de la ejecución, transformando el procedimiento patrimonial clásico en lo que hoy representa el proceso colectivo: una ejecución dirigida a obtener la mayor satisfacción posible por parte de los acreedores. El primer procedimiento propuesto fue la *cessio bonorum*, introducida por la *lex Julia*, que probablemente no era una ley especial, sino un capítulo de la ley judicial del año 737, mediante la cual el deudor podía evitar la ejecución personal y la afrenta inherente a la *bonorum venditio*, poniendo sus bienes a disposición de los acreedores (*cessio bonorum*)⁵⁰⁵.

Con la *cessio*, el deudor sin perder la titularidad de los bienes, permitía que los acreedores puedan iniciar la venta de los bienes integrantes del patrimonio, sin necesidad de resolución alguna por parte del *iudex* para que los acreedores entraran en posesión de los bienes, «con los efectos inherentes a tal posesión: la *custodia* y la *observatio* (...). La posesión dada a los acreedores garantizaba la conservación de la integridad del patrimonio hasta que llegara el momento de la venta; pero no restringía la

⁵⁰³ Cfr. *ibidem*.

⁵⁰⁴ Cfr. *ibidem*.

⁵⁰⁵ Cfr. PARRY y PARRY, *op. cit.*, t. I, pág. 34.

voluntad del deudor que había puesto su patrimonio a disposición de sus acreedores»⁵⁰⁶.

A través de la utilización de la figura de la *bonorum cessio*, el deudor lograba así evitar los efectos personales de su incumplimiento, ya que al efectuar un reconocimiento de su incapacidad de pago pero, concomitantemente, poner los bienes a disposición de los acreedores, se hacían inviables los medios coercitivos, destinados a obligarlo a pagar; encontrando algunos efectos similares a los que contempla nuestra actual legislación concursal, como por ejemplo: el deudor, no respondía con su persona por las deudas, y; no podía ser sometido nuevamente a ejecución, por deudas anteriores a producirse la *cessio bonorum*, sino en caso de adquisición de nuevos bienes de cierta importancia⁵⁰⁷; a los efectos de resguardar la intangibilidad del patrimonio del deudor. También se concedieron los interdictos *fraudatorium* y la *restitutio in integrum*: el primero obligaba al adquirente a restituir lo que hubiese recibido del deudor, presuponiendo la existencia de un *concilio fraudes*; mientras que el segundo, habilitaba al magistrado a anular las consecuencias del acto perjudicial, considerándolo como no acontecido, reponiendo las cosas a su estado anterior, antecedentes éstos, inmediatos, de la *actio pauliana*, que refundió los dos institutos anteriormente señalados⁵⁰⁸.

En base a los argumentos expuestos, puede concluirse válidamente que el derecho romano es considerado como el origen y la fuente del procedimiento de ejecución colectiva, aunque tal vez, no como el puntapié inicial del estado de insolvencia del deudor –presupuesto necesario para la apertura del concurso preventivo o declaración de quiebra–, sino como una mera consecuencia del incumplimiento de sus obligaciones⁵⁰⁹.

En el derecho romano y en general en la antigüedad, la cesación de pagos era entendida y relacionada con el mero incumplimiento de la obligación, independientemente del estado de insolvencia patrimonial en que se encontrara el deudor. Ésta, la insolvencia patrimonial, entendida como “el estado de impotencia para hacer frente a las obligaciones que gravan

⁵⁰⁶ *Idem*, t. I, pág. 35. La comilla inglesa no aparece en el original.

⁵⁰⁷ Cfr. *ibidem*.

⁵⁰⁸ Cfr. HEREDIA, Pablo, *Tratado exegético de Derecho concursal*, ed. Ábaco, Bs. As., (2000), t. I, pág. 37.

⁵⁰⁹ Cfr. FERNANDEZ, *op. cit.*, pág. 229.

el patrimonio del deudor”, comienza a surgir en el derecho estatutario de las repúblicas comerciales italianas (Génova, Venecia. Bolonia, Padua, Milán, Florencia, Brescia, etcétera)⁵¹⁰.

Se aprecia de esta forma, una lenta pero continua evolución del derecho falencial, desde una visión deshumanizada de la insolvencia –posibilidad de disponer de la persona del deudor–, hacia una mirada más piadosa del quebrado, donde la metamorfosis se dio por el pasaje de la acción personal a las acciones patrimoniales, como vía idónea para la satisfacción de los acreedores.

Además, es importante destacar la aparición de la figura del *magister*, quien distribuía entre los acreedores el precio obtenido en la realización de los bienes, antecedente remoto de nuestro actual sistema de liquidación (percepción a prorrata entre los acreedores cuando el activo es insuficiente) aunque, obviamente, no con las particularidades que actualmente presenta. De estos antecedentes puede extraerse el principio de universalidad del patrimonio, presupuesto necesario del procedimiento liquidativo.

Conforme señala HEREDIA, de la combinación de tres instituciones romanas como lo fueron la *datio in solutum per iudicem*, la *missio in rem possessionem* y *sequester*, surge el actual proceso falimentario que fue plasmado en el derecho mercantil de las ciudades italianas⁵¹¹.

§ 3. EDAD MEDIA Y MODERNA. DECOCTUS SEMPER CULPOSUS PRAESUMITUR, DONEC CONTRARIUM PROBETUR

Durante el período del derecho estatutario, surgieron dos posturas radicalmente divergentes: por un lado, aquella que profesaba el derecho romano, caracterizada por la intervención restringida por parte del magistrado, la que se conociera en nuestros días como procedimiento privatístico⁵¹² y, por otro, la del derecho aportado por los visigodos, con un tinte represivo, con mayor ingerencia del órgano judicial, al entender que el fa-

⁵¹⁰ Cfr. *ibidem*.

⁵¹¹ Cf. HEREDIA, *op. cit.*, t. I, pág. 39.

⁵¹² Cfr. ARGERI, Saúl A., *El Síndico en el Concurso de Quiebra*, ed. Ediciones Jurídicas, Bs. As., (1991), pág. 37.

llido al desatender sus compromisos inducía a presumir la existencia de una conducta fraudulenta, por lo que se hacía necesario la intervención del Estado, lo que fue denominado: régimen publicístico⁵¹³.

Cuando se produce la caída del Imperio Romano, desaparecen las instituciones que dieron vida a la ejecución colectiva, y los nuevos pueblos de conquistadores imponen un nuevo ordenamiento jurídico, impuesto por la autoridad pública, que habilitaba a la ejecución de los bienes del deudor. Mediante este procedimiento, el deudor renuente a cumplir lo convenido, soporta el secuestro de sus bienes a favor del Estado, el cual, luego de un año y un día confisca los bienes del deudor y con ellos paga a los acreedores pudiendo apropiarse del sobrante⁵¹⁴.

Se advierte de esta forma, la variedad de legislación imperante en esa época; cada una de las cuales regulaba el procedimiento de manera diferente. Con el transcurso del tiempo, la necesidad de garantizar los intereses del comercio y del crédito trajo en las ciudades italianas una más amplia regulación del procedimiento de quiebra⁵¹⁵.

Las notas sobresalientes de este período son: la aplicación del régimen común, esto es, tanto a civiles como a comerciantes (lo cual importó un significativo avance en la legislación de insolvencia); el deudor pierde la disposición de sus bienes con motivo de la declaración de bancarrota; los acreedores constituidos en asamblea asumen el trámite del procedimiento; por asamblea de acreedores se designa un administrador o procurador para que ejerza en su nombre las acciones de las que puede valerse como tal; la asamblea de acreedores verifica los créditos; el deudor queda sometido a penalidades de suma gravedad, es considerado delincuente y como tal, sufre las penalidades correspondientes: prisión, pérdida de la ciudadanía, torturas, etc.⁵¹⁶. Siguiendo la posición de ARBIT es en la Edad Media, el período en el que se introduce el criterio de la cesación de pagos para determinar la procedencia de la quiebra⁵¹⁷, y que se aplicó a todo deudor, cualquiera fuese la naturaleza de la obligación comprometida.

⁵¹³ Cfr. *ibidem*.

⁵¹⁴ Cfr. *ibidem*.

⁵¹⁵ Cfr. *idem*, pág. 38.

⁵¹⁶ Cfr. *ibidem*.

⁵¹⁷ Cfr. ARBIT, Saúl José, *Derecho Concursal*, ed. Quorum, Bs. As., (2007), t. I, pág. 35.

Con la expansión del comercio a través de la navegación, se fue diseminando paulatinamente el derecho estatutario por diversas regiones del viejo continente, originando lo que se denomina: “una especie de globalización parcial de las leyes en general”⁵¹⁸, en particular, de aquellas relacionadas con la actividad comercial.

Es en el medioevo, a través de la fusión de los sistemas romano (*obligatione*) y germánico (*executione*) donde aparecen los primeros antecedentes del régimen de quiebras, con los consabidos efectos personales que ello importaba para la persona del deudor⁵¹⁹. La generalidad de los autores, parten del estudio de los estatutos italianos. No cabe duda alguna, que el gran auge del comercio, su estratégica ubicación geográfica y crecimiento urbano, hizo nacer la necesidad de regular de forma sistemática la quiebra.

A fines de la Edad Media tanto el derecho común italiano cuanto el español, habían desarrollado completamente el instituto que nos ocupa modelándolo sobre bases muy semejantes. En el caso del régimen italiano, estaba permitida la cesión de bienes –beneficio instituido a favor del deudor de buena fe, comerciante o no– que, a través de esta forma de arreglo con los acreedores el deudor se libraba de la prisión aunque, no se eximía de otras vejaciones: debía comparecer ante el tribunal desnudo o cuasi desnudo y sentarse en la “piedra del vituperio”⁵²⁰; otras veces, era

⁵¹⁸ ANTONI PIOSSEK, Carlos Roberto y RODRÍGUEZ, Robinson, *La declaración de Quiebra sus efectos conexos*, ed. Lerner, Bs. As. (2003), pág. 45.

⁵¹⁹ Cfr. *idem*, pág. 39.

⁵²⁰ «Diversas regulaciones, tanto en Italia como en Francia, indicaban minuciosamente los pasos en que consistía el procedimiento de cesión de bienes: el deudor era conducido desde el palacio comunal hacia la plaza pública, habitualmente precedido por un trompetero y seguido por un cortejo de chiquillos que saltaban, gritaban y reían, agitando bolsas vacías, símbolo de pobreza. Cuando era inevitable, una jauría alborotada por el bullicio de los chicos lo acompañaba con sus ladridos. Así llegaba el deudor a la plaza donde los acreedores y la población curiosa, disfrutaban del espectáculo. Una vez en la plaza el deudor debía aproximarse a una piedra colocada especialmente a ese fin, llamada “piedra del vituperio”, y allí, despojado de sus ropas, se exhibía desnudo ante los espectadores como demostración de que con nada se quedaba (de donde surge la expresión, que aún perdura, “se quedó con una mano atrás y otra adelante”, para referirse a quien perdió todos sus bienes. Pero no terminaba allí la humillación del cedente: el extremo máximo lo constituía lo que los estatutos llamaban *accullattata*: el deudor, desnudo, debía dejarse caer sentado por tres veces sobre la piedra del vituperio, al tiempo que proclamaba que todo su haber era cedido a los acreedores». MAFFÍA, Osvaldo J. y MAFFÍA, María Ofelia B. De, *Legislación Concurusal*, ed. Victor P. de Zavalía, Bs. As., (1979), págs. 44.



sometido al escarnio, debiendo pasearse por la ciudad con una gorra amarilla, verde o azul, quedaba inhabilitado para ejercer determinadas funciones públicas, no podía usar armas y perdía los títulos de nobleza que poseía⁵²¹.

El procedimiento era muy similar al régimen actual. Se realizaba la apertura del juicio colectivo, lo cual se hacía conocer por edictos (de ahí tomaba también el nombre de “*processo editale*” o “*processus cridae*”) mediante el cual se cursaba invitación a los acreedores del deudor a los efectos de que en un plazo presenten sus peticiones de reconocimiento de sus créditos, bajo pena de perder sus derechos⁵²², configurándose así lo que se conoce como “principio de concurrencia”, lo cual tenía lugar, tanto a pedido del propio deudor como, asimismo, cuando los acreedores solicitaban la posesión de los bienes del *cessatus*⁵²³.

Además, en razón de los principios imperantes en materia falimentaria, desde sus orígenes se verificó el principal efecto del juicio de quiebra: *v. gr.* el “principio de universalidad” activa y pasiva, por lo que a mérito de éste, el deudor estaba obligado a denunciar la totalidad de sus bienes, con la sola excepción de su lecho cotidiano, pudiendo inclusive –llegado el caso– autorizarse el empleo de la tortura para indagar la veracidad de la información suministrada⁵²⁴. Los acuerdos entre el deudor y los acreedores se concretaban en asambleas, lo cual permitía corroborar la equidad en la formulación de propuestas, consagrando la *par condicio creditorum*.

Puntualiza HEREDIA que la Edad Media implicó «un claro retroceso respecto de la evolución alcanzada por el derecho romano, pues la ejecución fue admitida en caso de insolvencia –por influencia de las leyes bárbaras– otra vez, contra la persona del deudor y no respecto de sus bienes»⁵²⁵.

Es a los Estatutos de la República Italiana y de algunas ciudades ribereñas del mediterráneo a las que se les puede atribuir la paternidad de

⁵²¹ Cfr. PARRY y PARRY, *op. cit.*, t. I, pág. 36.

⁵²² Cfr. *ibidem*.

⁵²³ Cfr. *idem*, pág. 37.

⁵²⁴ Cfr. *ibidem*.

⁵²⁵ HEREDIA, *op. cit.*, t. I, pág. 38.

este nuevo ordenamiento⁵²⁶, los cuales le dieron el carácter publicístico a la quiebra, en razón de la intervención de la autoridad pública en el procedimiento, la que participaba en el desapoderamiento de los bienes del deudor para su posterior liquidación y distribución del producido; quienes estaban habilitados para reunir a los acreedores, designar uno o más curadores y concretar la liquidación de los bienes, lo cual se concretaba por medio de la intervención de un juez⁵²⁷.

Años después y no más allá del siglo XVI, durante el Renacimiento, esta especial rama del derecho comercial fue centro de una gran elaboración doctrinal, lo cual favoreció el desarrollo del derecho concursal, frente a los problemas que planteaba la interpretación y sistematización de sus disposiciones⁵²⁸. Afirma, sobre el particular, el insigne CÁMARA que «ello llevó a muchos estatutos a limitar la quiebra *ai mercatores*, aunque se controvierte si era menester estar inscripto en la matrícula de la corporación o ser calificado de *publicus mercator*»⁵²⁹ para poder acceder al procedimiento.

Para muchos estatutos medievales la quiebra estaba prevista para quienes eran reconocidos formalmente como *mercatores* –p. ej. mediante la inscripción en una corporación mercantil– y también los casos *ex causa negotiationis vel cambii* (Estatutos de Siena de 1262 y 1310; Estatutos de Padova de 1420 y de Génova de 1589)⁵³⁰. «Otros lo declaraban explícitamente, como el estatuto florentino de 1585, y en forma completa y orgánica, el de los mercaderes de Bolonia de 1550»⁵³¹.

En el caso particular de la ciudad de Venecia, la falencia se aplicaba a todo sujeto, por cuanto el legisferante había podido comprobar que, en la práctica, la mayoría de las personas declaradas en quiebra eran comerciantes⁵³². Por otra parte «los estatutos mercantiles de Brescia de 1429, con una norma igual al estatuto de Bérgamo de 1457, disponen que se puede hablar de quiebra cuando se trata de insolvencia y, consecuente fu-

⁵²⁶ Cfr. ANTONI PIOSSEK y RODRÍGUEZ, *op. cit.*, pág. 42.

⁵²⁷ Cfr. *ibidem*.

⁵²⁸ Cfr. CÁMARA, Héctor, *El Concurso preventivo y la quiebra*, ed. Depalma, Bs. As., (1990), pág. 779, nota 39.

⁵²⁹ *Idem*, págs. 779-780.

⁵³⁰ *Ibidem*, nota 40.

⁵³¹ *Ibidem*.

⁵³² Cfr. *ibidem*.

ga, relativa a obligaciones cuya causa sean actos de naturaleza comercial»⁵³³.

Posteriormente, «la Ordenanza del Comercio Terrestre de Luis XIV aplicaba la falencia a todos los deudores, sin distinción alguna, aunque había normas especiales para quienes no fuesen comerciantes, mercaderes o banqueros, requiriendo que la petición de quiebra contase con un número de acreedores representativos, al menos de un cuarto del total de las deudas, y suprimía la obligación de depositar los libros y registros»⁵³⁴. El autor citado, nombra a Savary quien recuerda «los abusos perpetrados bajo el régimen de la ordenanza referida; tanto que Luis XVI, lamentando la escasa aplicación de la normativa sobre la falencia, dictó el 18 de noviembre de 1701 una ordenanza que decía: “...aunque nosotros hemos sancionado varios reglamentos sobre este tema, y principalmente el edicto del mes de marzo de 1673 (...), no se deja de cometer grandes abusos en las quiebras de los mercaderes (...) Nosotros hemos dicho, declarado y ordenado, que queremos que todas las cesiones o transportes de bienes entre mercaderes luego fallidos sean nulas y de ningún valor”»⁵³⁵.

Sin embargo, y pese a ser este el criterio dominante (distinción entre comerciantes y no comerciantes), «en los siglos XV y XVI había numerosos estatutos en los cuales las normas sobre falencia eran aplicadas a toda persona, aun no comerciante, que fuese fugitiva o cesara en sus pagos, como por ejemplo, los estatutos *populi et comuni* de Florencia de 1415, libro III, rúbrica 16; los estatutos de Padova de 1420, *rubr. de decretis*; y, en fin, también los Estatutos de la mercancía de Bolonia de 1509, *rubr. XLVIII*»⁵³⁶.

El procedimiento colectivo de liquidación fue históricamente uno sólo: se aplicaba tanto a civiles como a comerciantes. Sin embargo, el tratamiento igualitario de ambas clases de deudores, fue dejado de lado y fue adoptándose paulatinamente, un tratamiento diferenciado, lo cual se concretó recién a fines de la Edad Media y en la Edad Moderna. En particular, fue en ésta última época, en la que se desarrolló un procedimiento

⁵³³ *Ibidem*.

⁵³⁴ *Idem*, pág. 781.

⁵³⁵ *Ibidem*, nota 44.

⁵³⁶ *Ibidem*.

especial para los mercantes, quedando los civiles sometidos al derecho común⁵³⁷.

Prácticamente, la nota característica de este período histórico de evolución del derecho de quiebras, estuvo centrado en la discusión de los sujetos pasibles de la ley: comerciantes o civiles, y por el régimen a aplicar: publicístico vs. privatístico, todo enmarcado en una regulación bastante rigurosa y sancionatoria de la persona del deudor, lo que colaboró con la evolución de los principios del derecho concursal.

En algunos países del viejo continente, este desarrollo tuvo trascendental ingerencia en el procedimiento colectivo vigente, por lo que la referencia a la evolución que sufrió el procedimiento colectivo en ciertos Estados –dado esencialmente por su tradicional ingerencia en el derecho positivo patrio– resulta una tarea casi obligada, por la colaboración que han brindado en la evolución y reconocimiento de ciertos institutos del derecho de bancarrotas.

3.a) Italia

En el derecho estatutario italiano, el derecho del acreedor a secuestrar la persona del fallido para su posterior ejecución como medio de satisfacer el crédito desatendido, fue sustituyéndose, paulatinamente, por el procedimiento de ejecución colectiva de todos sus bienes⁵³⁸. Fue en los estatutos de Pisa (1161), Verceli (1241), Venecia (1244), Siena (1262), Florencia, Bolonia (1509) y Milán, en donde surgió, como medio para hacer cesar la quiebra el procedimiento del concordato, haciéndolo obligatorio para los acreedores disidentes y ausentes⁵³⁹.

En las repúblicas italianas, alrededor del año 1250 –con fuente en el *pactum ut minus solvatur*, que se aplicaba a los acreedores de una herencia y sus herederos– el deudor lograba obtener una disminución de la deuda mediante un procedimiento que tenía por objeto evitar la quiebra o bien dejarla sin efecto. Nace entonces, el concordato de mayoría, que era

⁵³⁷ Cfr. FERNÁNDEZ, *op. cit.*, pág.46.

⁵³⁸ Cfr. SAJÓN, Jaime V., *Concursos*, ed. Albeledo-Perrot, Bs. As., (1974), pág. 18.

⁵³⁹ Cfr. SAJÓN, *op. cit.*, pág. 18; cfr. FERNÁNDEZ, *op. cit.*, pág. 229, nota 13; cfr. MARTORELL, Ernesto Eduardo, *Tratado de Concursos y Quiebras*, ed. Depalma, Bs. As., (1998), t. I, pág. 31.

obligatorio para todos los acreedores, los que debían respetar la decisión de la masa, el cual podía contener no sólo una quita o disminución de la deuda, sino que también podía contar con una espera⁵⁴⁰.

Las ordenanzas medievales, además de limitar la quiebra a los comerciantes, fue atemperando la calificación de quiebra del deudor, al admitir la quiebra fortuita, recayendo sobre éste la acreditación de tal estado. «El primer texto en tratar este tipo de quiebra fue el Decreto de Galeazzo María Sforza en 1473, al que le continuaron el de Peruzza de 1523 y el *Motu Proprio* del Papa Pío X de 1570»⁵⁴¹. Por aquel entonces, todavía regía el principio conforme al cual se presumía que el deudor había actuado en fraude de sus acreedores –lo cual revestía carácter *iure et de iure*– circunstancia esta que se fue modificando en los últimos años del siglo XV⁵⁴². Los comentaristas Bartolo de Sasoferrata y Baldo distinguían entre quebrados fortuitos y fraudulentos, fijándose una división entre los delitos de quiebra, siempre partiendo de la premisa que revestía el carácter de fraudulenta, salvo la existencia de prueba en contrario⁵⁴³.

La primera publicación que presenta una clasificación tripartita de los delitos de insolvencia fue hecha alrededor del año 1533 en la obra: *Decisiones et Tractatus Varii de Mercatura*⁵⁴⁴, cuyo autor fue Benvenuto Stracca quien dividió a la quiebra en tres categorías: dolosas, culposas y fortuitas. Esta clasificación permitió una nueva concepción de la falencia desmitificando aquella vieja idea de que a toda quiebra le precede una conducta fraudulenta, a punto tal, que el deudor que demostrare una conducta impoluta, se encontraba habilitado para concertar un convenio con sus acreedores⁵⁴⁵, a través de las modalidades quita o espera.

Afirman, posteriormente, que según una corriente doctrinaria, entre los cuales se encuentra enrolado Juan Puga Vial, fue el Estatuto de Génova de 1589 el que por primera vez exige la acreditación del carácter delic-

⁵⁴⁰ Cfr. ARBIT, *op. cit.*, t. I, págs. 37 y 38.

⁵⁴¹ ANTONI PIOSSEK y RODRÍGUEZ, *op. cit.*, pág. 43.

⁵⁴² Cfr. *idem*, pág. 44.

⁵⁴³ Cfr. *idem*, pág. 43.

⁵⁴⁴ Cfr. *idem*, pág. 44.

⁵⁴⁵ Cfr. *ibidem*.

tuoso de la quiebra invirtiéndose el *onus probandi*, de manera tal que la quiebra deja de ser delito⁵⁴⁶.

No obstante, este cambio de pensamiento –sobre la apreciación del carácter delictivo del sujeto insolvente y algunos vestigios del concordato en el siglo XIII– «recién apareció en las costumbres y fue reconocido en los estatutos de las ciudades italianas en el siglo XVI, cuando el procedimiento personal de la quiebra –que obligaba al deudor a la fuga para escapar a la severidad de las sanciones– se transformó en concurso liquidativo del patrimonio de este»⁵⁴⁷. En este caso, los acreedores se reunían para deliberar acerca de la posibilidad de llegar a un acuerdo con el deudor, lo cual representaba –la mayor de las veces– cierta ventaja frente a la enajenación de sus bienes⁵⁴⁸.

Sin embargo, mientras el sistema presentaba aún ciertos rasgos sancionatorios, cuando se advertía que el deudor obró de buena fe pero que había huido, se le concedía al *fugitivus* el salvoconducto para poder retornar a su patria; se le restituían los bienes para que prosiguiera su actividad y pudiera llegar a un convenio de pago con los acreedores, a los fines de su aprobación por mayoría de éstos y homologado judicialmente; lo cual no revestía el significado actual. De la misma forma, se establecía un plazo para el finalización del concurso, con el claro objetivo de evitar abusos, y también un lapso para su cumplimiento⁵⁴⁹. Esto constituía el concordato en la quiebra, aunque los efectos personales eran diferentes de los actuales⁵⁵⁰.

Fue el derecho estatutario «el que acuñó la expresión “cesante”, el que no sólo conoció el procedimiento de quiebra, sino el medio de ponerle fin –el concordato resolutorio– y también el medio para prevenirlo, o sea el “concordato preventivo”»⁵⁵¹, con sus actuales efectos: evitar la apertura del concurso. Hay algunos estatutos prolijamente redactados, como el *Statuti dei mercanti di Luca*, del año 1610, el cual fue uno de los primeros estatutos que reguló el concordato preventivo.

⁵⁴⁶ Cfr. *ibidem*.

⁵⁴⁷ CÁMARA, *op. cit.*, pág. 572.

⁵⁴⁸ Cfr. *ibidem*.

⁵⁴⁹ Cfr. *ibidem*.

⁵⁵⁰ Cfr. *idem*, pág. 573.

⁵⁵¹ MARTORELL, *op. cit.*, t. I, pág. 32.

Afirma MARTORELL que «el instituto funcionaba del siguiente modo: a petición del deudor, la autoridad pública convocaba a sus acreedores para que consensuaran un acuerdo mayoritario e igualitario que le permitiera al primero superar la crisis»⁵⁵²; bastante similar al sistema vigente⁵⁵³. Agrega CÁMARA que «este concordato surgió y se consolidó, naturalmente como instituto de composición de relaciones de deuda y crédito entre el fallido y los acreedores, en tanto que más tarde se recurrió a ese medio para prevenir la declaración de falencia, logrando gran desarrollo en los tiempos actuales»⁵⁵⁴.

Existían por esa época dos clases de convenios: el solutorio, que tenía lugar durante el procedimiento de quiebra y buscaba evitar la liquidación de los bienes, y el segundo, denominado: previo extrajudicial, el cual tendía a evitar la quiebra misma, por lo que era anterior a ésta y se caracterizaba porque requería para su aprobación de la voluntad unánime de todos los acreedores⁵⁵⁵. Esta evolución del derecho falimentario dio nacimiento a los denominados acuerdos preconcursales, los que surgieron para evitar la falencia, a requerimiento de los comerciantes⁵⁵⁶ más que por elaboración de los juristas.

Resalta, sobre el particular, el jurista mediterráneo, la trascendencia de los estatutos de Venecia. Al efecto, sostiene: «un lugar particular merece, pues, la República de Venecia, no solamente por la riqueza y la singularidad de las normas que presenta sobre concordato, sino a mi parecer, también en cuanto ofrece interesantes cuestiones propias para el tema específico del concordato extrajudicial. En verdad, la legislación de la República de Venecia es la que se distingue por el favor con que adopta el concordato en general; ello se advierte porque, a diferencia de las otras legislaciones estatutarias, comenzó a actuar frente al fallido una tutela con sentido afinado de *pietas* hacia el deudor, que se contraponía netamente a la tutela incondicionada de las regiones a los acreedores y el interés público, elementos típicos inspiradores en las legislaciones primeramente recordadas. Es conocido qué particulares efectos se unían a la pro-

⁵⁵² *Idem*, pág. 33.

⁵⁵³ Cfr. CÁMARA, *op. cit.*, pág. 573.

⁵⁵⁴ *Idem*, pág. 574.

⁵⁵⁵ Cf. HEREDIA, *op. cit.*, t. I, pág. 40.

⁵⁵⁶ Cfr. CÁMARA, *op. cit.*, pág. 569.

clamación del deudor como fugitivo, aunque se hubiera abandonado Venecia, para quienes caía la jurisdicción especial de los sobrecónsules. De los *fugitivus* se distinguían los gravados de deudas, los cuales a diferencia de los primeros, siendo insolventes, no pretendían de los acreedores una reducción de la deuda, sino una moratoria. Significativa era la distinción entre *fugitivi* fraudulentos y no fraudulentos»⁵⁵⁷.

En estos estatutos se tendió paulatinamente, a flexibilizar el tratamiento dado al fallido, mitigando la severidad con la que era juzgado⁵⁵⁸. «El concordato (y el salvoconducto, que representó el instrumento para posibilitar la estipulación) fue considerado siempre con el ordinario término *ad quem* del proceso falencial; tanto que el legislador sancionó expresamente el deber para los magistrados de llegar a tal conclusión, siempre que se hubiere verificado la quiebra»⁵⁵⁹. Es dable suponer que este instituto: concordato, nació de la aplicación de la práctica de libertad contractual entre acreedores y deudor.

El hecho revelador del estado de cesación de pagos y de mayor trascendencia, a raíz del cual se gestó el régimen represivo de la quiebra fue, generalmente, la fuga del deudor. «El nombre de *fugitivus* se conservó para designar al deudor insolvente (*decoctus*) aún en los casos en que no mediara alejamiento del lugar»⁵⁶⁰.

Por su parte la legislación veneciana, ordenaba el secuestro y la liquidación de todos los bienes del deudor que había huido, aclarando que eran tales: *omnes qui per supraconsules iuridice fuerint proclamati*; ello no significa que necesariamente el deudor debiera haberse dado a la fuga, ya que también se lo calificaba de fugitivo cuando se presentaba voluntariamente declarando su insolvencia⁵⁶¹. Otro hecho revelador del estado de cesación de pagos, fue la denominada: ruptura del banco en la plaza del mercado⁵⁶² que constituía en un acto simbólico equivalente a la clausura del negocio⁵⁶³, el *fácere punctum*⁵⁶⁴ que fue también contemplado por los

⁵⁵⁷ *Idem*, pág. 573, nota 18.

⁵⁵⁸ Cfr. *ibidem*.

⁵⁵⁹ *Ibidem*.

⁵⁶⁰ FERNÁNDEZ, *op. cit.*, pág. 230.

⁵⁶¹ *Ibidem*, nota 16.

⁵⁶² Cfr. *ibidem*.

⁵⁶³ Cfr. *ibidem*.

⁵⁶⁴ Cfr. *idem*, pág. 453.

estatutos italianos, cuyos efectos se equiparaban a la ruptura del banco en la plaza, entre otros.

De la frase: ruptura del banco en la plaza del mercado, surgió la voz bancarrota que en sus orígenes fue equivalente a quiebra⁵⁶⁵. FERNÁNDEZ afirma: que la etimología francesa pretendida por algunos: “*banque en route* (banca en fuga), no es aceptada ni por los mismos autores franceses”⁵⁶⁶, como antecedente de la voz bancarrota.

El término cesante vio por primera vez la luz en el Constituto de Siena de 1262. Con éste se designaba al comerciante en estado de quiebra⁵⁶⁷, el que luego se expandió hacia otros ordenes normativos, como el de Florencia y Bolonia. FERNANDEZ, siguiendo a PERCEROU y a DALLOZ afirma: «en los estatutos italianos está inscripto el principio fundamental, reproducido por el art. 437 del Código de Comercio, de que la quiebra consiste en la cesación de pagos»⁵⁶⁸, presupuesto de admisibilidad del procedimiento.

De esta forma fue que los principios del derecho italiano pasaron al derecho francés y fueron receptados por la Ordenanza de 1673 que determinó que «la quiebra o bancarrota se reputará abierta desde el día en que el deudor se haya retirado o que se haya colocado el sello sobre sus bienes»⁵⁶⁹.

Durante el transcurso de la Edad Media el régimen de quiebras no varió sustancialmente, pues regían duras penalidades por el hecho de la insolvencia. A la máxima de Baldo: *decoctor ergo fraudator*⁵⁷⁰, se agregaba la *capitis diminutio* que afectaba al fallido en su persona y como ciudadano: el estatuto de Bolonia de 1509 obligaba a inscribir el nombre en “*il quale libro sia intitolato `Libro delle Mercanti Cessanti`”*⁵⁷¹. Prosiguiendo con este régimen represivo de la quiebra, en Florencia se des-

⁵⁶⁵ Cfr. *idem*, pág. 230, nota 18.

⁵⁶⁶ *Ibidem*.

⁵⁶⁷ *Ibidem*.

⁵⁶⁸ *Idem*, pág. 231, nota 23.

⁵⁶⁹ *Idem*, pág. 232.

⁵⁷⁰ «...la denominación: *decoctor*, designaba al fallido, quien era un individuo aniquilado patrimonialmente. La insolvencia confesada era llamada *decoctio*, y, por último, el veredicto de la época era *decoctor ergo fraudator*, que pretende señalar el carácter delictivo de la quiebra y el concepto de estafador del fallido». ARBIT, *op. cit.*, t. I, pág. 36.

⁵⁷¹ CÁMARA, *op. cit.*, pág. 989.

tacó en este sentido la pintura infamante. Este era «un instituto típicamente florentino (no hay antecedentes en ninguna otra legislación estatutaria), que consistía en un retrato, colocado en lugar público, con la imagen del fallido: una suerte de registro ilustrado, legible por cualquiera, aunque fuese –como era corriente– un analfabeto»⁵⁷² lo cual permitía que todos sepan que el deudor había sido declarado en quiebra.

Este carácter del derecho concursal perduró hasta no hace mucho tiempo⁵⁷³, a modo de ejemplo, en Francia hasta 1955, con lo que se advierte el carácter sancionatorio que mantuvo la quiebra, inclusive, durante gran parte del siglo XX.

La importancia que tuvieron las repúblicas italianas en el desarrollo del derecho concursal fue verdaderamente significativa, en particular, por el auge del comercio en algunas ciudades, como lo fue Venecia.

De los estatutos italianos surgieron los principios que regularon el procedimiento falimentario, los que se difundieron hacia el resto del mundo por entonces conocido. Si bien es cierto que la quiebra resistió los embates de las modernas concepciones sobre insolvencia, el acuerdo preventivo comenzó gradualmente a ganar mayores adeptos hasta que apareció como un instituto concursal en la legislación belga del año 1887⁵⁷⁴.

La eliminación del concepto de que toda quiebra siempre es fraudulenta, a un supuesto de inversión del *onus probandi* como, asimismo, la aparición del concordato, allá por el siglo XIII –lo cual permitía que el *cessatus* prosiguiera con sus negocios– abrió las puertas de los acuerdos concursales, primero con quitas y luego con reducciones y esperas, lo que permitió lenta pero paulatinamente, el nacimiento de la figura del acuerdo preventivo, apareciendo de esta forma, los primeros vestigios acerca de la necesidad de considerar la prosecución de la empresa como método alternativo a la liquidación de bienes.

⁵⁷² *Ibidem*, nota 167.

⁵⁷³ Cfr. *ibidem*.

⁵⁷⁴ Cfr. MARTORELL, *op. cit.*, t. I, pág. 33.



3.b) Francia

Fue en Francia, en la “gran plaza de Lyon”⁵⁷⁵, donde se dictó el reglamento de análogo nombre que diversos autores consideran el primer texto normativo en materia de quiebras. Este estatuto realizaba un tratamiento sistematizado de los delitos vinculados a la quiebra, como así también de los actos realizados en perjuicio de los acreedores estableciendo el período de sospecha, el período de inhabilitación del deudor, siguiendo los principios trazados por los Estatutos Italianos⁵⁷⁶.

Se dictaron diversos reglamentos que regularon el régimen de falencias: «la ordenanza dictada por Francisco I, firmada en Lyon el 10 de octubre de 1536 que asentó el “principio de igualdad” entre los acreedores, estableció diversas incapacidades respecto del fallido y bosquejó el período de sospecha; la de Carlos IX, del año 1560 que estableció pena de muerte para los banqueros que incidieran en quiebra fraudulenta; el edicto de Enrique IV de 1609, y el edicto de Luis XIII de 1629. En todas ellas las penalidades se caracterizaban por su extrema gravedad»⁵⁷⁷.

También se dictó la ordenanza de Moulins (1566) por Carlos IX, quien dispuso que la prisión por deudas sólo se hacía efectiva, si durante cuatro meses el deudor incumplía un pronunciamiento condenatorio previo. Un siglo después, la ordenanza de 1667 dictada por Luis XIV modificó el régimen anterior, aboliendo las leyes sobre prisión por deudas contenidas en el derecho consuetudinario⁵⁷⁸. De esta manera, la prisión por deudas tomó un cariz excepcional, sometida a la apreciación soberana del magistrado⁵⁷⁹, siendo utilizada cuando verdaderamente el deudor revelaba una conducta en perjuicio de los acreedores.

Influido por el derecho estatutario italiano, el Reglamento de la Plaza de Cambios de Lyon de 1667 sistematizó todo lo relativo a cesación de pagos, verificación de los créditos, desapoderamiento y período de sospecha, sistematizando la calificación de la quiebra⁵⁸⁰.

⁵⁷⁵ ANTONI PIOSSEK y RODRÍGUEZ, *op. cit.*, pág. 45.

⁵⁷⁶ Cfr. *ibidem*.

⁵⁷⁷ ARGERI, *op. cit.*, pág. 42.

⁵⁷⁸ Cfr. HEREDIA, *op. cit.*, t. I, pág. 41.

⁵⁷⁹ Cfr. *ibidem*.

⁵⁸⁰ Cfr. ARBIT, *op. cit.*, t. I, pág. 40.

Por su parte, la ordenanza de 1673 reguló en forma más sistemática la quiebra, que recogió de manera ordenada las disposiciones anteriormente citadas, estableciendo las siguientes disposiciones generales: exigencia al fallido de la obligación de manifestar el estado de insolvencia; sanción de actos cometidos en fraude de los acreedores; se reconoce la primacía de la voluntad mayoritaria en las asambleas de acreedores⁵⁸¹.

ARBIT, ejemplifica algunos de los hechos reveladores de la quiebra: la insolvencia, la fuga, la ocultación, la confesión, etc.⁵⁸² y agrega, que la quiebra «por sí misma era un delito, calificándose al fallido como un delincuente. Se encerraba a la quiebra bajo un concepto genérico de fraude y toda quiebra era fraudulenta»⁵⁸³, por lo que el quebrado era tratado con inclemencia, manteniendo el criterio represivo⁵⁸⁴.

En Francia, el periodo comprendido entre los siglos IX al XVI se destaca por el poder que ejercían los señores feudales frente a la debilitada autoridad de los monarcas. La influencia del régimen represivo respecto de la persona del deudor, introducido por las leyes bárbaras fue la nota más destacada de este período, el que se concretaba en la ejecución de los bienes muebles o del mismo sujeto *in malis*, se aplicaba la prisión por deudas y cuando el deudor no conseguía un fiador o *vindex* era sometido a la esclavitud. Es recién con el Código de las Costumbres de París del año 1510, que se consagra el concepto de igualdad de los acreedores de igual rango⁵⁸⁵.

Tal como sucedía en el resto de las ciudades medievales, la quiebra era considerada en sí misma un delito, por lo que también se caracterizó por su severidad. El derecho de quiebras lentamente fue evolucionando, al punto, que se comenzó a diferenciar entre «deudores de buena fe, a quienes se les concedía la posibilidad de ceder sus bienes para ser distribuidos entre los acreedores a prorrata de sus créditos, y los de mala fe, a quienes se les imponían sanciones muy severas reguladas conforme a los perjuicios que ocasionaban, es decir que la pena estaba en relación direc-

⁵⁸¹ Cfr. ARGERI, *op. cit.*, pág. 42.

⁵⁸² Cfr. ARBIT, *op. cit.*, t. I, pág. 35.

⁵⁸³ *Ibidem*.

⁵⁸⁴ Cfr. *Idem*, t. I, pág. 36.

⁵⁸⁵ Cfr. *idem*, t. I, págs. 39-40.

ta con el monto del pasivo y algunas ordenanzas establecían la pena de muerte para el deudor que, fraudulentamente, ocultara sus bienes»⁵⁸⁶.

En 1673 se dicta la Ordenanza General Francesa por Luis XIV, a instancias de su ministro Juan Bautista Colbert, la que regulaba sobre espera, cesión de bienes y se aplicaba solamente a comerciantes. «El fallido fraudulento era denominado *baqueroutiers*, y era pasible de severísimas penas tales como: arresto personal, la argolla, la picota, la de galeras, el destierro y llevar un gorro verde para denunciar su calidad»⁵⁸⁷. Esta Ordenanza, no limitaba expresamente sus disposiciones a los comerciantes, por lo cual se ha sostenido que era aplicable a toda clase de deudores⁵⁸⁸.

El sistema imperante en diversas legislaciones de la época se caracterizaba por el “voluntarismo”, o sea que la solución frente al incumplimiento estaba en manos de los acreedores, quienes podían aceptar o no el ofrecimiento realizado por el *cessatus*, aunque se requería de la intervención de la autoridad para su homologación, siempre y cuando se respetaran las disposiciones legales⁵⁸⁹.

El requisito necesario para la apertura de la quiebra o el concordato era la cesación de pagos, es decir: «la exteriorización del estado de insolvencia del deudor, no era ya el simple incumplimiento solamente»⁵⁹⁰. En caso de concurso, regía el principio de igualdad de todos los acreedores, esto es, la *par condicio creditorum* que obligaba a tratar con equidad a los acreedores. Producto de la declaración de quiebra, los bienes eran entregados a los acreedores y una vez finalizado el concordato se restituían al deudor los bienes que le habían sido desapoderados, concediéndole una suerte de salvoconducto para que pudiera retornar al lugar donde desarrollaba sus actividades.

También rigieron en el país gálico las *lettres de répit*, las que representaban verdaderas cartas que se les entregaba a los deudores de buena fe, con el fin de aplazar durante un determinado lapso de tiempo las ejecuciones que seguían los acreedores en contra de éste a los fines de permitirle llegar a un acuerdo con estos, configurando un particular tipo de

⁵⁸⁶ *Idem*, t. I, pág. 40.

⁵⁸⁷ *Ibidem*.

⁵⁸⁸ Cfr. FERNÁNDEZ, *op. cit.*, pág. 48.

⁵⁸⁹ Cfr. ARBIT, *op. cit.*, t. I, pág. 38.

⁵⁹⁰ *Ibidem*.

tutela, no exenta de abusos. Estas letras no regían respecto de los créditos privilegiados⁵⁹¹.

Durante los siglos XVI y XVII tuvieron un gran auge los acuerdos de remisión de deuda, los cuales requerían la aprobación por las tres cuartas partes de los acreedores reconocidos conforme lo dispusiera una ordenanza de 1673⁵⁹², no siendo ajeno a las influencias de los principios que llegaron desde los estatutos italianos, como la *iuris parís condicionis creditorum*⁵⁹³.

Por último, «la ordenanza francesa de 1673 reguló en su Título XI lo atinente a las quiebras y bancarrotas, mediante 13 artículos que organizaban en forma completa los procedimientos de quiebra aplicables a toda clase de deudores, ya fuesen comerciantes o no»⁵⁹⁴. En esta ordenanza, en la que tuvo intervención directa el rey de la época, la quiebra contenía las siguientes “ideas-fuerza”: «la distinción entre comerciantes y no comerciantes, reservando la quiebra para los primeros; el desapoderamiento, como mecanismo de preservación patrimonial; la organización de la sindicatura; la verificación de los créditos concursales; la calificación de la conducta del fallido en casual o bancarrota simple (*banqueroute* culpable, considerada delictiva) y bancarrota fraudulenta (*banqueroute* fraudulenta, entendida como acto criminal); la reglamentación de las facultades de la mayoría, del desapoderamiento y de la administración de los bienes del fallido objeto de aquél; la retroacción absoluta de la quiebra –desde el punto de vista patrimonial–, con nulificación de todos los actos del deudor anteriores a la *ouverture de la faillite*, a los cuales se los consideraba

⁵⁹¹ «En el Derecho francés tuvo vigencia la trascendental ordenanza francesa de 1673, “Ordenanza Savary” que “contemplaba la cesión de bienes, las cartas de moratoria o espera por seis meses concedidas por el rey ‘*lettres de répit*’». Cfr. MARTORELL, *op. cit.*, t. I, pág. 33; cfr. CÁMARA, *op. cit.*, pág. 574.

⁵⁹² Cfr. CÁMARA, *op. cit.*, pág. 575.

⁵⁹³ Cfr. HEREDIA, *op. cit.*, t. I, pág. 41.

⁵⁹⁴ Esta ordenanza estableció como premisa los siguientes principios: “la quiebra o bancarrota se reputaría abierta desde el día en que el deudor se hubiera retirado o hubiera colocado el sello sobre sus bienes; se obligaba al fallido a manifestar el estado de su activo y pasivo; se establecía la nulidad de los actos celebrados por el fallido en fraude de sus acreedores; se reconocía la primacía de la voluntad de las mayorías sobre las minorías disidentes, excepto cuando se trataba de acreedor privilegiado o hipotecario; se regulaba la elección del síndico por los acreedores, y en sus últimas disposiciones se trataba de las sanciones penales, entre las que se mantenía la pena de muerte”. *Idem*, t. I, pág. 42.

afectados por la luego denominada “presunción nunciana de la quiebra”; la inclusión forzada, en la masa de la quiebra, de todos los bienes adquiridos por el cónyuge del fallido (salvo prueba fehaciente en contrario), a los cuales se los presumía adquiridos con los beneficios obtenidos de su actividad comercial; la ejecución forzosa de los bienes dotales y privativos de la mujer del fallido que eran administrados por éste, salvo que hubiese sido objeto de publicación en el registro mercantil la escritura pública de entrega; la remisión a la legislación civil, no contemplándola en el código mercantil; la situación de los deudores no comerciantes, regulada bajo el nombre de *déconfiture*»⁵⁹⁵.

La cesión de bienes era el recurso más importante al que podía apelar el deudor, siempre que ello fuera posible, para lo cual debía acreditar su buena fe. Si concertaba acuerdos con los acreedores y obtenía la conformidad de éstos por unanimidad, se le concedía una moratoria para el pago de las deudas. Si sólo conseguía que las tres cuartas partes de sus acreedores remitieran sus créditos, el deudor podía requerir la homologación de ese arreglo y la resolución judicial podía ser invocada contra los acreedores renuentes. Sin embargo, si el deudor no lograba el acuerdo, ni obtenía las llamadas “*lettres de répit*” que le permitían aplazar el pago de sus obligaciones, no le quedaba otro remedio que ceder sus bienes a favor de los *créanciers*⁵⁹⁶.

Eliminada que fuera la cesión de bienes, quedaron en vigencia dos instituciones: «la quiebra, que reconoce sus orígenes en el derecho romano, y la *déconfituré*, que emana del derecho consuetudinario francés»⁵⁹⁷. La distinción entre ambas instituciones «fue formulada concretamente en la ordenanza de 1673; pero como muchos de sus principios quedaron comunes a ambas, la distinción se estableció recién, en forma neta y definitiva, en virtud de la sanción del Código de Comercio de 1807»⁵⁹⁸.

Sin lugar a dudas, fue Francia quien más trabajó sobre el instituto de la prevención, al contemplar la posibilidad de que el deudor antes de entrar en estado de cesación de pagos, tuviera la posibilidad de alcanzar una

⁵⁹⁵ MARTORELL, *op. cit.*, t. I, págs. 34-35.

⁵⁹⁶ Cfr. PARRY y PARRY, *op. cit.*, t. I, pág. 38.

⁵⁹⁷ *Idem*, t. I, pág. 39.

⁵⁹⁸ *Ibidem*.

solución reorganizativa a la crisis, mediante un acuerdo con los acreedores basándose, por tanto, el procedimiento de *sauvegarde* en una anticipación en el momento de su apertura, manteniendo de esta forma el sistema francés, la tradicional filosofía del salvamento empresarial⁵⁹⁹, la que varios decenios después inspirara la mayoría de las legislaciones que regulan la insolvencia.

3.c) Alemania

El derecho alemán se caracterizó por ser un sistema privatístico⁶⁰⁰, especialmente en los siglos XVI y XVII el que se encontraba fuertemente influenciado por las leyes de las repúblicas italianas y por el pensamiento de Francisco SALGADO DE SOMOZA⁶⁰¹.

El derecho germánico, con posterioridad a la conquista del imperio romano, introdujo nuevos institutos, como el «procedimiento de embargo y de retención del patrimonio del deudor, iniciándose precisamente la *missio in possessionem* con el embargo general del patrimonio del *debitor*, que constituyó la base de todas las legislaciones modernas en materia de quiebras»⁶⁰².

El procedimiento falimentario, se aplicaba tanto a deudores civiles como a comerciantes, y se rodeó de un fuerte régimen penal represivo, necesario para asegurar la igualdad entre los acreedores y la integridad de sus créditos, impidiendo la libre disposición por parte de éste de sus bienes y disponiendo la liquidación de su patrimonio mediante la participación de magistrados especiales: *sopraconsuli, magistrati dei rotti*⁶⁰³.

La coexistencia y fusión de los derechos romanos y germánico trajo como resultado la formación de un derecho de quiebras, que participaba de las siguientes ideas-fuerza: «ante la confesión del deudor o comproba-

⁵⁹⁹ En particular, puede mencionarse la ley n.º 475/1994 que amplió la pluralidad de institutos preventivos, a saber: *information prévisionnelle, alertes, règlement amiable*; configurando así, un Derecho “preconcurso”. Cfr. PULGAR EZQUERRA, Juana, *La declaración del concurso de acreedores*, ed. La Ley, España, (2005), pág. 108.

⁶⁰⁰ Cfr. ARBIT, *op. cit.*, t. I, pág. 43.

⁶⁰¹ Cfr. *idem*, t. I, pág. 42.

⁶⁰² SAJÓN, *op. cit.*, pág. 18.

⁶⁰³ Cfr. *ibidem*.

ción de su estado de insolvencia, correspondía abrir el procedimiento concursal; la sentencia de quiebra debe dictarla un juez; a partir de ese momento se produce el desapoderamiento y secuestro de los bienes del deudor, quien pierde la administración de sus bienes, la que es ejercida por un síndico denominado *curator bonorum*; se respeta el principio de la *par condicio omnium creditorum*; la enajenación de los bienes que integran el activo se realiza en pública subasta y la distribución del producido en ella se efectúa a prorrata entre los acreedores»⁶⁰⁴. Frente a la autoridad pública se llevaba a cabo la asamblea tendiente a acercar las posiciones de las partes. Para llegar al acuerdo –base del concordato– debía contarse con la mayoría de acreedores por número y capital⁶⁰⁵, estando excluidos de esta mayoría, los acreedores privilegiados.

El derecho alemán adoptó para su procedimiento falimentario el régimen itálico por su carácter ágil y expedito, y por los beneficios que los acuerdos representaban para el deudor y acreedores.

3.d) Inglaterra

Refieren PARRY y PARRY que «la primera ley de quiebras, fue dictada bajo el reinado de Enrique VIII en 1543, y legislaba para los deudores, comerciantes o no comerciantes, que por medios fraudulentos procurasen substraerse al pago de sus deudas, tratándolos como criminales y estableciendo su arresto y el desapoderamiento de sus bienes para ser distribuidos entre los acreedores, estableciendo que el presupuesto de la quiebra estaba dado por un acto del fallido –*act of bankruptcy*–»⁶⁰⁶.

Esta ley posteriormente fue derogada por una ley de 1571, bajo el señorío de Isabel I, que limitó la quiebra a los comerciantes, por lo que los deudores civiles quedaban sujetos a las acciones individuales de sus acreedores sobre su persona y bienes⁶⁰⁷. Con el transcurso del tiempo y la evolución que el régimen de quiebras tuvo en Francia e Italia, el sistema

⁶⁰⁴ ARBIT, *op. cit.*, t. I, pág. 35.

⁶⁰⁵ Cfr. *idem*, t. I, pág. 38.

⁶⁰⁶ PARRY y PARRY, *op. cit.*, t. I, pág. 49.

⁶⁰⁷ Cfr. FERNÁNDEZ, *op. cit.*, pág. 47, nota 32. *Idem* HEREDIA, *op. cit.*, t. I, pág. 43.

inglés fue mutando permitiendo la aplicación de las disposiciones de la *act of bankruptcy* a los deudores no comerciantes civiles⁶⁰⁸.

La gran expansión que tuvo el derecho italiano fue de tal magnitud que incluso llegó a influir en el pensamiento jurídico del tradicional *common law* inglés. «Es esta, la del derecho falimentario, una de las pocas excepciones en las que el *common law* ha seguido la tradición jurídica de la Europa continental, bien que, por supuesto, con las necesarias modificaciones que las diversas exigencias económicas y jurídicas imponían, pero manteniendo las características principales de su origen»⁶⁰⁹.

A pesar de esta afirmación, HEREDIA destaca que «en la literatura jurídica inglesa más antigua se sostiene que los principios del derecho concursal anglosajón tienen un origen autónomo e independiente, desvinculado por completo del derecho estatutario italiano y reconociendo a todo evento como único origen la *bonorum cessio* del derecho romano»⁶¹⁰.

En concreto el derecho inglés en un principio conoció únicamente la ejecución individual «a través del *writ of capias ad respondendum* y del *writ of capias ad satisfaciendum*»⁶¹¹. «El *writ*⁶¹² era un documento en nombre del rey y con el sello de la corona, que ordenaba a la persona en él indicada, el cumplimiento de un acto o un determinado comportamiento»⁶¹³. Este otorgaba por tanto un derecho al acreedor que primero concurría ante el rey reclamando la satisfacción de su crédito impago –a través de lo que se denominó: *race of diligence*– equivalente al adagio romano *prior in tempore potior in iure*. Mediante este mandamiento, se daba solución al problema que se presentaba cuando concurrían varios acreedores a reclamar sus acreencias frente a un único deudor⁶¹⁴.

Posteriormente, producto de la fuerte influencia itálica «la ejecución colectiva concursal ingresó tiempo después con las características princi-

⁶⁰⁸ A partir del año 1861 el procedimiento de quiebras se aplicó en Inglaterra y Gales, tanto para comerciantes como para no comerciantes. Cfr. FERNÁNDEZ, *ibidem*.

⁶⁰⁹ HEREDIA, *op. cit.*, t. I, pág. 41.

⁶¹⁰ *Ibidem*.

⁶¹¹ *Idem*, t. I, pág. 42.

⁶¹² “orden, auto, mandamiento, decreto judicial, provisión ejecutoria”. Appleton’s New Cuyás Dictionary, Fifth Edition Revised..

⁶¹³ HEREDIA, *op. cit.*, t. I, pág. 42.

⁶¹⁴ Cfr. *ibidem*.

pales del derecho estatutario italiano, de la mano del *law merchant*⁶¹⁵, o sea, del derecho de carácter internacional que disciplinaba el intercambio comercial entre Inglaterra y el continente»⁶¹⁶. Así surgió la *bankruptcy*, que adoptó desde un primer momento el principio de la *par condicio creditorum* en los casos de pluralidad de acreedores, la que reemplazó a la carrera que se disputaba entre los acreedores para ver quien llegaba primero (*race of diligence*)⁶¹⁷.

El derecho inglés –*common law*– no consagraba reglas especiales relativas a los deudores insolventes y dejaba a cada acreedor el derecho individual de ejercer sobre la persona y bienes del deudor las acciones admitidas por la ley, advirtiendo la presencia de resabios del derecho romano⁶¹⁸.

A pesar de los esfuerzos por adoptar el principio de igualdad de trato, el régimen inglés no incorporó medidas tendientes a garantizar la igualdad entre los acreedores⁶¹⁹, adoptando en términos generales los preceptos de la repúblicas italianas⁶²⁰.

3.e) España

En España, el primer ordenamiento normativo que hace referencia a la quiebra, es «el Fuero Juzgo, Ley 5, Título 6, Libro 5⁶²¹. Posteriormente, se dictaron diversas normativas que legislaron el sistema de quiebras, por ej. el Fuero Viejo de Castilla, el Fuero Real, las Leyes de Partidas,

⁶¹⁵ “ley mercantil, usos y costumbres, leyes y jurisprudencia mercantiles”. Appleton’s New Cuyás Dictionary, Fifth Edition Revised.

⁶¹⁶ HEREDIA, *op. cit.*, t. I, pág. 42.

⁶¹⁷ Cfr. *idem*, t. I, pág. 43.

⁶¹⁸ Cfr. PARRY y PARRY, *op. cit.*, t. I, pág. 49.

⁶¹⁹ Cfr. *ibidem*.

⁶²⁰ Cfr. ARBIT, *op. cit.*, t. I, pág. 44.

⁶²¹ Se decía en leonés antiguo que “Si algun omne es culpado de muchas debdas o de muchas culpas, aquel omne que primeramente ge lo demandese o mostrare o por inyzio o por prueba, o por su confesión a aquel debe primeramente fazer pagar. E si vinieran muchos demandadores de so uno debe fazer paga a cada uno, segund quel debe; o si non sea siervo de todos, hy el Juez debe saber a quién devio más o a quién menos; o segund aquello faga pagar a cada uno o dquello que fincar faga pagar a los otros cuomo viere. E si non ovriere onde pague a los otros debdores debe ser siervo daquellos por la debda”. SAJÓN, *op. cit.*, pág. 24.

entre otras. El derecho español estuvo signado por diversos cuerpos normativos que dieron forma y permitieron la evolución del proceso concursal.

A mediados del siglo XIII se dictaron las Siete Partidas de Alfonso X el Sabio (1256 - 1265), las que –sobre la base de la influencia del derecho romano, canónico y visigodo– estructuraron el régimen de falencias para España y, luego, América. A través de este cuerpo general de normas, en el Título XV de la Partida Quinta se reguló en forma ordenada la liquidación de bienes del deudor, sobre la base de algunas de las siguientes ideas-fuerza: verificación y graduación de créditos; acuerdo extrajudicial; régimen de retroacción de la quiebra; igualdad de acreedores; cesión de bienes, etc., la que regía para deudores civiles o comerciales⁶²². Para lograr el acuerdo extrajudicial se requería la participación y conformidad de los acreedores, para lo cual el deudor podía proponer una quita o espera, con lo que se evitaba la falencia⁶²³.

Desde el punto de vista de los fundamentos del derecho concursal, sin lugar a dudas, la obra de mayor importancia tanto en España como en el resto de Europa fue la de Francisco SALGADO DE SOMOZA, la que saliera a la luz un año antes de su muerte ocurrida en 1664. En su trabajo intitulado: *Labyrinthus Creditorum Concurrentium* desarrolla el embrollo que representa el concurso y los derechos de los acreedores⁶²⁴.

Las ideas desarrolladas por el abad de la ciudad de Alcalá, comprenden: la naturaleza publicística de la quiebra; el carácter inquisitivo del procedimiento en el que el juez dirige y hace cumplir las disposiciones establecidas en la ley; la *par condicio creditorum*, o sea, la igualdad de los acreedores, lo cual resulta esencial en los acuerdos colectivos. SALGADO DE SOMOZA, sostenía que el régimen de quiebras solo debía aplicarse a los comerciantes que se encontraban en insolvencia, esto es, en un estado de desequilibrio patrimonial que le impida cumplir con sus obligaciones⁶²⁵.

Los primeros antecedentes en materia concursal se encuentran en los «fueros de diversas ciudades y más tarde por las Cortes de Barcelona en

⁶²² Cfr. FERNÁNDEZ, *op. cit.*, pág. 46, nota 32; cfr. ARBIT, *op. cit.*, t. I, pág. 36.

⁶²³ Cfr. ARBIT, *idem*, t. I, págs. 36-37.

⁶²⁴ Cfr. *idem*, t. I, pág. 42; CÁMARA, *op. cit.*, pág. 781.

⁶²⁵ Cfr. ARBIT, *ibidem*.

el año 1209, regulando la situación del cambiador que quebrase, el cual debía ser tenido por infame y mantenido en arresto hasta el pago de sus deudas»⁶²⁶, quien carecía en el futuro de la posibilidad de tener tabla de cambio o empleo alguno, y debía ser sería demorado hasta que abone sus deudas, sancionándosele “a no comer mientras tanto más que pan y agua”⁶²⁷, criterio éste aplicado por las Cortes de Barcelona (1299), Girona (1321), Barcelona (1493) y Monzón (1510)”⁶²⁸.

Posteriormente, la Novísima Recopilación –que trataba sobre cesión de bienes⁶²⁹, esperas y moratorias⁶³⁰– y las Siete Partidas, establecieron que el deudor comerciante que conviniera con sus acreedores un acuerdo de quita y/o espera, quedaba privado de su libertad mientras los jueces no resolvieran sobre la finalización de todos los litigios pendientes⁶³¹. «Las leyes de Partidas (Libro I, Título XV, Partida Quinta, leyes 5/6) organizaban un proceso de ejecución y liquidación colectiva para deudores comerciantes, no obstante la opinión contraria de SALGADO DE SOMOZA en su célebre tratado: *Labyrinthus Creditorum Concurrentium ad litem per debitorem communem inter illos causatam*”⁶³², basado en la teoría publicística de la quiebra.

De esta manera, el deudor no comerciante quedaba excluido de la ley falimentaria, con el agravante que ello importaba, esto es, podía ser detenido y sujeto a las acciones que sobre sus bienes eran seguidas por sus

⁶²⁶ ARGERI, *op. cit.*, pág. 53.

⁶²⁷ Cfr. *ibidem*, nota 27.

⁶²⁸ *Ibidem*.

⁶²⁹ Fue «introducida con el objeto de libertar a los deudores desgraciados de los vejámenes de las ejecuciones, y sobre todo de las molestias de la prisión. Los efectos de la cesión de bienes eran: la formación del juicio universal; la suspensión de las acciones de los acreedores; la privación de la administración al concursado; la prohibición de traspasar el dominio de los bienes, y finalmente, el beneficio de competencia». PARRY y PARRY, *op. cit.*, t. I, pág. 48.

⁶³⁰ Al referirse a las moratorias, FERNÁNDEZ aborda su origen histórico. «Así, tuvieron su origen en el derecho romano, luego en la edad media, en el derecho español, en Las Partidas “se habla de la ‘carta en que el rey alongase plazo de debda a alguno’; en Italia, se conocieron en la edad media los billetes regios (*biglietti regii*) y en Francia las letras de respiro, letras de defensas generales y letras de Estado (*lettres de répit, lettres des defensas générales, lettres d’Etat*); en Portugal, las Ordenanzas Filipinas facultaban al rey para dar *spaco* a los deudores que otorgaran fianza de pagar sus deudas”». FERNÁNDEZ, *op. cit.*, pág. 337.

⁶³¹ Cfr. ARGERI, *op. cit.*, pág. 54.

⁶³² CÁMARA, *op. cit.*, pág. 781; cfr. HEREDIA, *op. cit.*, t. I, pág. 43.

acreedores⁶³³, sin tener ningún tipo de regulación el principio de igualdad entre los *accipiens*, previéndose la prisión por deudas, a consecuencia del incumplimiento, lo que condujo a resultados excesivamente severos⁶³⁴, que desaparecieron cuando la quiebra se aplicaba a todo tipo de quebrados.

Mientras que en España, «la Ley 5ª, Tít. 16, L. 5 del Fuero Juzgo hacía al deudor siervo de sus acreedores a quienes no pagaba sus créditos. La ley 2ª, Tít. 8, L. 3º y la Ley 17, Tít. 20, L. 3º del Fuero Real, preveían que si un acreedor pagaba a otro acreedor, podía apoderarse de los bienes del deudor, hasta el reintegro de lo pagado, y si no bastaban los bienes podía apoderarse del cuerpo del aquel; no obstante prohibir en general la Ley 3ª, Tít. 13, L. 5ª, empeñar al hombre libre. La Ley 4ª, Tít. 15, L. 5ª facultaba al juez para reducir a prisión al deudor que no pagaba sus deudas, hasta que las satisficiera o hiciese cesión de bienes a favor de los acreedores, y la Ley 16, Título 32, L. 11 de la Novísima Recopilación, disponía lo mismo, aún cuando el deudor hiciera cesión de bienes. Las leyes 4ª a 8ª, L. 5º de la Recopilación trataban al deudor con gran rigor. Por ellas se establecía la prisión por deudas; la entrega de la persona del deudor para que el “acreedor reciba en cuenta de la deuda lo que aquél ganase en el uso de su oficio, dándole de ello lo razonable para su sustento”; la entrega al acreedor siguiente en grado por su respectiva deuda y así, sucesivamente”»⁶³⁵.

Finalmente, la severidad con que eran considerados los deudores llevó a proponer modificaciones, permitiendo que el deudor que no era comerciante realice la entrega de sus bienes al juez sin declarar sus obligaciones; se designaba un administrador a los efectos de la liquidación, distribuyéndose lo que resultara de las operaciones de venta entre los acreedores, con lo que se impedía que el deudor fuera encarcelado⁶³⁶. Estas amplias facultades conferidas al órgano jurisdiccional en relación con el secuestro y posterior liquidación de bienes para su distribución, caracterizó el sistema publicístico de la quiebra⁶³⁷.

⁶³³ Cfr. PARRY y PARRY, *op. cit.*, t. I, pág. 49.

⁶³⁴ Cfr. *idem*, t. I, pág. 50.

⁶³⁵ PARRY y PARRY, *op. cit.*, t. I, pág. 47.

⁶³⁶ Cfr. ARGENTI, *op. cit.*, pág. 54.

⁶³⁷ Cfr. *ibidem*.



En España no existió un criterio uniforme sobre los acuerdos por cesión de bienes⁶³⁸ aunque, si bien es cierto que esta forma de celebrar acuerdos fue más estricta en las nuevas compilaciones (Libro V, Novísima Recopilación) luego fue morigerada con las Ordenanzas de Bilbao⁶³⁹.

Las Partidas no tuvieron gran influencia en los demás países de Europa, en virtud de la insuficiencia de libertad en el contenido de las propuestas⁶⁴⁰ –a diferencia del derecho italiano, que permitió concertar acuerdos entre los acreedores y el deudor⁶⁴¹– rescatando de ellas, el principio de igualdad de los acreedores y, con mayor énfasis, el carácter publicístico de la quiebra, por el interés comprometido en ella: el “interés general”.

§ 4. LOS PRINCIPIOS EN EL DERECHO CONCURSAL COMPARADO ACTUAL

4.a) Italia

Hasta el año 2006, tuvo vigencia en Italia el *Regio Decreto* n.º 267 del 16 de marzo de 1942, el que fuera modificado por el Decreto Legislativo n.º 5 del 9 de enero de 2006 titulado “*Riforma organica della disciplina delle procedure concorsuali*” (Reforma Orgánica de la disciplina de los procedimientos concursales). La reforma concreta el anhelo realizado –después de varios intentos y soluciones legislativas no orgánicas– por parte de la doctrina italiana de ubicar a la legislación falimentaria a tono con el resto de Europa, en una clara intención de reposicionar al derecho concursal italiano con las nuevas exigencias del mercado.

Como puede advertirse del propio texto de la norma cuyo breve análisis se realizará seguidamente, a pesar de tratarse de una metamorfosis

⁶³⁸ La parte V, título XV, del libro I de Alfonso el Sabio decía: «Desamparar puede sus bienes todo ome, que es libre, ee estuviere en poder de si mismo, o de otro no habiendo de que pagar lo que debe. E de velos desampara, ante el juzgador. E este desamparamiento puede facer el bebedor por si o (...). E si de otra guisa los desamparare, non valdría el desamparamiento». Cfr. CÁMARA, *op. cit.*, pág. 613.

⁶³⁹ Cfr. *idem*, pág. 614.

⁶⁴⁰ Cfr. HEREDIA, *op. cit.*, t. I, pág. 40.

⁶⁴¹ Cfr. *idem*, t. I, págs. 40-41.

integral del sistema falimentario, la misma no cuenta –a diferencia de lo que sucede con la reforma al derecho concursal español– con una exposición de motivos que brinde los argumentos de fuste que justificaran la modificación legislativa. Sin perjuicio de ello, se advierte una suerte de *aggiornamento* del régimen italiano con las nuevas corrientes reformadoras introducidas en el remozado derecho comparado (España, Alemania, Estados Unidos y Francia).

La *nuova legge* italiana influenciada por la reforma al régimen alemán y el nuevo contexto internacional, plasmó en el Decreto Legislativo 35 del 14 de marzo de 2005, ratificado por ley 80 del 14 de mayo del mismo año, una reforma estructural del *fallimento* introducida en el Decreto Legislativo n.º 5 del 9 de enero de 2006⁶⁴².

En definitiva el nuevo ordenamiento –sin alterar sensiblemente la estructura del sistema– realiza cambios de singular importancia en los procedimientos existentes: suprime el Tit. IV “*Dell’Amministrazione controllata*” (de la administración controlada), quedando así vacíos los arts. 187 a 193; en tanto incorpora al Tit. III “*Dell’Concordato Preventivo*” el art. 182 bis, para regular las llamadas “*Accordi di ristrutturazione dei debiti*” (acuerdo de reestructuración de deudas)⁶⁴³.

De esta forma, quedan fuera del sistema concursal italiano el régimen de administración controlada –reservado únicamente para ciertas empresas, aunque el mismo fuera ampliado con algunos decretos; como fue el procedimiento de administración extraordinaria, que rigió por Decreto n.º 270/99, permitiendo que el gobierno italiano intervenga en un asunto delicado que involucraba una multiplicidad de intereses como fue el concurso de la firma “Parmalat”, lo cual se concretara mediante Decreto Legislativo n.º 347, titulado: *Misure urgenti per la ristrutturazione industriale di grandi imprese in stato di insolvenza*⁶⁴⁴– surgiendo a raíz de la reforma los *accordi di ristrutturazione dei debiti*, los que deben ser homologados judicialmente (art. 182 bis) requiriendo contar como míni-

⁶⁴² Cfr. DASSO, Ariel A., *El nuevo Régimen Concursal Italiano (2005/2006)*, en Jornadas Italoargentinas de Derecho, Córdoba-Argentina, ed. Alveroni, (2004-2005), pág. 236.

⁶⁴³ *Ibidem*.

⁶⁴⁴ El Decreto n.º 347 denominado: “Medidas urgentes para la reestructuración industrial de las grandes empresas en estado de insolvencia” tenía por objetivo la continuación de las actividades por parte del grupo “Parmalat”, de acuerdo a un plan de negocios, permitiendo de esta forma incrementar el valor de la empresa en marcha y la expectativa de los acreedores comunes.

mo con la conformidad de acreedores que representen por el sesenta por ciento de las peticiones y se caracteriza por la posibilidad que tiene el empresario, mientras duran las negociaciones, de solicitar la suspensión de las acciones ejecutivas seguidas por sus acreedores⁶⁴⁵.

Otro de los elementos que caracteriza a la reforma, es precisamente la mitigación de los efectos sancionatorios que genera la sentencia de quiebra sobre el fallido; corolario de la concepción privatista en los nuevos regímenes concursales y del espíritu del legislador italiano durante la Segunda Guerra Mundial, en el que reinaba el espíritu proteccionista del interés de los acreedores, a través de un sistema punitivo, propio de la época. A esto se suma que la colaboración que brinde el deudor al curador y a los acreedores, asume una fuerte valencia económica, que le permitirá conseguir la *esdebitazione* (vocablo que no se encuentra en los diccionarios de la lengua Italiana), pero que se encuentra inspirada en el *discharge* del derecho estadounidense y también de algunos estados europeos. Se trata de reconocer al quebrado, después del cierre de la quiebra (o, al máximo, en el año sucesivo) el derecho a ver canceladas las deudas no satisfechas a través de la liquidación del activo realizado durante el curso del procedimiento concursal⁶⁴⁶.

La reforma así, se centra en el marco de un procedimiento privatista, de características similares a las que adoptara la reforma concursal argentina en el año 1995 (ley 24.522), induciendo a las soluciones preventivas con el fin de anticiparse a la crisis y permitir de esta forma la recuperación de la empresa y su conservación⁶⁴⁷.

El art. 160 de la ley italiana «no prevé que la solicitud de concordato deba tener como contenido una oferta de pago de alguna cantidad mínima

⁶⁴⁵ Cfr. Para ampliar ver PACCHI, Stefania, *Il nuovo concordato preventivo*, IPSOA, 2005; SCHIANO DI PEPE, Giorgio, *La nuova revocatoria fallimentare*, Riv. Il diritto fallimentare delle società commerciali, Cedam, Settembre-Ottobre, 2005 n.º 5, pág. 798 ; DASSO, *idem*.

⁶⁴⁶ «La *esdebitazione* se limita a los casos en los cuales el quebrado haya tenido un comportamiento correcto durante el desarrollo del procedimiento concursal, colaborando con los órganos de la quiebra y la excluye cuando la hubiera ya obtenido en los diez años precedentes a la petición o haya recibido condenas por bancarota o por delitos de naturaleza económica o se hayan verificado, sea antes que después de la quiebra, comportamientos fraudulentos o haya en cualquier modo retardado o contribuido a retardar el desarrollo del proceso o no haya satisfecho, ni siquiera en parte, los acreedores concursales». Cfr. PACCHI, *op. cit.*, págs. 7-19.

⁶⁴⁷ Cfr. *ibidem*.

predeterminada ni impone la presentación de garantías idóneas. La satisfacción de los acreedores puede ser diversificada y puede hacerse, no sólo correspondiendo con una suma de dinero, sino también con cesión de bienes, asunción de cargas o con operaciones extraordinarias sobre el capital que consientan la atribución de acciones, cuotas, obligaciones convertibles u otros instrumentos financieros y títulos de deuda»⁶⁴⁸. Esta particularidad de la ley de quiebras del país mediterráneo (oferta de pago mínima), se emparenta más con nuestro modelo “post reforma” del año 2002 (ley 25.589) que con los paradigmas de los actuales regímenes concursales en el derecho comparado.

La tésis del proceso concursal italiano es salvar la empresa y evitar la liquidación, a punto tal, que se admite el concordato en la quiebra⁶⁴⁹, el cual habilita no sólo a que el propio deudor efectúe una propuesta de pago a los acreedores sino que, asimismo, habilita a que un tercero formule una propuesta de pago, alejándose de la concepción anterior, que propugnaba que únicamente el deudor podía proponer un concordato. Eufemismos aparte, una suerte de *remake* de nuestro procedimiento de salvataje (art. 48, LCQ)⁶⁵⁰, para la etapa de quiebra.

Un elemento que pone énfasis en la actitud asumida por el legislador italiano lo representa el régimen de eliminación de mayorías de personas para la obtención de la aprobación de una propuesta concordataria (art. 177, LF, t.o. Dec. Lgs. 12 settembre 2007, n.º 169), requiriendo a secas el voto favorable de acreedores que representen la mayoría y fueren admiti-

⁶⁴⁸ *Ibidem*.

⁶⁴⁹ Cfr. DASSO, Ariel A., *Un “nuevo” Derecho Concursal en el Derecho Comparado. En ocasión de la reforma al régimen italiano (2005/2006)*, L.L. 2007-A-957.

⁶⁵⁰ Al margen de las viejas concepciones acerca de los arreglos de deudas, todos –acreedores y el propio deudor– pueden ofrecer propuestas y todo es posible ofertar. Inclusive el curador puede proponer un concordato de quiebra. El ritmo apremiante que el reformador quiere imprimir también a la quiebra se traduce en la posibilidad de presentar inmediatamente una propuesta de concordato de quiebra sin tener que esperar el decreto que convierte en ejecutivo el estado pasivo. De este modo el recurso que contiene la propuesta de concordato y el plan, puede ser depositado apenas el curador se encuentre en grado de producir el cuadro del estado pasivo y por todo el tiempo que la quiebra esté abierta, cualesquiera que sean las previsiones que se puedan hacer sobre la liquidación y sobre la distribución del activo (...) En el término de los seis meses sucesivos a la declaración de quiebra la iniciativa para un concordato se reserva sólo a los terceros y a los acreedores. En este arco de tiempo inicial (y después en los dos años sucesivos al decreto que convierte en ejecutivo el estado pasivo) quedan excluidos el quebrado, o la sociedad a la cual participe o las sociedades sometidas a control común. Cfr. PACCHI, *op. cit.*, págs. 7-19.

dos, manteniendo dicho recaudo incluso cuando exista clasificación o agrupamiento de acreedores; el Tribunal goza de la potestad de recalificar la propuesta, evitando el voto de acreedores existentes en varias clases⁶⁵¹.

Como se aprecia, el régimen itálico diagramó un procedimiento que permita la continuidad de la explotación, facilitando la flexibilización y reestructuración de las propuestas –particularmente, la financiera– al margen de la empresarial, en aras de la satisfacción de los acreedores⁶⁵².

Sin perjuicio de lo expuesto en el enunciado anterior, debe ponerse acento en el hecho de que el juez itálico posee facultades reducidas en orden a la apreciación de la propuesta concordataria, algo particularmente opuesto a las facultades del magistrado argentino, luego de la reforma introducida por la ley 25.589 (art. 52) potenciada en medida excepcional hasta convertir su apreciación en determinante⁶⁵³ de la viabilidad de la propuesta; en cambio, esta potestad aparece resuelta en forma contraria por el nuevo sistema italiano, que guarda innegable afinidad con la redacción originaria de la ley 24.522 (t.o. 1995).

Del entramado normativo del país mediterráneo, aparece a simple vista, el desvelo del legislador italiano por el incremento de la crisis empresarial, lo que lo llevara a diseñar un modelo de ley más emparentado con la filosofía de la ley 24.522 (t.o. 1995, Adla, LV-D-4381), que con el actual espíritu de nuestra ley de concursos, post-reforma introducida por las leyes 25.589 y 26.086.

Se aprecia también en este sentido, una clara tendencia hacia un apartamiento en el tratamiento igualitario de los acreedores y a la conser-

⁶⁵¹ “*In sede di omologa del concordato preventivo, il tribunale può procedere, pur non modificandone il contenuto, ad una riqualificazione della proposta al fine di stabilire quali tra le classi nella stessa indicate abbiano diritto al voto. (Nel caso di specie, il Tribunale ha escluso che, ai fini del voto, potesse essere considerata classe quella formata da creditori privilegiati per i quali era previsto il pagamento integrale ed ha altresì escluso dal voto altra classe formata da creditori erariali pagati al 60% in considerazione del fatto che tali creditori, per la restante parte del credito degradata a chirografo, andavano a formare altra classe; in tal modo, il Tribunale ha evitato che il loro voto venisse conteggiato in entrambe le classi)*” (fb), “Est. La Malfa”, Tribunale Roma, 27 gennaio 2009 <http://www.ilcaso.it/giurisprudenza/archivio/1500.htm> <http://www.ilcaso.it/giurisprudenza/archivio/1500.htm>, disponible en la world wide web en <http://www.ilcaso.it/fallimenti/lfa177.php>, acceso del 30/05/09.

⁶⁵² Cfr. PACCHI, *op. cit.*, págs. 7-19.

⁶⁵³ Cfr. DASSO, *op. cit.*, pág. 957.

vacación de la empresa en el marco de un procedimiento privatizado donde aparece con mayor fuerza el impulso a la solución concordataria, con la clara mitigación de los efectos sancionatorios de la falencia que se encontraban presentes en el Regio Decreto n.º 267 de 1942.

4.b) Francia

En Francia, el *Code de commerce* establece un procedimiento judicial de concurso preventivo orientado a permitir la continuación de la empresa, el mantenimiento de la actividad, los puestos de trabajo y la cancelación del pasivo⁶⁵⁴.

El 26 de Julio del año 2005, tuvo aparición en el país galo la ley 845 denominada: *Loi de sauvegarde des entreprises et liens vers les décrets d'application* (Ley de salvaguarda o protección de las empresas). Su objeto surge de su propia denominación, y se concreta en una serie de modificaciones al libro VI del Código de Comercio francés.

Este *nouveau régime* «establece la incorporación de un nuevo instituto (*sauvegarde*) que se agrega a los dos tradicionales en la materia, a saber, el “*redressement*” (rectificación, enderezamiento o reposición de la vertical)⁶⁵⁵ y la “*liquidations*” (liquidación), correspondientes, *mutatis mutandis*, a nuestro concurso preventivo y quiebra respectivamente; ello, con el fin claramente expresado en el mensaje de elevación, de superar la severa alternativa vigente hasta ese momento (o arreglo judicial o liquidación, evento este último en que desemboca el procedimiento de *redressement* si fracasa)»⁶⁵⁶.

El régimen francés ha sido tradicionalmente estructurado sobre la base de un sistema –esencialmente– preventivo (*redressement*), privile-

⁶⁵⁴ El «*Code de Commerce* en su actual redacción, sancionado por la *Ordonnance n° 2000-912*, del 18 septembre 2000, publicada en el *Journal officiel* el 21 septembre 2000, dispone en sus artículos 620-1 y 621-83, que en caso de ser necesaria la cesión de la empresa, ella debe tener por fin asegurar el mantenimiento de actividades susceptibles de explotación autónoma y de todo o parte de los empleos». Cfr. IGLESIAS, José A., *Las tendencias del derecho concursal comparado y las reformas a nuestra legislación*, E.D. 205-684 (2003).

⁶⁵⁵ MAFFÍA, Osvaldo J., *Francia. La ley del 26/Julio/05 sobre salvaguarda de la empresa*, E.D. 214-993 (2005).

⁶⁵⁶ *Ibidem*.



giando a tal punto esa fórmula benéfica, que el art. 1º de la ley del 25/enero/85 fija en expresivo orden los siguientes tópicos a tener en cuenta: a) conservación de la empresa; b) mantenimiento de los puestos de trabajo y c) arreglo del pasivo⁶⁵⁷.

Esta novel normativa incorpora un procedimiento denominado: “*procédure de conciliation*” que sustituye al anterior “*règlement amiable*” (convenio amigable [art. 165, ley 845/05]), mediante el cual las empresas que atraviesen dificultades económicas o tengan necesidades que no puedan solucionarse o cubrirse por medio de una financiación adaptada a sus posibilidades, sin hallarse en situación de suspensión de pagos, pueden solicitar la apertura de un procedimiento para llegar a una solución de mutuo acuerdo –algo similar a lo que sucede con nuestro APE–. MAFFÍA define a este mecanismo como “un procedimiento de salvaguarda (término que describe la intención del legislador) abierto, a demanda de un deudor (...) que justifique dificultades que no está en condiciones de superar, susceptibles de conducirlo a la cesación de pagos”⁶⁵⁸.

Conforme este sistema el deudor que tenga una dificultad jurídica, económica o financiera, conocida o previsible, siempre que no se encuentre en estado de insolvencia por un periodo superior a cuarenta y cinco días (art. 611-4, ley 845/05), puede requerir la apertura del procedimiento de conciliación (art. 611-6, ley 845/05), para lo cual el presidente del tribunal de comercio designa un *conciliateur* tendiente a lograr la celebración de un acuerdo amistoso entre el deudor y sus principales acreedores. Otra opción a la que puede recurrir el deudor es la de demandar la apertura de un procedimiento de salvaguarda (art. 622-1, ley 845/05), el que trae aparejada la suspensión provisoria de las ejecuciones, tendiente a facilitar la reorganización de la empresa a fin de permitir la prosecución de las actividades económicas, el mantenimiento del empleo y el arreglo del pasivo.

Se admite también un procedimiento judicial nombrado: *redressement judiciaire* (una suerte de saneamiento judicial) cuya esencia es sal-

⁶⁵⁷ Cfr. *ibidem* “Cette procédure est destinée à faciliter la réorganisation de l'entreprise afin de permettre la poursuite de l'activité économique, le maintien de l'emploi et l'apurement du passif”. Ver art. 12 de la Loi de sauvegarde des entreprises et liens vers les décrets d'application, n.º 845/05.

⁶⁵⁸ *Ibidem*.



var la empresa, mantener su actividad y los puestos de trabajo y liquidar el pasivo. El procedimiento consiste en la aprobación por parte del tribunal de un plan de saneamiento de la empresa, que puede suponer su continuidad (en cuyo caso se imponen esperas a los acreedores) o su cesión (se cede la empresa, junto con sus principales contratos, a un tercero que asume determinados compromisos). El tribunal evalúa si la empresa puede ser saneada. En caso afirmativo, aprueba un plan de saneamiento, que puede ser un plan de continuación (en cuyo caso se impone una espera a los acreedores y la empresa prosigue su actividad bajo la dirección del deudor) o un plan de cesión (en cuyo caso se vende la empresa a un tercero y el precio de la cesión sirve para satisfacer a los acreedores). En caso negativo declara la liquidación judicial. En esta última hipótesis, el activo de la empresa se cede en bloque o por separado.

A criterio del autor de este trabajo, el *procédure d'alerte* (procedimiento de alerta) es la innovación más importante en el sistema francés. De acuerdo con este procedimiento, si el censor de cuentas (una suerte de auditor o síndico societario) descubre hechos que pueden poner en peligro la continuidad de la actividad empresarial, debe ponerlos en conocimiento del presidente o el gerente de la empresa. A falta de una respuesta satisfactoria, solicitará una reunión del consejo de administración, informando de su solicitud al presidente del tribunal de comercio. Debe informarse de la reunión al comité de empresa a los efectos de que tome conocimiento de lo que allí habrá de tratarse. En caso de que persistan las dificultades, el censor elabora un informe para su presentación en la siguiente junta general. Si la decisión de la junta general sigue sin garantizar la continuidad de la empresa, el censor de cuentas informa de nuevo al presidente del tribunal de comercio.

Debe colegirse que la *nouvelle loi* remarca, muy especialmente, la necesidad de informar, tempestivamente, las “señales de alarma” (*procédure d'alerte*), lo cual permite iniciar un trámite colectivo no al margen de la voluntad del empresario sino oportuno, y de acuerdo con la efectiva comprobación de los problemas que ameritan el inicio del procedimiento⁶⁵⁹. Como postula el maestro DASSO en relación a las proyecciones en el derecho comparado «el objetivo ya no es sólo evitar la quiebra, sino

⁶⁵⁹ Cfr. *ibidem*.

evitar la crisis, y esto importa afrontar el fenómeno cuando ésta se insinúa en la gestión, antes que sedimente en la cesación de pagos»⁶⁶⁰.

Estos *procédure d'alerte*, se encastran en un tema no menos debatido, cual es el de la *cessation des paiements* como recaudo necesario para la apertura del concurso o la declaración de quiebra (art. 1, LCQ) y el presupuesto de esa declaración, los denominados: hechos reveladores (art. 79, LCQ) que habilitan al reconocimiento judicial de ese estado de impotencia patrimonial. Ciertamente, los franceses preocupados por esta situación y la ingerencia de tal presupuesto para el inicio de un proceso universal, se apartaron de los viejos cartabones acerca del estado de cesación de pagos, como presupuesto ineludible para el inicio del juicio colectivo pretendiendo, precisamente, evitar que éste –cesación de pagos– se desencadene.

Una particularidad del sistema francés –denominador común de las noveles modificaciones introducidas en la legislación comparada– estriba en la delimitación del plan de salvaguarda. Al efecto, la duración del plan es fijada por el tribunal, y no puede exceder de diez años –para el deudor común– y, si se trata de un agricultor, el mismo no puede superar los quince años (art. 626-12, ley 845/05).

Siendo ello así, y logrado que fuera el acuerdo con los *créanciers* «queda excluida la situación de “cesación de pagos”, lo cual garantiza que en caso de ulterior procedimiento de *redressement* o de *liquidation*, los pagos, garantías, etc., convenidos o efectivizados durante la salvaguarda, no corren riesgo de invalidación. A fin de estimular el otorgamiento de créditos a la empresa que busca una conciliación con sus acreedores, se otorga a éstos prioridad en los pagos en caso de ulterior proceso judicial de *redressement* o *liquidation*»⁶⁶¹.

Como se aprecia, la legislación francesa ha priorizado como principio –de allí, el orden descendente de la prelación impuesta (art. 620-1 *du Code de Commerce*)– la continuidad de la actividad económica por sobre el interés de los trabajadores y los acreedores pero, sin perder de vista, la justa solución en un procedimiento ágil y sencillo, en el que prevalece –según su concepción– la empresa como fuente de recursos.

⁶⁶⁰ DASSO, *op. cit.*, pág. 957.

⁶⁶¹ MAFFÍA, *op. cit.*, pág. 993.

4.c) Alemania

Conforme lo ha entendido autorizada doctrina nacional, «las crisis económicas del nuevo siglo no tienen las mismas características que las precedentes, simplemente porque el protagonista del mundo económico es ya, en forma casi excluyente, un nuevo actor: “la empresa”, cuya conceptualización resulta factible en el ámbito económico pero difícil de aprehender en el jurídico»⁶⁶². La empresa, en los últimos decenios, se ha convertido en el centro de la escena que desvela a políticos, operadores jurídicos y económicos y, en el derecho comparado, esta preocupación impulsó diversas modificaciones al régimen concursal.

En Alemania el derecho de quiebras era especial para cada uno de los Estados, a diferencia de lo que sucede con nuestra legislación que atribuye al Congreso Nacional la potestad de dictar el código de bancarrotas (art. 75 inc. 12º, C.N.) para todo el país. Dentro de las normativas dictadas en los diversos Estados de Alemania, algunas lograron mayor prestigio como por ej. el Código de Hanover, del 8 de Noviembre de 1850 y el Código prusiano de quiebras (*Konkursordnung*) del 8 de Mayo de 1855⁶⁶³. El régimen de quiebras germánico, admitía un sólo procedimiento concursal para comerciantes y no comerciantes, que se aplicaba indiferenciadamente a todos los deudores, cualquiera que sea la profesión de éste⁶⁶⁴.

Las corrientes reformistas tuvieron inicio con la ley alemana que gozaba del prestigio reconocido por la doctrina concursal internacional. La *Konkursordnung (KO)* germana de 1877 reformada por la *Vergleichsordnung* –que admitió el convenio concursal– vigente desde el 1 de abril de 1935, se convirtió en el elixir de las soluciones a la insolvencia, por más de sesenta años⁶⁶⁵.

La metamorfosis en el régimen de quiebras alemán se consumó con la *Insolvenzordnung (InsO)* de 1994, vigente desde el 1º de enero de 1999, tras un período de cinco años de análisis y comprensión de los

⁶⁶² Cfr. DASSO, *op. cit.*, pág. 957.

⁶⁶³ Cfr. PARRY y PARRY, *op. cit.*, t. I, pág. 18.

⁶⁶⁴ Cfr. *ibidem*.

⁶⁶⁵ Cfr. DASSO, *op. cit.*, pág. 957.

nuevos institutos reformados, lo cual fue el punto de partida de una casi virulenta convulsión que alcanzó a los ordenamientos de España, Italia y Francia, por no citar, sino aquellos más vinculados al influjo académico y legislativo en el ámbito del derecho iberoamericano⁶⁶⁶.

A partir de la mitad del siglo XX, el salvataje de la empresa pasó a desplazar al hasta hace poco tiempo sagrado: “interés de los acreedores”, el que se había erigido desde antaño como el *leit motiv* de los regímenes concursales. Sin embargo, y sin que éste espíritu hubiere desaparecido pues en una última instancia la subsistencia de la empresa abastece ese interés, la necesidad del salvataje reclama la variación del presupuesto material del procedimiento concursal, que pasa de la clásica “cesación de pagos” a la “crisis”⁶⁶⁷.

Se advierte, de esta forma, un sostenido y paulatino cambio de rumbo, del interés por la protección de los acreedores, hacia la preocupación por el empresario como eje del salvataje y la empresa como bien jurídicamente tutelable⁶⁶⁸. El primer esfuerzo se concretó en la difundida doctrina alemana del *Unternehmen an sich*, cuyos esbozos originarios se deben a Walter RATHENAU⁶⁶⁹. El argumento en que radica esta posición, anidaría en el hecho de que la empresa mantiene un “interés propio” (*an sich*), independiente y distinto que el que representan los sujetos a ella vinculados (socios, acreedores, trabajadores), al que por razón de jerarquía estarían éstos supeditados. «La consecución de ese “interés propio” de impostación publicista –al que quedarían subordinados los intereses económicos de los socios (*Gewinnstreben*)– determina para éstos una obligación de fidelidad (*Treupflicht*). La organización de una administración (*Verwaltung*) independiente de las cambiantes mayorías assemblearias contribuirá a ello en forma importante. Sobre la base teórica del *Un-*

⁶⁶⁶ Cfr. *ibidem*.

⁶⁶⁷ Cfr. *ibidem*.

⁶⁶⁸ Cfr. *ibidem*.

⁶⁶⁹ El autor de origen ario, político y empresario alemán, predica que «la gran empresa es la “realidad nueva” en torno a la cual se habrá de construir la moderna teoría de la sociedad anónima. Este punto de partida posibilitará lograr los fines a los que tal tipo social está destinado para bien de la comunidad, defendiéndola de los pequeños accionistas que representan el gran obstáculo, no percibido aún por los juristas, que insisten en colocar el acento del régimen de la sociedad anónima en la defensa de las minorías». RATHENAU, Walter, versión italiana en *La realtà della società per azione*, “Riv. Società”, 1960, págs. 918 y sigte. y JAEGER, G.P., *L'interesse sociale*, Milano, (1964), pág. 17 y sigte. cit por DASSO, *ibidem*.



ternehmen an sich que asigna a la empresa un valor jurídico autónomo merecedor de la tutela en derecho (*selbständiges schutzwürdiges Rechtsgut*), sus epígonos lanzaron un slogan asombroso e impactante: “la defensa de la empresa contra sus propietarios (*Eigentümer*)”⁶⁷⁰, exteriorizando de esta manera, la preocupación por la cosa: empresa, más que por el sujeto: empresario.

Estos nuevos conceptos sobre la empresa, tuvieron incidencia directa en la ley de quiebras alemana ya que el sujeto a proteger, no es tanto el empresario, sino la empresa en sí misma como sujeto susceptible de protección jurídica.

En este sentido, el § 1 de la *Insolvenzordnung* alemana del 5 de octubre de 1994, bajo la rúbrica “Objetivos del procedimiento de insolvencia”, señala: “el procedimiento de insolvencia sirve para satisfacer colectivamente a los acreedores de un deudor, mediante la liquidación de su patrimonio y la distribución del producto resultante, o alcanzando una regulación diferente especialmente dirigida al ‘mantenimiento de la empresa’ y contenida en un ‘plan de insolvencia’. Al deudor honesto se le concederá la oportunidad de liberarse de sus obligaciones que se encuentren insatisfechas”⁶⁷¹.

La legislación concursal alemana establece un procedimiento único de insolvencia cuya finalidad es satisfacer a los acreedores de la forma más equitativa posible (art. 1º de la *Insolvenzordnung*). El procedimiento de insolvencia discurre de conformidad con las normas legislativas que regulan la administración, determinación y distribución de la masa de la quiebra (*Regelinsolvenzverfahren*: procedimiento de insolvencia ordinario). Sin embargo, las partes pueden convenir otra cosa como, por ejemplo: mantener la empresa.

El procedimiento de insolvencia también debe permitir a las personas físicas empezar su actividad económica desde cero –una suerte de

⁶⁷⁰ «...Por un andarivel análogo se instaló en Alemania, junto a la *Unternehmen an sich*, otra construcción jurídica de parecida concepción, la *Person an sich*, que proyecta la idea de Gierke, de “realidad” de la “persona jurídica” atribuye el “interés” a un sujeto de derecho, con lo cual pretende soslayar los reparos a la teoría del *Unternehmen an sich*, fundados en que la empresa no lo es». Cfr. COLOMBRES, Gervasio, *Curso de Derecho Societario*, Abeledo Perrot, (1972), pág. 96 y ss. quien recuerda que los más conspicuos expositores de la teoría de la “*Person an sich*”, fueron en Alemania SCHLEGERBERGER, LANDSBERGER y F. MARX, cit. por DASSO, *op. cit.*, pág. 957.

⁶⁷¹ La traducción me pertenece.

fresh start conforme al régimen americano— lo cual se consigue renunciando al cobro de las deudas no pagadas tras la conclusión del procedimiento de insolvencia (la denominada condonación de la deuda restante: *Restschuldbefreiung*).

La *Inso* habilita la apertura del proceso en relación a los bienes de cualquier persona física o jurídica, aunque ésta no desarrolle ninguna actividad empresarial (por ejemplo: consumidores). El procedimiento se inicia con una solicitud a pedido del deudor o acreedor, encontrándose inhibidas para realizar la presentación y apertura del procedimiento las autoridades públicas. En el caso de las sociedades anónimas, la presentación de la solicitud es obligatoria. En el supuesto de incumplir con esta consigna (obligación de realizar la presentación), los acreedores pueden efectuar el reclamo de una indemnización, y el deudor ser pasible de incurrir en la comisión de un delito⁶⁷².

La ley concursal alemana (*Insolvenzordnung*) permite a los acreedores ejercer una influencia considerable en el procedimiento de insolvencia. En todos los casos está prevista la “*gläubigerversammlung*” (junta de acreedores) y además existe la posibilidad de establecer un “*gläubigerausschuss*” (comité de acreedores). Mientras que la junta de acreedores es el órgano principal de administración de los acreedores, el comité es el órgano central de control cuya función es similar a la de un consejo de administración. La misión del tribunal competente en materia de quiebras, es seguir y controlar la legalidad del procedimiento de insolvencia. También puede ejercer funciones de mediación y conciliación en las negociaciones entre las partes para procurar la resolución del conflicto. Las decisiones principales del procedimiento de insolvencia (determinación

⁶⁷² «...Las causas que habilitan la solicitud de inicio del trámite, se pueden sintetizar en las siguientes: a) cuando un deudor no puede cumplir sus obligaciones de pagos debidos (art. 17, ap. 2, *InsO*); b) el endeudamiento excesivo, lo cual se produce cuando los bienes del deudor ya no cubren las obligaciones existentes (art. 18, ap. 2, *InsO*); c) la valoración de los bienes del deudor debe basarse en la continuidad de la empresa, cuando las circunstancias permitan prever esta posibilidad. El riesgo inminente de impago puede ser motivo suficiente para que el deudor solicite la iniciación del procedimiento de insolvencia (art. 18, ap. 1 *InsO*). Por último, es necesario garantizar la financiación del procedimiento de insolvencia. La solicitud de incoación del procedimiento se desestimarán si los bienes del deudor resultan insuficientes para cubrir los costes del procedimiento (art. 26, ap. 1, *InsO*)». Cfr. “Red judicial europea en materia civil y mercantil”, disponible en la *world wide web*: http://ec.europa.eu/civiljustice/bankruptcy/bankruptcy_ger_es.htm (acceso del 04-02-2008).

de los bienes, liquidación, convenio y plan de la quiebra) las toman los acreedores⁶⁷³.

El juez competente en materia de quiebras convoca (art. 74, ap. 1, primera parte, *InsO*) y dirige (art. 76, ap. 1, *InsO*) la junta de acreedores. Tienen derecho a asistir a la junta todos los acreedores que hubieran sido reconocidos como tales, el administrador concursal y el concursado (art. 74, ap. 1, *InsO*)⁶⁷⁴.

Al incoarse el procedimiento de insolvencia, el Derecho del deudor a administrar y disponer de los bienes que constituyen la masa de la quiebra, pasa al administrador concursal (art. 80, ap. 1, *InsO*), dado que la finalidad del procedimiento de insolvencia es satisfacer por igual a todos los acreedores. La incoación del procedimiento implica la prohibición de la ejecución forzosa individual por parte de los acreedores, es decir que, mientras dura el procedimiento de insolvencia los acreedores no pueden entablar acciones de ejecución forzosa sobre los bienes de la masa ni sobre el patrimonio del deudor (principio de suspensión de acciones en contra del deudor).

Llama poderosamente la atención, la preocupación del legislador teutón por transparentar el régimen de insolvencia. En este sentido, el procedimiento de revocación de actos realizados en perjuicio de los acreedores (art. 129 y ss., *InsO*), contiene una severa sanción, la cual es

⁶⁷³ «...La figura central del procedimiento de insolvencia es el “administrador concursal”. Generalmente, se trata de abogados, hombres de negocios, auditores de cuentas o asesores fiscales. Con la apertura del procedimiento de insolvencia se confiere al administrador concursal la administración y la facultad de disposición de los bienes del deudor. Su función principal consiste en separar los bienes existentes en el momento de la apertura del procedimiento de todo aquello que no pertenezca al deudor. Además, tiene que incorporar a los bienes del deudor todos los activos que deberán considerarse en la determinación de la masa, pero que en el momento de iniciación del procedimiento de insolvencia todavía no figuran entre los bienes de éste, los que constituyen la denominada “masa de la quiebra” (art. 35, *InsO*), con la que se deberá satisfacer a los acreedores». Cfr. *ibidem*.

⁶⁷⁴ «...Las decisiones de la junta de acreedores se adoptan cuando el total de los créditos de los acreedores que aprueban la decisión es superior a la mitad del total de los créditos de los acreedores que participan en la votación (*Summenmehrheit*). La junta de acreedores decide cuál será la composición del comité de acreedores (artículo 68, *InsO*). Si el tribunal competente en materia de quiebra designa al comité de acreedores antes de la primera junta de acreedores, la composición del comité deberá ajustarse a lo dispuesto en el artículo 67, apartado 2, *InsO*. La junta de acreedores tiene derecho a disolver el comité de acreedores designado provisionalmente de esta manera”. Cfr. *ibidem*.



decidida por el administrador judicial, debiendo el beneficiario del acto tener que abonar una indemnización en el supuesto de que la restitución no fuere viable. Este trámite prevé un período de retroacción de hasta 10 (diez) años, contados con anterioridad a la solicitud de inicio del concurso, por actos realizados con la intención de causar un perjuicio a los acreedores, si la parte beneficiada conocía tal propósito (art. 133, *InsO*).

La junta de acreedores (*Gläubigerversammlung*) determina cómo transcurrirá el procedimiento; decidirá si la empresa del deudor debe cerrar o seguir en funcionamiento. Puede encargar al administrador concursal la preparación de un convenio (*Insolvenzplan*) y fijarle el objetivo del mismo (art. 218, ap. 2, *InsO*). El deudor y el administrador concursal también tienen derecho a presentar un convenio de insolvencia (art. 218, ap. 1, *InsO*). En este convenio se pueden establecer reglas que difieran de las normas legales, especialmente, con objeto de “mantener la empresa”⁶⁷⁵.

⁶⁷⁵ «... El convenio consta de una parte descriptiva y una parte normativa. La finalidad de la parte descriptiva es informar a las partes y describir las medidas que se han adoptado desde la incoación del procedimiento, y las que se van a adoptar en adelante (artículo 220, *InsO*). La parte normativa expone cómo el convenio puede afectar a los derechos de las partes (art. 221, *InsO*). La junta de acreedores (*Gläubigerversammlung*) no tiene derecho de iniciativa, pero puede encargar al administrador concursal la elaboración del convenio, que tras su presentación es examinado por el tribunal competente en materia de quiebra (art. 231, *InsO*), a fin de evitar a las partes un convenio ilegal o inviable que retrase el procedimiento de insolvencia. Si el examen inicial del convenio tiene un resultado positivo, el tribunal presenta el convenio al comité de acreedores (*Gläubigerausschuss*), al deudor, al administrador concursal y al comité de empresa, y fija un plazo para que formulen sus comentarios (art. 232, *InsO*). Por último, fija las fechas de la audiencia de debate y la votación. La fecha de la audiencia se hará pública, y en ella se convocará especialmente a los acreedores que hayan comunicado sus créditos, los acreedores prioritarios, al administrador concursal, al deudor y al comité de empresa (art. 235, apartado 3, *InsO*). En la audiencia, las partes presentes podrán expresar su opinión acerca del convenio y, por último, se procederá a la votación (arts. 243 a 246, *InsO*). En principio, el deudor debe aceptar el convenio; su rechazo del convenio, es irrelevante si la situación para él resultante del convenio no es peor que la que tendría si el convenio no existiera, y si ninguno de los acreedores resulta satisfecho con una suma superior al total de su crédito (art. 247, apartado 2, *InsO*). Si la mayoría de los acreedores acepta el convenio, éste será confirmado por el tribunal competente (art. 248, apartado 1, *InsO*) ... Todos los efectos previstos en la parte normativa del convenio concursal, ya sean favorables o contrarios a los intereses de las partes, tendrán fuerza de cosa juzgada (art. 254, ap. 1, *InsO*). El tribunal puede poner fin al procedimiento de insolvencia (art. 258, ap. 1, *InsO*), con ello cesan, el administrador concursal y los miembros de la junta de acreedores y, el deudor recobra el Derecho a disponer libremente de la masa (art. 259, ap. 1, *InsO*). Tras la conclusión del procedimiento de insolvencia, el antiguo deudor tiene la obligación de satisfacer los créditos regulados en el convenio

Como se puede apreciar, el legislador alemán se ha preocupado por delinear un único procedimiento de insolvencia: con o sin continuidad de la empresa, permitiendo así concretar el anhelo de continuar con la actividad de la empresa y lograr la satisfacción íntegra del interés de los acreedores, a través de distintos medios alternativos previstos o a preverse en el “plan de insolvencia” (*Insolvenzplan*) que debe ser aprobado por éstos.

4.d) Bélgica

El país se rige por ley del 17 de julio de 1997 denominada *Loi relative au concordat judiciaire* (Ley relativa a los concordatos judiciales) y la ley del 28 de octubre de igual año *Loi sur les faillites* (Ley de falencias, [Diario Oficial belga: *Belgische Staatsblad/Moniteur belge*]) y que entraran en vigencia a partir del 1º de enero del año 1998 como un mero mecanismo de liquidación. La ley de 17 de julio de 1997 (*Belgische Staatsblad/Moniteur belge*) regula la administración judicial como una fase previa a la quiebra. Durante la administración judicial, el deudor está protegido frente a sus acreedores y nadie puede solicitar que se le declare en quiebra.

Bélgica no avanzó profundamente en la preocupación en la que se centraron los alemanes, italianos y españoles en orden a priorizar el concepto de empresa, frente al del empresario y al del interés de los acreedores. Sin perjuicio de ello y, manteniendo el concepto de cesación de pagos y la imposibilidad de obtener crédito (art. 2, ap. 1), como recaudos de iniciación del procedimiento, preserva procedimientos básicos: a) el de la administración judicial –período durante el cual, el deudor encuentra un manto protector frente a sus acreedores– imposibilitando la declaración de su quiebra (*gerechtelijk akkoord*); b) el convenio de acreedores (*colle-*

concurzal. No obstante, la parte dispositiva del convenio también puede prever que la satisfacción de los créditos sea controlada por el administrador concursal (art. 261, ap. 1, *InsO*). Por lo tanto, si no se propone ningún convenio, el administrador concursal procede a la venta de los bienes de la masa para obtener los fondos que se entregarán a los acreedores. El acreedor concursal decide la forma concreta de liquidación de los bienes, a fin de obtener el máximo resultado posible. Se podrá optar por la venta de la empresa o del conjunto de las propiedades particulares del deudor, o bien por la división de la empresa y la venta por separado de los bienes individuales que forman parte del patrimonio del deudor». Cfr. *ibidem*.

ctieve schuldenregeling) y c) el de la quiebra o liquidación (*faillissement*).

Del tenor literal de la legislación belga se desprende la existencia de dos textos y de dos dispositivos que justifican, en un doble aspecto, la regulación de las empresas en dificultades, cada uno de ellos respondiendo a un objetivo propio: a) el rescate de la empresa en dificultades momentáneas pero, básicamente sana, por una parte: el concordato; y b) la liquidación de la empresa incurable, por otra parte: la quiebra. La normativa en análisis tiende a realizar un punto de equilibrio entre el interés general y los intereses particulares, permitiendo finalmente un paso fácil y rápido del régimen de concordato –orientado hacia la rectificación de la empresa– al régimen de la quiebra dirigida hacia su liquidación.

A diferencia de lo que sucede con otras legislaciones, el ordenamiento jurídico belga mantiene la clásica diferenciación entre comerciantes y no comerciantes, estableciendo que sólo los primeros pueden solicitar la administración judicial y ser declarados en quiebra, pudiendo incluso iniciar este proceso, el fiscal del rey (art. 11, ap. 2º). Por su parte, el procedimiento de convenio aplicable a los no comerciantes está regulado en el Código Civil (*Gerechtigedijk Wetboek*). Las personas físicas residentes en Bélgica que no realizan ninguna actividad mercantil, pueden realizar un convenio con los acreedores cuando no estén en condiciones, a largo plazo, de pagar sus deudas y no hayan manifestado su intención de solicitar la declaración de insolvencia.

El art. 9 de la *Loi relative au concordat judiciaire*, dispone: “1) El concordato judicial puede concederse al deudor si no puede temporalmente pagar sus deudas o si la continuidad de su empresa es amenazada por dificultades que pueden conducir, más o menos a breve plazo, a un cese en los pagos. La continuidad de la empresa de una persona jurídica se da en cualquier caso por comprometida si las pérdidas redujeron el activo neto a menos de la mitad del valor del capital social. 2. Sólo puede concederse el concordato si la situación financiera de la empresa puede sanearse y si su recuperación económica parece posible. Las previsiones de rentabilidad deben demostrar la capacidad de rectificación financiera de la empresa”⁶⁷⁶.

⁶⁷⁶ Cfr. *Loi relative au concordat judiciaire*: art. 9 § 1er. *Le concordat judiciaire peut être accordé au débiteur s'il ne peut temporairement acquitter ses dettes ou si la continuité de son en-*

Existe un concepto aunque no tan desarrollado, de “continuación de la empresa” cuando se advierte la presencia de situaciones que comprometan su actividad, lo que en el caso de sociedades se produce si las pérdidas reducen el activo neto a menos de la mitad, con la condición de que la empresa tenga la posibilidad de ser saneada con expectativas de rentabilidad, presupuesto éste, un tanto opinable.

Los principales ejes de la reforma en el régimen belga pueden sintetizarse en los siguientes tópicos: a) un enfoque menos moralizador de la situación del deudor; b) un papel más importante asignado a los acreedores; c) un refuerzo y una ampliación del papel y los poderes de las autoridades judiciales (fiscalía, tribunal, juez, comisario de la quiebra); d) una mayor participación de los trabajadores de la empresa en las operaciones del concordato y la quiebra; e) extensión parcial de los efectos del concordato y la quiebra a los acreedores hipotecarios, acreedores pignoraticios y titulares de privilegios especiales; f) el mantenimiento de los contratos en curso y g) una adaptación del principio de la acción de inoponibilidad de las cláusulas de reserva de propiedad y el restablecimiento del privilegio del vendedor de efectos mobiliarios.

Cuando una empresa deba hacer frente a dificultades que pueden comprometer su supervivencia, la suerte de ésta interesa en primer lugar a su propietario, a sus dirigentes y/o accionistas, haciendo una referencia también de manera inmediata y directa a sus trabajadores y, obviamente, a sus acreedores. Pero sobre todo interesa a la propia colectividad en la que se encuentra inmersa, se trate del Estado federal, de una región o solamente del municipio donde se establece la empresa, en tanto son afectadas por las amenazas que pesan sobre su existencia.

En la legislación belga se destaca la presencia de la figura del administrador concursal quien desempeña una función de crucial importancia. Es el encargado de prestar asistencia al deudor en la gestión de sus bienes, bajo la supervisión del tribunal (art. 19, ap. 1°); informa de su ges-

treprise est menacée par des difficultés pouvant conduire, à plus ou moins bref délai, à une cessation de paiement. La continuité de l'entreprise d'une personne morale est en tout cas considérée comme compromise si les pertes ont réduit l'actif net à moins de la moitié de la valeur du capital social. § 2. Le concordat ne peut être accordé que si la situation financière de l'entreprise peut être assainie et si son redressement économique semble possible. Les prévisions de rentabilité doivent démontrer la capacité de redressement financier de l'entreprise (la traducción me pertenece).

tión siempre que las circunstancias lo requieran y que se lo pida el tribunal (art. 19, ap. 1°); se le exige que ofrezca garantías de imparcialidad e independencia, que tenga experiencia en gestión de empresas y contabilidad y que respete las reglas deontológicas de la profesión (art. 19, ap. 2°).

Las tareas específicas del administrador concursal son: asistir al deudor en la elaboración del plan de saneamiento o de pagos (art. 29, ap. 1° y 2°), supervisar y controlar el plan y el procedimiento de administración (sec. 36, ap. 1°), informar al tribunal sobre la aplicación del plan y la administración (art. 36, ap. 2°) e informar al tribunal la conclusión del procedimiento de administración (art. 40, ap. 1°). El administrador concursal también debe examinar con la asistencia del deudor, las declaraciones de créditos presentadas por los acreedores (art. 26).

El deudor debe elaborar un plan de saneamiento o de pago (art. 29). Puede ser procesado penalmente si, intencionadamente, oculta, amplifica o infravalora una parte de sus bienes o pasivos, o si suministra deliberadamente datos erróneos (art. 46). El deudor no debe actuar de forma fraudulenta. Tampoco puede realizar actos de gestión ni tomar decisiones sin la autorización del administrador concursal (art. 15, ap. 1 y 3).

Una vez iniciado el procedimiento, el tribunal no puede declarar inmediatamente la quiebra; puede suspender su decisión durante un plazo de quince días para que el comerciante o el ministerio fiscal dispongan de tiempo suficiente para solicitar la administración judicial (art. 7), lo que permite advertir el interés del legislador belga por la preservación de la continuidad de la explotación.

La administración judicial da lugar, inicialmente a la suspensión temporal de pagos durante un periodo de observación de seis meses como máximo (art. 15, ap. 1 de la Ley de Administración Judicial). En consecuencia, el deudor puede sufrir de una incapacidad parcial, en la medida en que decida el tribunal, teniendo en cuenta las circunstancias concretas de la situación. Ahora bien, es imposible transferir al administrador la capacidad plena de administrar y disponer de los bienes. Sólo se le puede reconocer un papel de asistencia, representación o supervisión.

También se suspenden los derechos de ejecución de los acreedores: las medidas de ejecución ya iniciadas no pueden seguir adelante y los

acreedores no pueden adoptar nuevas medidas. Durante el periodo de observación, no pueden embargarse ni incautarse bienes (art. 22)⁶⁷⁷.

El tribunal puede autorizar al *juge-commissaire* (comisario judicial) responsable de la prórroga, a realizar la transferencia de la empresa o de una parte de ésta, si esta transferencia contribuye al reembolso de los acreedores y si permite el mantenimiento de una actividad económica y de un determinado volumen de empleo. El *juge-commissaire* responsable de la prórroga garantiza la publicidad necesaria para la decisión de enajenación de una actividad. Se autoriza a toda persona, a enviar una propuesta de reanudación al comisario judicial responsable de la prórroga (art. 41).

En interés de la empresa el tribunal puede a petición del deudor o del *juge-commissaire* responsable de la prórroga, aprobar modificaciones del plan con miras a favorecer la ejecución (art. 38 de la ley de concordatos judiciales).

Otra de las modificaciones que introduce la legislación en comentario, estriba en la posibilidad de realizar la transferencia de la empresa o de una parte de ésta si esta transferencia contribuye al reembolso de los acreedores y si permite el mantenimiento de una actividad económica y de un determinado volumen de empleo (art. 41), algo similar a nuestro art. 48 de la ley 24.522. En este supuesto, si la cesión de la empresa contribuye a reembolsar a los acreedores y a mantener la actividad económica y puestos de trabajo, el tribunal puede autorizar al administrador concursal a realizar la cesión parcial o total de la empresa (art. 41, ap. 1).

Si se propone la cesión total de la empresa, el tribunal sólo puede autorizarla si están de acuerdo más de la mitad de los acreedores cuyas

⁶⁷⁷ La doctrina belga ha clasificado a los acreedores en diferentes categorías. Se distingue entre acreedores generales (*generalisten*) y acreedores especiales (*separatisten*). Los *generalisten*, son los acreedores escriturarios y los acreedores privilegiados generales. Los *separatisten*, son los acreedores pignoratios, los acreedores hipotecarios y los acreedores que gozan de privilegios especiales. Los primeros, es decir, los acreedores generales están obligados a someterse al plan de saneamiento o de pagos, mientras que los acreedores especiales sólo lo están si han manifestado individual y expresamente su consentimiento. Los acreedores especiales no pueden tomar nuevas medidas de ejecución, ya que estas medidas han sido suspendidas. No obstante, pueden solicitar garantías adicionales si demuestran que las garantías de que disponen pueden experimentar una disminución de su valor. Disponible en la *world wide web*: http://ec.europa.eu/civiljustice/bankruptcy/bankruptcy_bel_es.htm (acceso del 04-02-2008).



acreencias han sido reconocidas, que hayan participado en la votación y que representen más de la mitad del valor total de los créditos.

4.e) Inglaterra

En el Reino Unido rige la *Insolvency Act* de 1986, la cual otorga cierta ventaja para el deudor, de iniciar el procedimiento en cualquier momento, en tanto que en la vieja ley de quiebras, los procedimientos tenían lugar a continuación de que se dictara la orden de desamparamiento⁶⁷⁸. A este beneficio se suma la posibilidad de que los acreedores y el ministerio público⁶⁷⁹ den inicio al trámite.

El legislador inglés no precisó el estado de insolvencia, empero, se limitó a sugerir ciertas manifestaciones denominadas: *acts of bankruptcy* (actos de bancarrota)⁶⁸⁰ que permiten inferir el estado de cesación de pagos. Estos *acts* «se consideraron la prueba incontrovertible de que los acreedores pueden ser perjudicados, constituyendo ello el presupuesto para que el órgano judicial dictara –a petición de parte– las providencias cautelares necesarias (*receiving order*) y dispusiera el procedimiento liquidativo respectivo»⁶⁸¹.

CÁMARA, al efectuar un estudio sobre los acuerdos voluntarios en el derecho comparado –en relación con el derecho inglés– afirma: que éste adopta frente a estos acuerdos una postura amplia, esto es, proclive a la celebración y concreción de arreglos entre acreedores y deudor⁶⁸².

⁶⁷⁸ Cfr. CÁMARA, *op. cit.*, vol. III-B, pág. 589.

⁶⁷⁹ *Insolvency Act*, Part I, 1 y Part. II, 9, 1.

⁶⁸⁰ Cfr. HEREDIA, *op. cit.*, t. III, pág. 98. Por su parte, para RIVERA, «si bien se mantiene alejada de una definición abstracta de la noción de insolvencia ha efectuado una radical simplificación de esa enumeración de actos de quiebra; según la *Insolvency Act* entonces, constituye acto de quiebra que el deudor no haya cumplido con una obligación quirografaria de por lo menos 750 libras esterlinas, o no se encuentre en situación de garantizar el pago de una deuda todavía no vencida de igual monto reclamada por un procedimiento previsto en la ley. La ley consiente que el tribunal pueda rechazar el pedido de quiebra si constata la aptitud del patrimonio del deudor en relación con las obligaciones y también si constata que el acreedor ha rechazado sin motivo suficiente la oferta de garantía o transacción hecha por el deudor. Estos actos, así como el procedimiento, son comunes para comerciantes y no comerciantes». RIVERA, Julio César, *Instituciones de Derecho Concursal*, ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, (1996), t. I, pág. 54.

⁶⁸¹ HEREDIA, *op. cit.*, t. III, pág. 98.

⁶⁸² Cfr. CÁMARA, *op. cit.*, vol. III-B, pág. 588.

En Gran Bretaña a diferencia de otros sistemas, los poderes de la *Court* son amplios, al punto que puede ordenar que una compañía quede sometida bajo una administración provisoria con miras a la aprobación de un acuerdo con los acreedores, la sanción de los responsables y, en su caso, la realización mas ventajosa del patrimonio⁶⁸³.

La ley prevé expresamente la necesidad de formulación de un plan, en lo que la ley inglesa contiene una muy precisa regulación de su contenido⁶⁸⁴ el cual tiene como finalidad la supervivencia de la empresa o de una de sus partes.

Después de la reforma a la *Insolvency Act* del año 2000, «la *Enterprise Act* de 2002, se hace eco de la llamada *rescue culture* (cultura del rescate) o *corporate rescue* (rescate corporativo o rescate de las sociedades) y flexibiliza los *voluntary arrangements* (arreglos voluntarios) extendiéndolo a personas ideales *corporate voluntary arrangements* (arreglos voluntarios corporativos)⁶⁸⁵, facilitando los acuerdos fuera de la Corte»⁶⁸⁶.

En Inglaterra las disposiciones también son rigurosas, en adecuada respuesta a los propósitos que dicha ley persigue de: “mantener la integridad de las empresas”. Según el organismo de aplicación: *Insolvency Service*, más de 9600 resoluciones de descalificación han sido emitidas desde 1986. A través de ellas, el descalificado padece una serie de severas restricciones de aplicación efectiva, con períodos que alcanzan hasta los 15 años, incluyéndose su nombre en el Registro de Directivos Descalificados, organismo que se encuentra a cargo del Registro de Sociedades. El organismo es elocuente en sostener que la citada ley “es una poderosa

⁶⁸³ *The Insolvency Act* de 1986, Part II, 8, 3, según el texto luego de la reformas de la *Insolvency Act* de 2000 y de las realizadas en la Part II por la *Enterprise Act* de 2002. IGLESIAS, *op. cit.*, pág 684.

⁶⁸⁴ *Insolvency Act*, Part. II, secc. 21, 22 y 23.

⁶⁸⁵ «Los supuestos de arreglos voluntarios de individuos estaban regulados con mayor extensión desde el inicio y se preveía la actuación de una Corte a los fines de las *Interim Orders*, que permiten aplicar una moratoria en los pagos, y una interrupción de las peticiones de quiebra y de los procedimientos contra los bienes del deudor. En los *voluntary arrangements* de compañías (CVA) este efecto no se producía, siendo uno de los defectos mencionados por la doctrina» ALEGRÍA, Héctor, *Acuerdo Preventivo Extrajudicial (Caracterización, problemas y acuerdos privados)*, en “Revista de Derecho Privado y Comunitario 2002-3: Concursos-1”, ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, (2003), pág. 157.

⁶⁸⁶ ALEGRÍA, “Perfiles...”, L.L. 2005-F-1244.

herramienta contra aquellos que abusan del privilegio de la confianza ilimitada”⁶⁸⁷.

Se advierte en el régimen inglés, el interés por la preservación de la empresa, conjuntamente con un sistema represivo fuerte contra aquellos que utilicen el procedimiento de insolvencia como herramienta para defraudar a terceros. Sin perjuicio de ello, la doctrina anglosajona advierte sobre la importancia en la designación por la Corte de un administrador para gerenciar la compañía en beneficio de los acreedores, con una visión de asegurar la supervivencia de la compañía en funcionamiento.

El sistema anglosajón intenta a través de los arreglos encontrar la mejor solución para el acreedor, pudiendo optar entre: a) el acuerdo; b) un arreglo para la liquidación del activo y, por último, c) la liquidación, sin descartar la posibilidad de continuación de la empresa.

Éste procedimiento previsto para Inglaterra y Gales, se distancia de los sistemas protectorios que desarrollaran Italia, Francia o Alemania por sólo citar algunos. La crítica que podría formularse al procedimiento de insolvencia inglés es la desprotección de las fuentes de empleo y la falta de un plan de reestructuración empresarial⁶⁸⁸, limitándose el mecanismo a conceder al deudor –como norte del proceso de quiebras– la suspensión de ejecuciones sobre sus bienes, a los efectos de que pueda concertar un acuerdo con los acreedores.

4.f) España

Hasta la entrada en vigencia de la nueva ley concursal española a través de la reforma introducida mediante Ley 22 del año 2003, las normas reguladoras de las situaciones de insolvencia se encontraban recogidas en diferentes textos legales⁶⁸⁹.

⁶⁸⁷ disponible en la *world wide web*: <http://www.insolvency.gov.uk/pdfs/cddafweb.pdf>. (acceso del 14-02-08).

⁶⁸⁸ Cfr. BARREIRO, Rafael Francisco y CAPUTO, Leandro Javier, *La prevención de las crisis empresariales: Criterios y bases para afrontar su solución* en “Derecho Concursal Argentino e Iberoamericano”, ed. Ad-Hoc, Bs. As., (1997), t. I, pág. 89.

⁶⁸⁹ Así, el Código de Comercio de 1829 y su homónimo de 1885, Código Civil, Ley de Suspensión de Pagos de 1922, Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, y otras numerosas disposiciones que han venido a modificar algunos de los preceptos contenidos en ellos. BENAVIDES VE-

La nueva normativa adopta los principios de “unidad legal”, de “disciplina”, de “sistema”⁶⁹⁰ y de “conservación”, tendiente éste último a superar la pérdida o destrucción del valor empresarial⁶⁹¹. Se superan los resabios de los viejos paradigmas entre concurso civil y comercial, unificando el procedimiento para ambos sujetos, desapareciendo el carácter represivo de la insolvencia mercantil.

Existe una simplificación del método, admitiendo la unidad del procedimiento de concurso, lo que se consigue en virtud de la flexibilidad del que la ley lo dota, que permite su adecuación a diversas situaciones y soluciones, a través de las cuales puede alcanzarse la satisfacción de los acreedores, finalidad esencial del concurso, con reglas particularmente ágiles para los concursos de menor entidad, similar a lo que sucede con los pequeños concursos regulados en el art. 288 de la ley 24.522, pero con pautas diferenciales en el procedimiento⁶⁹².

Se potencia con acierto, la presentación concursal oportuna del deudor, estableciendo la obligación de éste de iniciar el procedimiento, cuando conozca o hubiere debido conocer su estado de insolvencia; admitiendo incluso, el otorgamiento de privilegio general al acreedor instantane hasta la cuarta parte de su crédito (art. 91 inc. 6º). Esto ha sido admitido, a los fines de evitar que el deterioro patrimonial dificulte soluciones más adecuadas para satisfacer el interés de los acreedores. El procedimiento se inicia con una fase común, la que puede concluir en una de convenio o de liquidación.

Se mantiene el “principio de universalidad” patrimonial integrado por los bienes y derechos que a la fecha de declaración de concurso integran el conjunto de bienes del deudor, los que constituyen la masa activa. Se conserva el régimen de inhabilitación para los concursos de los declarados culpables, y se establece el deber del deudor de colaborar con los órganos del concurso, informándoles de cuanto sea de interés para auxiliar en la conservación y administración de la masa activa. El carácter

LASCO, Patricia y GONZÁLEZ FERNANDEZ, María Belén, *El nuevo régimen concursal en el ordenamiento jurídico español* en “Insolvencia”, RIVERA, Julio César (dir.), “Revista de Derecho Comparado”, ed Rubinzal Culzoni, (2004), pág. 68.

⁶⁹⁰ Extracto de la “Exposición de Motivos” de la ley española 22/2003.

⁶⁹¹ Cfr. PULGAR EZQUERRA, J., *El proyecto de ley concursal de 2002. Una aproximación crítica* en “Actualidad Jurídica”, ed. Aranzadi, n.º 550, (2002).

⁶⁹² Cfr. “Exposición de Motivos de la Ley Española 22/2003”.

universal del concurso justifica la concentración en un solo órgano jurisdiccional del conocimiento de todas estas materias, cuya dispersión quebranta la necesaria unidad procedimental y de decisión⁶⁹³.

En el caso particular de las ejecuciones con garantía real, si éstas no tuvieran un convenio, los bienes que estuvieren afectados serán ejecutados, para lo cual será competente el juez que entiende en el concurso (art. 57), a diferencia de lo que sucede en nuestro régimen concursal (art. 21 inc. 1º, ley 24.522).

La nueva normativa concursal española, sienta las bases de un remozado principio de igualdad de tratamiento de los acreedores que ha de constituir la regla general del concurso, y que las excepciones expresamente establecidas, han de ser contadas y siempre justificadas⁶⁹⁴.

La propuesta de concordato, si bien es amplia, posee ciertos límites, en los que se encuentra ínsito el orden público concursal. El ofrecimiento puede consistir en las dos variables clásicas de quita o espera o ambas, pero con la particularidad de que la propuesta que conlleve quita, no puede consistir en un despojo a los acreedores que resulte inferior al cincuenta por ciento de cada crédito ordinario, ni la espera puede superar los cinco años a partir de la aprobación del convenio (art. 100, LC española). Sin perjuicio de ello, y en el interés de la economía, por las características esenciales de la empresa, el juez podrá autorizar –previo informe de la administración– la superación de dichos límites, con lo que tácitamente se encuentra admitido el principio de conservación de la empresa, en la legislación ibérica.

La ley española, expresamente, admite en aras de la conservación de la actividad profesional o empresarial del concursado la posibilidad de presentar un convenio de continuación de la explotación, como instrumento adecuado para la salvaguarda de empresas que se consideren total o parcialmente viables, en beneficio no sólo de los acreedores, sino del propio concursado, de los trabajadores y de otros intereses. Para ello, resulta necesario contar con un informe de la administración concursal, el que opera como una suerte de garantía de este tipo de solución.

⁶⁹³ Cfr. Considerando IV de la “Exposición de Motivos de la ley española 22/2003”.

⁶⁹⁴ Cfr. Considerando V de la “Exposición de Motivos de la ley española 22/2003”.

Por último, el régimen español, ha mantenido el régimen de calificación de conducta y, a diferencia del sistema argentino, no solamente a preservado el instituto, sino que lo ha profundizado. La fase de calificación es abierta cuando se dan algunas de las siguientes situaciones: a) si se ha aprobado un convenio especialmente gravoso para los acreedores; o, b) si se abre la fase de liquidación. *Ex post* y oídos los interesados, los administradores y el Ministerio Fiscal, podrá ser calificado judicialmente como fortuito o como culpable, si bien la calificación correspondiente, sólo tendrá efectos civiles, quedando a salvo el tratamiento del mismo en la esfera penal⁶⁹⁵.

De lo reseñado se desprende que la universalidad es el principio más fuerte del derecho concursal español, el que pregona que debe ser el juez de la quiebra quien entienda en todas las materias atinentes a la problemática concursal en aras de lograr unicidad en las decisiones.

4.g) Estados Unidos

El sistema del *Bankruptcy Code* (Código de Quiebras de los EE. UU.) se sostiene sobre institutos de neto contenido preventivo-reorganizativo (*Chapter 11*), en una suerte de balanceo entre el deseo del deudor en la reestructuración de su pasivo y el interés de los acreedores en percibir sus acreencias.

En el *Bankruptcy Code* se encuentran reguladas las distintas clases de procedimientos⁶⁹⁶ que el sistema norteamericano pone a disposición

⁶⁹⁵ Los sujetos que pudieren resultar afectados por la calificación de culpable quedarán inhabilitados para administrar bienes ajenos y para representar a terceros, perderán sus derechos como acreedores en el concurso, deberán devolver los bienes y derechos indebidamente adquiridos y tendrán que indemnizar los daños y perjuicios ocasionados. Además la resolución que así los declare se hará pública mediante un Registro creado al efecto. Cfr. BENAVIDES VELASCO y GONZÁLEZ FERNANDEZ, *op. cit.*, pág. 101.

⁶⁹⁶ «La ley actual es la sancionada en 1978 con la reforma de 1994. Los capítulos de la ley no son correlativos. La ley se sancionó originariamente con los capítulos 1, 3, 5, 7, 9, 11, 13 y 15. Los números pares se reservaron para futuras enmiendas. Luego se añadió el capítulo 12 para la quiebra de ciertos granjeros. Posteriormente, en la reforma de 1986, se suprimió el capítulo 15 (...) los capítulos 1, 3 y 5 se refieren a normas generales. El capítulo 7 regula la quiebra liquidatoria, el capítulo 9 se refiere a las municipalidades, y el capítulo 11, el más famoso de todos, trata sobre la reestructuración de los pasivos empresarios mediante acuerdos con los acreedores. Finalmente, el capítulo 13 se refiere a las personas físicas con ingresos estables». FAVIER DUBOIS, Eduardo M.

del sujeto *in malis* para la solución de las crisis económica-financieras, tanto de las personas físicas como jurídicas, pudiendo recurrir a la utilización de las siguientes opciones: a) *liquidation proceedings* o procedimientos liquidativos (*Chapter 7*); b) *adjustments of debts of a municipality* o ajuste o arreglos de deudas de un municipio (*Chapter 9*); c) *reorganization* o reorganización (*Chapter 11*); d) *adjustments of debts of a family farmer with regular annual income* o ajuste de deudas de familia granjera con un ingreso anual regular (*Chapter 12*); e) *adjustments of debts of an individual with regular income* o ajuste de deudas de persona física con ingreso regular (*Chapter 13*) y, finalmente, producto de las modificaciones introducidas al régimen concursal mediante ley 256, se incorporó el *Chapter 15*, dedicado a la regulación de los deudores foráneos, entendidos por tales, los sujetos que poseen su domicilio fuera de los EE.UU, reemplazando la secc. 304 del *Bankruptcy Code*⁶⁹⁷.

La ley americana esta diseñada sobre la base del principio inquisitivo, por medio del cual se estructura todo el sistema, con un tribunal con amplias facultades. En este sentido cobra relevancia la intervención de la judicatura americana en el diseño de la *Banckruptcy Abuse Prevention and Consumer Protection Act* en su genérica *Secc 105*⁶⁹⁸; como, asimismo, las potestades conferidas en la *Secc 1129 (ii)* respecto del futuro del

(h), *Bankruptcy Code (U.S.A.)*, Código de Quiebras de los Estados Unidos de América, revisada por Eduardo M. FAVIER DUBOIS (h.), ed. Errepar, Bs. As., (2002), pág. 13.

⁶⁹⁷ «el incidente no tiene el mismo efecto jurídico que un proceso de quiebra completo (también denominado juicio principal) en virtud del Código de Quiebras. (*in re* “Axona Int'l Credit & Commerce Ltd.”, 88 B.R. 597, 606 [Bankr. S.D. N.Y. 1988]). Más bien provee una protección limitada, mediante la que el tribunal de quiebras de los Estados Unidos puede dictar la medida apropiada que facilitará la quiebra o el concurso preventivo que esté tramitando en un tribunal extranjero. El incidente evita la “disgregación por los acreedores locales de los bienes ubicados en [Estados Unidos] que están involucrados en un procedimiento concursal extranjero”. También provee un medio más eficiente y menos costoso de proteger los bienes dentro de los Estados Unidos como una alternativa al expediente más costoso del proceso principal en los términos del Código de Quiebras (...) La presentación de un incidente no importa la iniciación de un proceso concursal completo en los términos del Código de Quiebras. Por lo tanto, no se designa ni un síndico ni un comité de acreedores. Tampoco crea un procedimiento en el que los créditos contra la masa puedan presentarse y adjudicarse». Ver más en FIELDING, Michael D., *La reforma a la ley de quiebras de los EE. UU.*, L.L. 2006-A-1034.

⁶⁹⁸ Ver *Banckruptcy Abuse Prevention and Consumer Protection Act* of 2002.

plan de reestructuración presentado en el marco de un proceso del *Chapter 11*⁶⁹⁹.

Es precisamente el Capítulo 11 el que exhibe gran preocupación por la elaboración de un plan⁷⁰⁰, lo cual vislumbra la finalidad misma del proceso de reorganización, esto es, la “conservación de la empresa”, por medio de la ejecución de un plan, el cual se transforma en el punto de inercia de todo el proceso, y establece que, por lo menos durante los primeros 120 días, quién puede presentar un plan para su aprobación, es exclusivamente el deudor⁷⁰¹, el cual goza de un plazo de 180 días para obtener las conformidades y, eventualmente, realizar las modificaciones necesarias para lograr, por último, su *confirmation* (*Secc. 1129.a, Capítulo 11*).

Los objetivos que persigue el plan son muy claros y emergen de los dispositivos de las Secciones 1123 y 1124 del *Bankruptcy Code*, a saber: a) solucionar el incumplimiento en el pago de los pasivos y, b) permitir la conservación de la empresa, a través del proceso de *reorganization*.

Sin perjuicio de ello –y a pesar de las potestades que posee el deudor para modificar el plan en orden a su aprobación– el *judge* conserva amplios señoríos para considerar si el plan no discrimina injustamente a aquellos acreedores que no lo hubieren aceptado, y si es justo y equitativo (*Secc. 1129.b*). También posee autoridad para considerar la viabilidad del plan, esto es, que las perspectivas de que la empresa recupere solvencia o en términos económico-financieros “capacidad de pago”, luego del proceso reorganizativo, son reales.

A pesar de estas ideas-fuerza de la ley de bancarrotas americana, el legislador estadounidense fue más allá, y en el transcurso del año 2005 sancionó la ley *The Bankruptcy Abuse Prevention and Consumer Protection Act* (Ley 256 de Prevención del Abuso de la Quiebra y Protección del Consumidor), contemplando un aspecto no advertido en la ley de fondo: *Bankruptcy Code*, cual es, un régimen de insolvencia para pequeños consumidores, personas físicas, con ingresos regulares

⁶⁹⁹ Cfr. IGLESIAS, *op. cit.*, pág 684.

⁷⁰⁰ Secc 1123, 1124 y 1125 del *Bankruptcy Code*.

⁷⁰¹ Cfr. ALEGRÍA, Héctor, “*Acuerdo Preventivo Extrajudicial...*”, pág. 148, nota al pie n.º 5.

anuales⁷⁰². La reforma es producto de los estudios que realizara la Ley Modelo sobre Insolvencia Transfronteriza promulgada por la “UNCITRAL” en el año 1997⁷⁰³.

La ley 256 ha incorporado en el *Chapter 15* denominado *Ancillary and Other Cross-Border Cases*, una significativa enmienda para los deudores con domicilio en el extranjero, mediante la apertura de un *ancillary proceeding* (procedimiento anciliario o incidental)⁷⁰⁴ ante un tribunal de los EE. UU., logrando una permanente conexión y cooperación entre las autoridades del país extranjero donde reside el concurso principal y la corte americana, en relación esencialmente a los bienes existentes en el país⁷⁰⁵. Para la apertura se exige: «1) un pedido expreso de iniciación de

⁷⁰² «En el inciso 30° de la Sección 101, Cap. I, del *Bankruptcy Code* se define al *individual with regular income* como aquel individuo cuyo ingreso es lo suficientemente estable y regular como para permitirle efectuar pagos según un plan conforme al capítulo 13. Para tener una somera noción de cual es el ingreso regular mínimo anual que permitiría (u obligaría) a un deudor a acceder al Capítulo 13, ver The Washington Post, edición digital del 14-4-05, “*Congress Approves Bankruptcy Overhaul*”, donde reseña que para una familia con dos integrantes, ese ingreso promedio anual del año 2004 debía ser de US\$ 59.873 en Maryland; de US\$ 52.210 en el Distrito de Columbia; y de US\$ 53.984 en Virginia. Para familias con tres integrantes, los valores ascenderían a US\$ 67.882; US\$ 58.519 y US\$ 59.184, respectivamente, mientras que con cuatro integrantes, los mínimos anuales serían de US\$ 78.792; US\$ 65.543 y US\$ 67.341, para cada uno de los estados referidos. Precisamente para familias de cuatro integrantes, y según datos del *United States Census Bureau*, en el año 2004 el ingreso promedio anual para todo el país, ascendió a US\$ 65.093, cuyo mínimo fue el del estado de New Mexico (US\$ 45.867) y el máximo el del estado de Massachusetts (US\$ 82.561) (conf. The New York Times, edición digital del 9-03-05, “*Bankruptcy Bill Set for Passage; Victory for Bush*”, por Stephen Labaton)». Cit por LORENTE, Javier, *Breve comentario sobre la reciente reforma a la ley concursal norteamericana*, Práctica y actualidad concursal, ed. Errepar, junio (2005), n.º 64.

⁷⁰³ UNCITRAL (*United Nations Commission on International Trade Law*). *Proyecto de guía legislativa sobre el régimen de la insolvencia* elaborado por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), (en su traducción al español).

⁷⁰⁴ Subordinado, subsidiario, dependiente. Appleton’s New Cuyás Dictionary. Fifth edition. English-Spanish.

⁷⁰⁵ «El proceso previsto en el Capítulo 15 constituye un mecanismo eficiente y de costos relativamente bajos mediante el cual un representante extranjero puede proteger los bienes de un deudor extranjero ubicados en los Estados Unidos y obtener la cooperación del juez en un proceso transnacional de cesación de pagos. El incidente reviste especial utilidad a la hora de ejecutar sentencias. Además, permite al representante extranjero reclamar la entrega de los bienes del concurso para favorecer el desarrollo ordenado del proceso concursal o liquidatorio extranjero. Lamentablemente, el incidente no otorga todos los beneficios y las protecciones de un proceso completo. Es por ello que el representante extranjero debe sopesar cuidadosamente todos los factores involucrados antes de decidirse por uno u otro tipo de proceso». FIELDING, *op. cit.*, pág 1034.

tal procedimiento y la designación del “representante extranjero”; 2) adjuntar una certificación del tribunal concursal extranjero que acredite la existencia del proceso concursal foráneo; y 3) acreditar la designación y facultades del peticionario como “administrador extranjero”. Estos recaudos pueden ser suplidos con cualquier otro elemento probatorio, siempre que éste persuada al juez concursal americano»⁷⁰⁶.

Otro instituto que introdujo la reforma a la *Bankruptcy Code* en materia de arreglos, son los denominados *prepackaged plans* o, más familiarmente “*prepacks*”, los que hace un tiempo atrás la doctrina nacional decidió llamar acuerdos “prefabricados”⁷⁰⁷, en sentido similar a lo que nosotros denominamos APE (acuerdo preventivo extrajudicial).

Entre las ventajas que presenta la realización de estos acuerdos prearmados se enumeran: a) el ahorro significativo de tiempo; b) el ahorro de costos; c) la mayor facilidad en la obtención de las conformidades y en el manejo del procedimiento; d) la reducción de efectos deteriorantes sobre los negocios del deudor y e) la menor exposición pública⁷⁰⁸.

Siguiendo el pensamiento de MARTORELL, puede decirse que el derecho americano se sostiene en los principios de unidad nacional y pluralidad internacional de los procedimientos de quiebra, advirtiendo que en relación al segundo de estos fenómenos «se adscriben a la denominada pluralidad “pura” los sistemas que sostienen que la quiebra de una compañía y de un comerciante podrá ser decretada en todos los países en los que el deudor posea un establecimiento, aunque fuere menor o secundario, una sucursal o bienes de su patrimonio. Estas quiebras se someten a la ley local del juez interviniente (*lex fori*), cuya aplicación es territorial y limitada en sus efectos a la parte del patrimonio del fallido, ubicada en el país en que la quiebra es decretada»⁷⁰⁹.

El sistema norteamericano, concede amplias facultades al deudor a los fines de obtener su reorganización. Existe una impronta importante de los conceptos de “continuación de la empresa” y “plan”, que quedan so-

⁷⁰⁶ LORENTE, *op. cit.*, n.º 64.

⁷⁰⁷ Cfr. LORENTE, Javier A., *La ley de quiebras norteamericana: Panorama general con referencia a la ley argentina*, ed. Errepar, Doctrina Societaria y Comercial, DSE N° 181, Diciembre (2002), t. XIV, pág. 850.

⁷⁰⁸ Cfr. ALEGRÍA, Héctor, “*Acuerdo Preventivo Extrajudicial...*”, págs. 150-151.

⁷⁰⁹ MARTORELL, *op. cit.*, t. II-A, pág. 59.

metidos a una vigilancia estricta por parte del magistrado concursal, priorizando a través de las reformas introducidas al régimen general, la protección de los acreedores y del consumidor a través de la sanción del abuso en la utilización de la quiebra (*The Bankruptcy Abuse Prevention and Consumer Protection Act*).

4.h) Brasil

La República Federativa del Brasil mediante ley n.º 11.101 del año 2005 modificó la norma sobre *falências*, que bajo el título *Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária* (en adelante, *Lei de Falências*), introduce interesantes modificaciones al sistema concursal, reemplazando el viejo Decreto-Ley 7661 denominado *Lei de Falências e Concordatas*, y que regía los procesos universales en el vecino país desde el año 1945.

La novel legislación brasileña incorpora dos sistemas que permiten la continuidad de la empresa con dificultades económicas; estos son: la *recuperação judicial* (recuperación judicial –procedimiento similar a la vieja *concordata* y emparentado con nuestro concurso preventivo–) y la *recuperação extrajudicial* (recuperación extrajudicial, adoptando la modalidad de acuerdos extrajudiciales; análogo a nuestro APE) de empresas.

La nota sobresaliente de la nueva legislación abrevia en los sujetos habilitados para solicitar la apertura del procedimiento: el empresario y la sociedad empresaria. Esto surge como consecuencia de la entrada en vigor de la ley 10.406, del 10 de enero de 2002, por la cual se aprobó el nuevo Código Civil brasileño, que ha unificado el derecho privado (civil y comercial) y, en el que se adopta la “teoría de la empresa”, por lo que las figuras del comerciante y de la sociedad comercial han dado lugar al empresario y la sociedad empresaria⁷¹⁰, (art. 1, *Lei de falências*), con las siguientes precisiones: a) la “recuperación judicial” exige que el deudor se encuentre efectivamente en actividad al momento de pedirla y que esa actividad se haya desarrollado en los dos años anteriores (art. 48, *Lei de*

⁷¹⁰ El Código Civil del Brasil dejó sin efecto la primera parte del Código comercial de 1850 (arts. 1 a 456). Para los empresarios civiles existe un proceso diferente de ejecución concursal, la insolvencia, civil, regulada en los artículos 748 y siguientes del Código de Proceso Civil. El art. 966 redefine el concepto de sujeto empresario.

falências)⁷¹¹, lo cual plantea el interrogante de si la empresa debe estar en marcha, a lo que podría responderse, afirmativamente y b) la quiebra (*falência*) no puede decretarse si el deudor ha inscripto la cesación de su actividad empresarial más de dos años antes del pedido y, en caso de sociedad anónima, no será decretada su quiebra después de la liquidación y partición de su activo (art. 96 inc. VIII.1, *Lei de falências*)⁷¹², lo que distaría de lo preceptuado por el art. 5 de nuestro régimen concursal (ley 24.522)⁷¹³.

El régimen de la *recuperação judicial* tiene por objetivo viabilizar la superación de la crisis económico-financiera del deudor, a fin de permitir el mantenimiento de la fuente productora de empleo de los trabajadores y los intereses de los acreedores, promoviendo así, la preservación de la empresa, de su función social y del estímulo a la actividad económica⁷¹⁴.

Como parte del proyecto de recuperación judicial, el legislador brasileño ha previsto el tratamiento de las denominadas “microempresas o empresas de pequeño porte” (Capítulo III, Sección V), en el denominado: “plan especial de recuperación judicial”. Este plan establece un período tope de tiempo (180 días, contados desde la publicación respectiva) para el pago de la primera cuota (en total 36) de un plan de pagos mensuales, iguales y consecutivos, que estará dirigido –independientemente de la voluntad que al efecto manifiesten los *accipiens*– a los acreedores quirografarios. El magistrado, en este especial tipo de procedimiento, no cita a los acreedores a los fines de conocer su postura sobre el plan, sino que derechamente homologa el acuerdo, salvo que exista oposición de más de la mitad de los créditos quirografarios comprendidos.

⁷¹¹ «El mismo art. 48 excluye de la recuperación judicial a quien esté fallido, a quien obtuvo otra recuperación judicial en los cinco años anteriores, o en los ocho años anteriores si se trata de empresa de pequeño porte. También lo excluye para el administrador, socio controlador o persona condenada por cualquiera de los delitos previstos en esta misma ley. El artículo 51 inc. V exige la presentación de la certificación de la regularidad del deudor en el Registro Público de Empresas, lo que hace pensar en la imposibilidad de acceder a la recuperación judicial por los deudores no inscriptos o de las sociedades no regulares». ALEGRIA, Héctor, *Noticia sobre la nueva ley de concursos brasileña (Lei de falencias)*, L.L. 2005-B-1366.

⁷¹² Cfr. *ibidem*.

⁷¹³ Art. 5. *Sujetos*. “Pueden solicitar la formación de su concurso preventivo las personas comprendidas en el artículo 2, incluidas las de existencia ideal en liquidación” (ley 24.522).

⁷¹⁴ Art. 47 ley 11.101.

La nueva legislación falimentaria brasileña, permite advertir la preocupación del legislador carioca por encontrar un sistema que se ajuste a las necesidades del sujeto (empresa de pequeño porte), permitiendo la superación del estado de iliquidez que pueda presentar, en aras de la prosecución de la actividad.

El régimen brasileño se desprende del concepto de “cesación de pagos”, como presupuesto necesario para requerir la recuperación de la empresa y se sustenta en un concepto más genérico y temporal, el de la crisis económico-financiera como recaudo para la iniciación del procedimiento, lo que fuera ya receptado por el proyecto legislativo 4376 del año 1993. Este proyecto (antecedente de la actual ley reformada) establecía como factores relevantes para la concesión del trámite de recuperación judicial, los siguientes: a) la relevancia social o económica de la actividad desarrollada por el deudor en su contexto local, regional o nacional; b) la mano de obra y tecnología utilizada por el deudor; c) el volumen del activo y pasivo según balance realizado conforme a las normas brasileñas de contabilidad; d) la antigüedad de la empresa y e) la facturación anual. Asimismo, el proyecto legislativo reseñaba una lista ejemplificativa de medidas –soluciones– a las que se podría arribar para lograr la recuperación de la empresa⁷¹⁵.

Otra característica del régimen brasileño, la constituye la adopción de los “comité de acreedores”, siguiendo los lineamientos de las más recientes reformas en el derecho comparado en materia de insolvencia. Esta figura se compone de tres miembros y dos suplentes, designados por

⁷¹⁵ El PL 4376/93 del Brasil, y que luego fuera receptado por el art. 50 de la ley n.º 11.101 del año 2005, presentaba una lista ejemplificativa de las medidas que podrían adoptarse con el firme propósito de garantizar la recuperación judicial de la empresa. Estas medidas que presentan como recaudo su previa aprobación en “asamblea general” por todos los acreedores, son las siguientes: a) la concesión de plazos y condiciones especiales para el pago de las obligaciones vencidas o de vencimiento próximo; b) la cesión, escisión, fusión o transformación de la sociedad, constitución de una filial totalmente participada o cesión de las acciones o cuotas, siempre que se respeten los derechos de los accionistas o cuotistas; c) la transferencia o arrendamiento, preferentemente a una sociedad constituida por trabajadores de la propia empresa, siempre que se aseguren los bienes y se cumplan con cualesquiera exigencias impuestas por el juez; d) la constitución por los acreedores de una sociedad; e) la constitución de una sociedad de propósito específico a la que se le adjudiquen en pago los créditos y activos de la empresa, siempre que se satisfagan proporcionalmente los créditos de los acreedores que manifiesten su disconformidad a tal medida; y, f) la capitalización de créditos en cuantía suficiente para conseguir el equilibrio económico financiero de la sociedad y que se viabilice la continuidad de sus operaciones (cfr. art. 50, LF).

asamblea general de acreedores (art. 26, *Lei de falências*) e integrada por: a) los trabajadores de la empresa; b) los acreedores cuyos créditos estén garantizados con derechos reales o privilegios especiales y c) los acreedores quirografarios o con privilegio general. Este comité posee funciones específicas⁷¹⁶, tendientes a dotar de un mayor control en la administración de la empresa, especialmente, durante el trámite de recuperación.

El parlamentario brasileño ha pergeñado una normativa que contempla distintas alternativas para la solución de la insolvencia, salvaguardando el interés de los acreedores pero, preservando la empresa como unidad productora de bienes y servicios, por lo que podría considerarse que el régimen es netamente preventivo y reorganizativo, con especial énfasis en la conservación de la pequeña hacienda

4.i) Las recientes reformas en los países de América Latina

En algunos países de América latina, el fracaso de los procedimientos concursales tradicionales llevó a intentar soluciones de corte básicamente administrativo para paliar la crisis empresarial y la insolvencia⁷¹⁷. Lógicamente, estos países cuentan con una estructura constitucional que permitía tales intervenciones.

En Colombia el art. 2 de la ley 550 dispone que el Estado intervendrá en la economía para los siguientes fines: a) promover la reactivación de la economía y el empleo mediante la reestructuración de empresas; b)

⁷¹⁶ Entre las funciones atribuidas al “comité de recuperación judicial, se pueden mencionar: a) elaborar, cuando fuera necesario, un plan de recuperación judicial alternativo y presentar al mismo tiempo un estudio que ponga de manifiesto la inviabilidad económico-financiera del plan de recuperación judicial presentado por el deudor, aprobado por la asamblea general de acreedores; b) fiscalizar la administración de la empresa por el deudor durante el transcurso del procedimiento de recuperación judicial y presentar cada treinta días un informe sobre los resultados de la misma; c) resolver cualesquiera reclamaciones de los interesados y emitir informes sobre los mismos; d) fiscalizar la ejecución del plazo de recuperación judicial presentado por el deudor; y, e) someter a la aprobación del juez competente: (i) la enajenación de los bienes del deudor en los casos en los que haya sido desposeído de los mismos; (ii) la constitución de gravámenes y otras garantías; y (iii) la realización de actos o contratos de los que se derive un endeudamiento de la sociedad, siempre que sean necesarios para garantizar la continuación de la actividad empresarial durante el período anterior a la aprobación del plan de recuperación judicial (cfr. art. 27, LF).

⁷¹⁷ En varios países se admitió la intervención judicial de empresas, pero limitada en casos específicos. Cfr. ALEGRÍA, Héctor, “Perfiles...”, pág. 1244.

hacer más eficiente los recursos; c) mejorar la competitividad y promover la función social de los sectores y empresas reestructuradas; d) restablecer la capacidad de pago; e) facilitar el acceso al crédito y redescuento de créditos, etc.⁷¹⁸; imponiendo inclusive, a los empresarios, a los administradores de las empresas y a todos los acreedores internos y externos de éstas, las obligaciones que se consignan en la citada normativa (art. 4, ley 550).

La misma situación se verifica en Perú⁷¹⁹, donde actúa el INDECOPI (Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual), el que por medio del tribunal y la Comisión de Procedimientos Concursales, se encarga sustancialmente de esta clase de procesos con una limitada intervención judicial.

Con algunas sutiles diferencias en Ecuador interviene la “Superintendencia de Compañías”, con la eventual actuación de las Cámaras de Comercio, según la Constitución Política de 1998.

Por otro lado, en Bolivia la ley 2495 del 4 de julio de 2003, establece un procedimiento de “Reestructuración voluntaria” reglamentado por

⁷¹⁸ Art. 2 ley 550. *Fines de la intervención del estado en la economía*. “El Estado interviendrá en la economía conforme a los mandatos de la presente ley, en el marco de lo dispuesto en los artículos 334 y 335 de la Constitución Política, para los siguientes fines: 1. Promover la reactivación de la economía y el empleo mediante la reestructuración de empresas pertenecientes a los sectores productivos de la economía, tales como el agropecuario, el minero, el manufacturero, el industrial, el comercial, el de la construcción, el de las comunicaciones y el de los servicios; 2. Hacer más eficiente el uso de todos los recursos vinculados a la actividad empresarial; 3. Mejorar la competitividad y promover la función social de los sectores y empresas reestructuradas; 4. Restablecer la capacidad de pago de las empresas de manera que puedan atender adecuadamente sus obligaciones; 5. Facilitar el acceso al crédito y al redescuento de créditos en términos y condiciones que permitan la reactivación del sector empresarial; 6. Fortalecer la dirección y los sistemas de control interno de las empresas; 7. Procurar una óptima estructura administrativa, financiera y contable de las empresas reestructuradas; 8. Asegurar la calidad, suficiencia y oportunidad de la información que se suministre a socios o accionistas y a terceros; 9. Propender porque las empresas y sus trabajadores acuerden condiciones especiales y temporales en materia laboral que faciliten su reactivación y viabilidad; 10. Facilitar la garantía y el pago de los pasivos pensionales; 11. Establecer un marco legal adecuado para que, sin sujeción al trámite concursal vigente en materia de concordatos, se pueda convenir la reestructuración de empresas con agilidad, equidad y seguridad jurídica” (la cursiva del título, no aparece en el original).

⁷¹⁹ Ley general del sistema concursal n.º 27.809 del 5 de agosto de 2002, cit. por Héctor ALEGRÍA, *idem*.

el Decreto Supremo 27.187, donde se establece la actuación de la Superintendencia de Empresas en tales procesos⁷²⁰.

En el caso puntual de los Estados Unidos Mexicanos, la Ley de Concursos Mercantiles que entrara en vigencia el 12 de mayo del año 2000 y que suplantara a la anterior Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos, establece en el artículo primero que la ley es de interés público, como que es de interés público “conservar las empresas”⁷²¹. Prueba de esta intención, es lo prescripto en el art. 3 que posee como principio teleológico, la conservación de la empresa del comerciante y en el art. 339 que habilita a requerir la solicitud de concurso mediante acuerdo con los acreedores reconocidos, debiendo cumplimentar ciertos requisitos de mayoría y el acompañamiento de un plan de reestructuración de pasivos⁷²².

La ley concursal chilena 18.175, fue objeto de reformas, en tres ocasiones, en un mismo año, lo que se instrumentara mediante la leyes 20.004 del 08/03/05, en vigencia desde el 08/05/05; la ley 20.073 del 29/11/05, en vigencia desde el 29/01/06 y por último, la ley 20.080 del 24/11/05.

En cuanto a la segunda reforma (ley 20.073), aparece como el instrumento más importante –a los fines de la presente obra– ya que la misma busca impulsar la celebración de convenios entre el deudor y sus acreedores, a través de la vía extrajudicial (art. 169) o la vía judicial preventiva (art. 171).

⁷²⁰ Cfr. *ibidem*.

⁷²¹ Art. 1. “La presente Ley es de interés público y tiene por objeto regular el concurso mercantil. Es de interés público conservar las empresas y evitar que el incumplimiento generalizado de las obligaciones de pago ponga en riesgo la viabilidad de las mismas y de las demás con las que mantenga una relación de negocios”.

⁷²² Art. 339. “Será admitida a trámite la solicitud de concurso mercantil con plan de reestructura cuando: I. La solicitud reúna todos los requisitos que ordena el artículo 20 de esta Ley; II. La solicitud la suscriba el Comerciante con los titulares de cuando menos el cuarenta por ciento del total de sus adeudos. Para la admisión del concurso mercantil con plan de reestructura será suficiente que el Comerciante manifieste bajo protesta de decir verdad que las personas que firman la solicitud representan cuando menos el cuarenta por ciento del total de sus adeudos; III. El Comerciante manifieste bajo protesta de decir verdad que: a) se encuentra dentro de los supuestos de los artículos 10 y 11 de esta Ley, explicando los motivos; o, b) es inminente que se encuentre dentro de los supuestos de los artículos 10 y 11 de esta Ley, explicando los motivos. Por inminencia debe entenderse un periodo inevitable de treinta días; y, IV. La solicitud venga acompañada de una propuesta de plan de reestructura de pasivos del comerciante, firmada por los acreedores referidos en la fracción II”.

En el ordenamiento del país trasandino aparece la figura del facilitador, que es la persona designada por el juez, quien “deberá evaluar la situación legal, contable, económica y financiera del deudor y proponer a los acreedores un convenio que sea más ventajoso que la quiebra de aquél o, en caso contrario, solicitar al tribunal que declare la quiebra del deudor, quien deberá ordenarla sin más trámite...” (art. 177 ter.). Sin perjuicio de quien es el sujeto que se encuentra en mejores condiciones para formular una propuesta concordataria (deudor vs. facilitador), el legislador chileno da la nota de preocupación al incorporar un sistema que en términos similares a nuestro actual art. 52 de la ley 24.522 (*cramdown power*), permitiría lograr un convenio que sea más ventajoso que la liquidación de los bienes de la hacienda.

La primera nota crítica que podría efectuarse a esta normativa, está en que el sistema no contempla el concurso de los deudores civiles, quienes se someten a un procedimiento de cesión de bienes (Título XV) y los acreedores, toman posesión de los bienes, quienes pasan a administrarlo en nombre del deudor, si no hay aceptación, los bienes se liquidan y se aplican las disposiciones de la ley de quiebras. La segunda apreciación reside en que el deudor que logre un acuerdo extrajudicial con sus acreedores, no logrará que el mismo posea efectos *erga omnes*, esto es, posea eficacia frente a aquellos que no lo suscribieron –similar a lo que sucedía con los acuerdos extrajudiciales preventivos de nuestra legislación, previo a la modificación a la ley concursal efectuada mediante ley 25.589–.

La recientísima reforma a la ley concursal uruguaya, efectuada por ley 18.837 del 23 de octubre de 2008, siguiendo las nuevas tendencias de la *Legge Fallimentare* italiana, admite el concurso del sujeto: persona física o jurídica (civil o comercial), que realice actividad empresaria, definiendo a ésta como: “la actividad profesional, económica y organizada con finalidad de producción o de intercambio de bienes o servicios” (art. 2).

El presupuesto objetivo de la declaración de concurso, también fue motivo de preocupación por parte del legislador uruguayo, ampliando el requisito para la declaración de concurso del deudor a una mera imposibilidad de cumplimiento de sus obligaciones (art. 1).

Merece cierto reparo el art. 12 de la ley uruguaya, en cuanto establece la competencia del departamento de Montevideo, para los deudores cuyo pasivo sea superior a 35.000.000 UI (treinta y cinco millones de

unidades indexadas), aunque estos procedimientos se hubieren iniciado fuera del departamento capital, alterando los principios de competencia territorial y de los criterios que atribuyen competencia al lugar de la sede o asiento principal de la empresa.

El procedimiento uruguayo mantiene el sistema de junta de acreedores, en la cual se decide la suerte del deudor, bajo condición de cumplir determinados requisitos: a) presentación ante el juez del concurso de una o varias propuestas de convenio, acompañadas de un plan de continuación o de liquidación; b) adjuntar un régimen que debe contener un cuadro de financiamiento, en el que se describirán los recursos necesarios para la continuación total o parcial de la actividad profesional o empresarial del deudor durante el período de cumplimiento del convenio, así como sus diferentes orígenes. Éste deberá incluir una fórmula de pago a los acreedores con privilegio especial (art. 138).

La propuesta o propuestas de convenio presentadas por el deudor, el plan de continuación o de liquidación y el informe especial que sobre este plan hubiera emitido el síndico o el interventor, son puestos a consideración de los acreedores en ocasión de celebrarse la junta (art. 143), para lo cual en caso de existir una propuesta de convenio que consista en el pago íntegro de los créditos quirografarios en plazo no superior a dos años o en el pago inmediato de los créditos quirografarios vencidos con quita inferior al 25% (veinticinco por ciento), será suficiente que voten a favor, acreedores que representen una porción del pasivo del deudor con derecho a voto superior a la que vote en contra, siempre que los votos favorables representen, como mínimo, la cuarta parte del pasivo quirografario del deudor, deducido el pasivo sin derecho a voto (art. 144 inc. b).

La reducción de las mayorías cuando la propuesta resulte más ventajosa para los acreedores, por consistir en un pago íntegro o con quita no inferior al 25% de los créditos (si se tratase de propuesta con plazo de espera en el pago inferior a dos años o pago inmediato), admite la existencia de diversos criterios rectores tendientes a priorizar la solución preventiva.

Las tendencias en el derecho comparado americano dan cuenta, cada vez más, de un ferviente desvelo por los problemas que plantea la insolvencia y de las soluciones –en algunos casos bastante alejadas de las recomendaciones que otrora siguiera nuestro país– con la importación de normas o sistemas, que desde ningún punto de vista garantizan los resul-

tados que pudieron tener en otras latitudes, especialmente en Europa y EE.UU.⁷²³.

No obstante las apreciaciones apuntadas, existe una marcada tendencia a proteger la empresa “socialmente útil”, al punto de declarar de “interés público” conservar las empresas y evitar la cesación de pagos⁷²⁴. Ejemplo de ello es la ley 550 de Colombia que en el art. 64 establece un sistema de evaluación periódica de los instrumentos previstos en la ley para la reactivación de las empresas⁷²⁵, lo que da cuenta, no solamente de la preocupación sino de la vigilia permanente en el mejoramiento del sistema.

Existe como lo expresara ESPINA en relación a la modificación todavía en ciernes, en torno a la reforma a la legislación concursal española, una “tímida convergencia entre los sistemas legales de tratamiento de la insolvencia”⁷²⁶, que incluyen una mayor intervención del Estado, cada vez más preocupado por el salvataje no tan sólo de la empresa, sino del sistema productivo en el que ésta se encuentra inmerso.

Pero estas conductas, preventivas, anticipatorias y hasta protectorias no solamente de la empresa, sino también de los acreedores, tiene su precedente en normas de los países del primer mundo. Así, el Código de Comercio francés establece: “la apertura de este procedimiento debe ser solicitada por el deudor dentro de los quince días siguientes de producida

⁷²³ Cfr. IGLESIAS, *op. cit.*, pág 684.

⁷²⁴ Art. 1 Ley de Concursos Mercantiles de México. “La presente Ley es de interés público y tiene por objeto regular el concurso mercantil. Es de interés público conservar las empresas y evitar que el incumplimiento generalizado de las obligaciones de pago ponga en riesgo la viabilidad de las mismas y de las demás con las que mantenga una relación de negocios”.

⁷²⁵ Art. 64 ley 550. “El Ministerio de Desarrollo Económico y Social, con el apoyo técnico de un área especializada de la Superintendencia de Sociedades, y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con el apoyo técnico de la Dirección de Apoyo Fiscal, deberán: 1. Promover y evaluar periódicamente los instrumentos previstos en la presente ley para la reactivación empresarial y para la reestructuración de los pasivos de las entidades territoriales, respectivamente, y recomendar las medidas que sean necesarias para su adecuado desarrollo. 2. Estudiar los efectos que para la economía, para la reactivación empresarial y para el desarrollo armónico de las regiones haya tenido esta ley. Los resultados de tales estudios deberán presentarse anualmente por los Ministros del ramo al Congreso de la República...”.

⁷²⁶ ESPINA, Álvaro, Opciones de Política Legislativa para la Reforma de la Legislación Concursal Española, pub. en Hacienda Publica Española, n.º 114, I (1998), pág. 17.

la cesación de pagos definida en el inciso anterior”⁷²⁷. Además, el tribunal interviene de oficio “cuando de cualquier acto, documento o procedimiento, se desprenda que una sociedad comercial, un grupo de interés económico o una empresa individual, comercial o artesanal, tenga dificultades tales que comprometan la `continuación de la explotación`, sus directivos pueden ser convocados por el Presidente del Tribunal de Comercio para que se adopten las medidas adecuadas para subsanar la situación...”⁷²⁸; lo que materializa el interés público en conocer la realidad económica de las empresas.

La diferencia, tal vez más evidente entre los distintos sistemas americanos y los sistemas europeos en derredor de los mecanismos de superación de la crisis empresarial reside, en que los componentes de solución en los sistemas americanos son implementados por el deudor –en la mayoría de los casos– en cambio en los sistemas europeos, es el juez, quien como figura principal de todo el procedimiento (arraigado en el principio inquisitivo) posee facultades para encontrar la mejor salida al conflicto. Así, por ejemplo, el Código de Comercio francés que le otorga amplias facultades respecto del control de la administración de la empresa en dificultades y para la elaboración, aprobación y ejecución del plan⁷²⁹. En la legislación italiana de las grandes empresas en crisis, también goza de importantes poderes⁷³⁰.

Por su parte la ley alemana le atribuye amplísimas facultades al juez, pudiendo por ejemplo rechazar *in limine* un “plan” formulado por el deudor “cuando es evidente que (...) no tiene ninguna posibilidad de aceptación por los acreedores o de aprobación por el juzgado, o cuando es evidente que las prestaciones que competen a los interesados de conformidad con la parte organizativa del plan presentado por el deudor, no pueden ser cumplidas”⁷³¹.

⁷²⁷ Art. 621-1 del *Code de Commerce*, sancionado por la *Ordonnance* n.º 912 del 18 septiembre de 2000, pub. en *Journal officiel* el 21 septembre 2000.

⁷²⁸ Art. L.611-2, ley n.º 845-2005 del 26 de julio de 2005 art. 1, art. 4 Diario Oficial de 27 de julio de 2005, con entrada en vigor el 1 de enero de 2006.

⁷²⁹ Arts. L.621-1 a 621-12 y sigs. del *Code de Commerce*.

⁷³⁰ Arts. 21 y 22 de la *Legge Fallimentare*.

⁷³¹ Art. 231, apartado 2 de la *InsO*.

En el *Código da Insolvência e Recuperação de Empresas* de Portugal el magistrado cuenta con amplias potestades, por ejemplo: para decidir el tipo de proceso adecuado al grado de crisis de la empresa (...) incluso puede restringir las facultades de administración del deudor disponiendo en su reemplazo la designación de un gestor⁷³² (...) Esto sucede también en la ley española⁷³³, desplegando en los reducidos órganos del concurso, amplia discrecionalidad en sus facultades⁷³⁴.

El denominador común de las legislaciones más avanzadas, difieren de las últimas reformas en los países americanos en las atribuciones (deudor o juez) para la adopción del mejor “plan” o tipo de proceso al que serán sometidos los *accipiens*. En términos llanos, el deudor no puede disponer ni decidir el tipo de procedimiento al que recurrirá para paliar la crisis que lo aqueja, toda vez que ello amerita una serie de consideraciones que, por su naturaleza e importancia, son potestad exclusiva del órgano judicial⁷³⁵.

En líneas generales la legislación europea remarca la potestades inquisitivas del juez para adoptar soluciones acordes a las necesidades de la empresa, lo cual se aleja bastante de la concepción existente en nuestra doctrina nacional.

⁷³² “el juez puede, en caso de ser necesario para la protección de los intereses de los acreedores, otorgar al gestor poderes para obligar a la empresa, y asimismo, suspender o restringir las facultades de administración de los titulares de los respectivos órganos, o condicionar la validez de los actos de disposición o de administración realizados por ellos, a la previa conformidad del gestor judicial”. Arts. 24, 25 y 35 ap. 2 del *Código* de comercio.

⁷³³ En su exposición de motivos, considerando IV, dice: “sólo el juez y la administración judicial constituyen órganos necesarios en el procedimiento ... La reducción de los órganos concursales tiene como lógica consecuencia la atribución a éstos de amplias e importantes competencias. La ley configura al juez como órgano rector del procedimiento, al que dota de facultades que aumentan el ámbito de las que le correspondían en el derecho anterior y la discrecionalidad con que puede ejercitarlas, siempre motivando las resoluciones”. Ley 22 del 9 de julio de 2003.

⁷³⁴ Cfr. IGLESIAS, *op. cit.*, pág 684.

⁷³⁵ Cfr. *ibidem*.

§ 5. PRESENTE DE LOS PRINCIPIOS EN EL DERECHO CONCURSAL COMPARADO

La actualidad en el derecho concursal comparado, advierte acerca de la presencia de mecanismos –dentro de cada uno de los distintos ordenamientos– en los que el deudor se ve compelido a evidenciar su estado de insolvencia o impedimentos de pago y someterse a los dispositivos legales de solución de conflictos, a los efectos de evitar las consecuencias gravosas que su omisión pudiere conllevar.

A guisa de ejemplo, ilustra sobre el punto lo expresado al tratar la reforma a la ley concursal española, que obliga al deudor a peticionar su concurso dentro de los dos meses siguientes en que hubiere conocido o debido conocer su estado de insolvencia⁷³⁶; la *Loi de Sauvegarde des Entreprises* francesa, la *Loi Relative au Concordat Judiciaire* de Bélgica y la *Insolvenzordnung* alemana, comentadas en este Capítulo dan testimonio de esta exigencia. Merece referir sobre este particular la ley portuguesa que en su art. 18 prescribe: “la obligación de presentación para la declaración de insolvencia, dentro de los 60 días de conocer tal estado (quien se encuentre imposibilitado de cumplir con sus obligaciones vencidas)⁷³⁷, salvo que se trate de personas singulares que no sean titulares de una empresa”⁷³⁸.

Existe un importante avance en orden a habilitar a los acreedores a iniciar el trámite de concurso. En este sentido resultan elocuentes las disposiciones de los códigos de España⁷³⁹ y Suiza⁷⁴⁰ que, a diferencia de

⁷³⁶ Art. 5 de la ley concursal española n.º 22 del 9 de julio de 2003.

⁷³⁷ Cfr. Art. 3 Decreto Lei 132/1993 modif. por Dec. Lei 53/2004, 200/2004, 76-A/2006, 282/2007 y 116/2008, del *Código da Insolvência e Recuperação de Empresas* de Portugal.

⁷³⁸ Art. 18: 1- O devedor deve requerer a declaração da sua insolvência dentro dos 60 dias seguintes à data do conhecimento da situação de insolvência, tal como descrita no n.º 1 do artigo 3.º, ou à data em que devesse conhecê-la. 2 - Exceptuam-se do dever de apresentação à insolvência as pessoas singulares que não sejam titulares de uma empresa na data em que incorram em situação de insolvência. 3 - Quando o devedor seja titular de uma empresa, presume-se de forma inilidível o conhecimento da situação de insolvência decorridos pelo menos três meses sobre o incumprimento generalizado de obrigações de algum dos tipos referidos na alínea g) do n.º 1 do artigo 20.º Decreto Lei 132/1993 modif. por Dec. Lei 53/2004, 200/2004, 76-A/2006, 282/2007 y 116/2008, del *Código da Insolvência e Recuperação de Empresas* de Portugal.

⁷³⁹ Art. 3 de la Ley de Concursos española 22/2003.

⁷⁴⁰ Art. 293 de la Ley Federal de Ejecuciones de 1889, modificada en 1994 y en 2000.

nuestro ordenamiento legal (t.o. ley 24.522), permiten que el acreedor requiera el concurso de su deudor, con las características de nuestro sistema preventivo (art. 2 y 5, LCQ).

Otro de los avances que se aprecian entre las distintas legislaciones concursales es la preocupación por la utilización de la figura de la conservación de la empresa, evidenciada en las diversas caracterizaciones de los presupuestos que habilitan a la declaración de insolvencia, a saber: insolvencia, cesación de pagos, amenaza de insolvencia, sobreendeudamiento, imposibilidad de obtener créditos, dificultades económicas o financieras, tendientes todos ellos a lograr una respuesta más oportuna frente a la crisis, y evitar de esta manera el agravamiento de las posibilidades de recuperación⁷⁴¹.

La participación de los acreedores en el proceso de reorganización y reestructuración parece vital, al punto que en diversas instancias procesales importantes, se atribuyen iniciativas a otros sujetos titulares de intereses diferentes a los de los acreedores, como es el caso de los trabajadores. En el código francés (*Loi Sauvegarde des Entreprises*), el comité de empresa o los delegados o elegidos por el personal están convocados a formar parte de los órganos de control⁷⁴². En la ley belga, los trabajadores por medio de sus representantes, intervienen en la consideración de un “plan”⁷⁴³ que debe contener una parte descriptiva y una parte prescriptiva. En la legislación portuguesa es obligatoria la notificación de la petición de concurso al “comité de los trabajadores”⁷⁴⁴.

En la legislación italiana de las grandes empresas en crisis, el juez inviste importantes poderes⁷⁴⁵. La ley alemana le otorga amplias facultades, pudiendo por ejemplo, rechazar *in limine* el plan formulado por el

⁷⁴¹ Cfr. IGLESIAS, *op. cit.*, pág 684.

⁷⁴² Art. 19 de la *Loi n.º 845/2005 de Sauvegarde des Entreprises*.

⁷⁴³ Art. 29 de la *Loi relative au concordat judiciaire de Belgique*.

⁷⁴⁴ Art. 37: “Sin perjuicio de las notificaciones que se requieran en virtud de la legislación laboral, incluido el Fondo de Garantía Salarial, la sentencia será igualmente notificada al Ministerio Público, al solicitante de la declaración de insolvencia, al deudor, en los términos previstos para la citación, si no ha sido citado ya personalmente en los términos del proceso y, si es titular de una empresa, al comité de los trabajadores”. Decreto Lei 132/1993 modif. por Dec. Lei 53/2004, 200/2004, 76-A/2006, 282/2007 y 116/2008, del *Código da Insolvência e Recuperação de Empresas* de Portugal.

⁷⁴⁵ Art. 20, 21, 22 y conc. de la *Legge Fallimentare*, Decreto Legislativo n. 5 del 9 gennaio 2006.

deudor: “cuando es evidente que no tiene ninguna posibilidad de aceptación por los acreedores o de aprobación por el Juzgado, o cuando es evidente que las prestaciones que competen a los interesados, de conformidad con la parte organizativa del plan presentado por el deudor, no pueden ser cumplidas”⁷⁴⁶.

Tal como fuera expuesto al reseñar la estructura de los distintos ordenamientos, la figura del juez resulta la nota sobresaliente, con un amplio elenco de atribuciones que ejerce de oficio, dimensionando el “principio inquisitorio”.

En las legislaciones en general se destaca, la edificación de una estructura legal sobre la base de un tribunal con amplias potestades investigativas y ordenatorias en las que el análisis sobre la viabilidad del plan de recuperación lo convierten en el inquisidor sobre su procedencia (*Secc. 105*⁷⁴⁷ y *Secc 1129 ii, Chapter 11 del Bankruptcy Code*)⁷⁴⁸.

Por su parte la ley española 22/2003, admite tácitamente el carácter universal del proceso concursal y justifica la concentración en un solo órgano jurisdiccional del conocimiento de todas las materias; de esta forma, el legislador concede al juez del concurso una amplia discrecionalidad en el ejercicio de sus competencias, lo que contribuye a facilitar la flexibilidad del procedimiento y su adecuación a las circunstancias de cada caso⁷⁴⁹.

Todos estos cuerpos legales coinciden en no atribuir al deudor –exclusivamente– el poder de disponer del mecanismo judicial del proceso de crisis, lo que queda prácticamente reservado al estado financiero y pa-

⁷⁴⁶ Art. 231, ap. 2. de la *InsO*.

⁷⁴⁷ No es menor el rol de la judicatura en el largamente debatido proyecto de *Bankruptcy Abuse Prevention and Consumer Protection act of 2002*.

⁷⁴⁸ Cfr. IGLESIAS, *ibidem*.

⁷⁴⁹ «Las facultades discrecionales del juez se manifiestan en cuestiones tan importantes como la adopción de medidas cautelares con anterioridad a su declaración o a la entrada en funcionamiento de la administración concursal; la ampliación de la publicidad que haya de darse a la declaración de concurso y a otras resoluciones de interés de terceros; la acumulación de concursos; el nombramiento, la separación y el régimen de funcionamiento de los administradores concursales; la graduación de los efectos de la declaración de concurso sobre la persona del deudor, los acreedores y los contratos; la aprobación del plan de liquidación o el régimen de pago de créditos». Ver Exposición de Motivos de la Ley Concursal española 22/2003.

trimonial que éste presente y al interés de los acreedores⁷⁵⁰. En otros términos, el deudor no puede decidir a que tipo de proceso colectivo habrán de ser sometidos sus acreedores, ni los efectos que les alcanzarán. En el caso de la ley portuguesa, una vez que interviene la jurisdicción, inicia su actuación el administrador judicial, quien posee facultades para proseguir con las actividades del negocio⁷⁵¹.

En la mayoría de los textos legislativos extranjeros consultados, la alusión a la existencia y/o implementación o puesta en marcha de un plan de empresa es la piedra de toque de los distintos ordenamientos. Esto denota la preocupación que la crisis genera para el codificador extranjero y los intentos por superarla, sobre todo, cuando se encuentra en juego el interés social.

Todas estas legislaciones concretan en su preceptiva los lineamientos trazados por la UNCITRAL⁷⁵² en sus “recomendaciones”, tendientes a contribuir a la creación de un marco jurídico eficaz y eficiente para regular la situación de los deudores que tengan dificultades financieras, que son: “a) dar seguridad en el mercado para promover la estabilidad y el crecimiento económicos; b) obtener el máximo valor posible de los bienes; c) ponderar adecuadamente las respectivas ventajas de la vía de liquidación y de la vía de reorganización; d) tratar de manera equitativa a los acreedores que se encuentren en circunstancias similares; e) lograr una solución oportuna, eficiente e imparcial de la situación de insolvencia; f) preservar la masa de la insolvencia para que pueda efectuarse una distribución equitativa entre los acreedores; g) garantizar un régimen de la insolvencia transparente y previsible que comprenda incentivos para reunir y facilitar información; h) reconocer los derechos existentes de los acreedores y establecer reglas claras para determinar el grado de prela-

⁷⁵⁰ «La elección del mecanismo procesal que corresponda, es una decisión relacionada con la naturaleza e importancia de la crisis que afecta al deudor. El propio involucrado carece de la distancia necesaria para comprender cual es la alternativa mas adecuada a su insolvencia. Esa determinación debe ser el resultado de un conocimiento objetivo inicial de la realidad patrimonial del deudor». Cfr. IGLESIAS, *ibidem*.

⁷⁵¹ Art. 33 del Decreto Lei 132/1993 modif. por Dec. Lei 53/2004, 200/2004, 76-A/2006, 282/2007 y 116/2008, del *Código da Insolvência e Recuperação de Empresas* de Portugal.

⁷⁵² UNCITRAL (*United Nations Commission on International Trade Law*). En particular, el “Proyecto de guía legislativa sobre el régimen de la insolvencia”.

ción de los créditos y, por último, h) establecer un marco para la insolvencia transfronteriza”⁷⁵³.

Parte de la moderna doctrina piensa el régimen concursal en términos de leyes “pro deudores”, leyes “pro acreedores” o leyes de “equilibrio entre los intereses” de los deudores y de los acreedores⁷⁵⁴ cuando, frente a la presencia de una crisis financiera mundial, la “reorganización” y la “continuidad” de la empresa aparecen como las claves de todo el sistema de insolvencia⁷⁵⁵, por lo que es dable sostener que la “continuidad”, la viabilidad de un “plan” de salvataje y la “conservación de la empresa”, se erigen como el mayor de los principios.

⁷⁵³ Cfr. Proyecto de guía legislativa sobre el régimen de la insolvencia publicado por la UNCITRAL, disponible en la *world wide web* http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/insolven/05-80725_Ebook_s.pdf (acceso del 22/01/09).

⁷⁵⁴ WOOD, Philip R., *Principles of International Insolvency*, ed. Sweet & Maxwell, Londres (1995) pág. 3.

⁷⁵⁵ Ver, *Document législatif n.º 4-995/6 de Projet de loi relative à la continuité des entreprises*, con tratamiento en el Senado de la República de Bélgica del 16 de diciembre de 2008.

CAPÍTULO V

LOS PRINCIPIOS EN LA LEGISLACIÓN CONCURSAL ARGENTINA

§ 1. SINOPSIS DE LA EVOLUCIÓN DE LOS PRINCIPIOS EN EL DERECHO PATRIO

Nuestro país, tuvo desde sus orígenes como Nación, una fuerte influencia hispánica en todo el Derecho productivo, claro está, de la dominación española a la que se encontraba sometido; sin desmerecer, por cierto, la ascendencia que el derecho romano y la era codificadora de Napoleón contribuyeron a la construcción de nuestro ordenamiento jurídico.

Esta filiación produjo que no contáramos con una legislación independiente de la que regía en la madre patria, debiendo adoptar los mecanismos y resortes que la legislación española preveía para sus coterráneos.

Las Partidas, las Ordenanzas de Bilbao y las primeras normativas que regularon el derecho de quiebras, cimentaron las bases de los principios estructurales de la legislación de insolvencia e influenciaron en el desarrollo de la normativa concursal argentina.

La referencia a estos textos normativos –aunque breve, por cuanto, no es motivo del presente realizar un análisis histórico profundo, de los mismos– pretende señalar el cambio que los principios fueron adoptando, acomodando y adecuando, de acuerdo a las diversas épocas. Esta breve reseña, pretende cumplir con esos objetivos, para dar pie a los principios propios de nuestra legislación concursal.

§ 2. LEGISLACIÓN HISPÁNICA

2.a) Las Partidas

Alfonso X apodado “el sabio”⁷⁵⁶, fue el autor de la labor jurídica española, más significativa, conocida como “Las Siete Partidas” o simplemente “Las Partidas”, denominación ésta con la que tuvieron trascendencia en el mundo de habla hispana.

La obra siguiendo eminentemente los pasos del derecho romano, está compuesta por siete libros que contienen disposiciones sobre diversos temas, haciendo un compendio de derecho privado de carácter general⁷⁵⁷. Este tratado, representa el legado más importante de España al mundo jurídico, con características similares a las que en el mundo codificado representara el derecho romano, particularmente, por su vigencia hasta el siglo decimonónico.

Las Partidas tenían disposiciones comunes a comerciantes y no comerciantes; en relación a la quiebra disponía, que ésta es producida por la insolvencia y respecto de los acreedores, primaba el principio de igualdad entre ellos, receptando el conocido brocárdico *par condicio omnium creditorum*. El sistema establecía que luego de verificados los créditos, se procedía a la venta de los activos del fallido y, posteriormente, se distribuía el producido entre los acreedores a prorrata y según sus privilegios⁷⁵⁸.

La Partida Quinta, Título XIV⁷⁵⁹, habla de los pagos y de las quitas o descuentos que los acreedores hicieren de las deudas que mantiene el

⁷⁵⁶ Ocupó el trono de León y Castilla, a la muerte de Fernando III (su padre), desde el año 1252 hasta 1284.

⁷⁵⁷ Los diversos libros tratan sobre: 1- todas las cosas pertenecen a la iglesia católica; 2- obligaciones de los reyes, emperadores, para sí mismos y para el pueblo; 3- la justicia; 4- la familia, derechos y deberes de padres e hijos; 5- los préstamos, los pleitos, y como deben partirse las contiendas que nacieren entre partes; 6- los testamentos y las herencias; y, 7- de las penas.

⁷⁵⁸ Cfr. ARBIT, Saúl José, *Derecho Concursal*, ed. Quorum, Bs. As., (2007), t. I, pág. 36.

⁷⁵⁹ Partida V, Título XIV. “De las pagas et de los quitamientos, et de los descontamientos a que dicen en latín compensatio, et de las debdas que se pagan a aquellos que las non deben haber. Pagas y quitamientos son dos cosas que por cada una dellas se desatan las promesiones, et los pleitos, et las posturas et los obligamientos de las fiadoras et de los preños. Ley 1: Paga tanto quiere decir como pagamiento que es fecho á aquel que debe resebir alguna cosa, de manera que finque pagado della ó de lo quel debien dar ó facer. Et quitamiento es cuando facen pleyto al deb-

deudor con ellos. Y, en cierta forma, establece como ley 1 de éste título, que la quita se produce cuando liberan al deudor de su pago, quedando libres, tanto él como sus fiadores. Por otro lado, en el Título Quince⁷⁶⁰ de idéntica partida se establece la obligación de los deudores de vender sus bienes cuando no puedan pagar aquello que deben como, asimismo, la revocación del enajenamiento que en perjuicio de sus acreedores efectuaran; todo ello, mediante la participación del funcionario judicial: el juez⁷⁶¹. Esta Partida, habla especialmente, de las quitas –antecedente inmediato de los arreglos y acuerdos concursales– y de la universalidad

dor de nunca demandarle lo que él debie, et le quitan el debdo aquellos que lo pueden facer. Et tienen estas cosas grant pro al debdor, porque quando paga la debda o le quitan della, fínican libres él et sus fiadores, et los peños et sus herederos, de la obligacion en que eran obligados por lo que debien dar o facer”.

⁷⁶⁰ Partida V, Título XV. “De cómo han los debdores a desamparar sus bienes quando non se atreven a pagar lo que deben, et de cómo debe seer revocado el enagenamiento que los debdores facen maliciosamente de sus bienes. Desamparan los debdores á las vegadas sus bienes, veyendo que non pueden pagar lo que deben por aquello que han. Onde pues que en el título ante deste fablamos de cómo deben seer fechas las pagas por aquéllos que han poder de las facer, queremos aqui mostrar de los otros que desamparan sus bienes quando non han poderio de facer la paga: et diremos quales son los debdores que por tal razon como esta pueden desamparar lo suyo: et ante quién lo deben facer: et en qué manera, et quando et á quién: et que fuerza ha tal desamparamiento como este: et qué pena debe haber el que non quiere pagar lo que debe nin desamparar sus bienes: et desi diremos de todas las otras cosas que pertenecen a ésta razon: et señaladamente de aquellos que enagenan lo suyo con malicia, queriendo facer perder las debdas á aquellos á quien las deben. Ley 1. Quales debdores pueden desamparar sus bienes quando non se atreven á pagar lo que deben, et ante quien, et en qué manera, et cuándo et á quién. Desamparar puede sus bienes todo home que es libre que estodiere en poder de sí mesmo ó de otro, non habiendo de que pagar lo que debe, et débelos desamparar delante del judgador. Et este desamparamiento puede facer el debdor por sí, ó por su personero ó por carta, conociendo las debdas que debe, ó quando fuere dada sentencia contra él et non ante, ca si de otra guisa los desamparase, non valdrie el desamparamiento. Et débelos desamparar á aquellos á quien deciendo como non ha de que faga pagamiento, et entonce el judgador debe tomar todos los bienes del debdor que desampara lo suyo por esta razon, sinon los paños de lino que vestiere, et non le debe otra cosa ninguna dexar, fueras ende si tal debdor como este fuese padre, ó abulo ó alguno de los otros ascendientes que debiesen algo á aquellos que dependen dellos, ó si fuese fijo ó alguno de los otros descendientes que hobiesen algo á dar á alguno de aquellos de quien decendiesen...; ca entonce el judgador debe decar á cada uno destos sobredichos tanta parte de sus bienes de que pueda vevir guisadamente, et lo otro todo debe mandar vender en almoneda, et entregar el prescio destos bienes á los debdores sobredichos”.

⁷⁶¹ Cfr. Las Siete Partidas del Rey Don Alfonso El Sabio por la Real Academia de la Historia Partidas Cuarta Quinta, Sexta y Séptima, ed. Madrid Imprenta Real, (1807), t. III, pág. 323 y 324.

del patrimonio del deudor; el cual representa, la garantía para los acreedores.

Aunque en forma rudimentaria –en español antiguo– y recurriendo a principios generales, establece la forma en que ha de desenvolverse el deudor comerciante o no comerciante frente a sus acreedores cuando tuviere dificultades para cumplir con las prestaciones a su cargo, o bien tuviere que enajenar sus bienes para cumplir con tal objetivo. La normativa mencionada establecía un procedimiento de cesión de bienes, preveía el concordato preventivo extrajudicial, un sistema de verificación y graduación de créditos, retroacción de la quiebra, formación de la masa, tratamiento igualitario de los acreedores, etc.; constituyendo, la legislación común, aplicable a toda clase de deudores⁷⁶².

Resulta importante también destacar, la invalidez de aquellas enajenaciones (revocación de actos) que hiciere el deudor, en perjuicio de los acreedores, preludio de un concepto hoy bastante arraigado en todas las legislaciones de quiebras y en particular de la nuestra, de “ineficacia de actos perjudiciales para los *accipiens*” (art. 118 y 119, ley 24.522).

Las Partidas no tuvieron un gran desarrollo, particularmente, en nuestro derecho privado, pero se utilizaron a falta de otras disposiciones y sirvieron de sustento para el dictado de otras normas que sustituyeron a éstas.

2.b) Las Ordenanzas de Bilbao

Las Ordenanzas de la Real Villa de Bilbao fueron dictadas, originalmente, para dicha ciudad pero, posteriormente, lograron expandirse, no solamente en España, sino en las colonias de América. El Capítulo XVII trataba “De los atrasados, fallidos, quebrados o alzados, sus clases y modos de procederse en sus quiebras”⁷⁶³.

⁷⁶² Cfr. FERNÁNDEZ, Raymundo L. *Fundamentos de la Quiebra*, ed. Compañía Impresora Argentina, Bs. As., (1937), pág.46, nota 32.

⁷⁶³ La diferenciación entre las distintas calificaciones que podía revestir el deudor que atravesaba una situación de crisis patrimonial, producía diversas consecuencias y condenas, de características singulares: «Así, por ejemplo, los calificados por la norma como atrasados, que eran quienes, contando con “bastantes bienes para pagar enteramente a sus acreedores”, habían dejado de hacerlo a causa de un accidente o una imposibilidad meramente transitorios, podían ser benefi-

Afirma ALBERDI, que en la Edad Media, no existía ley fundamental o Constitución, tal y como se la entiende actualmente, por lo que los principios que impregnaban las legislaciones eran necesariamente legales o normativos, esto es, surgían del propio texto de la ley. En las leyes de Bilbao se pueden observar principios rectores de la quiebra que subsisten hasta la actualidad. En virtud de la persistencia de los mismos a lo largo del tiempo, se los pueden ubicar como principios fuertes que nutren al proceso concursal⁷⁶⁴.

A los fines de la celeridad del juicio y la pronta composición de los intereses insatisfechos de los acreedores de la masa, la legislación bilbaína estableció diversos plazos para la actuación de los interesados a fin de evitar la prolongación innecesaria del procedimiento concursal, fijando un término para el acreedor cuyo crédito privilegiado recaía sobre géneros o mercaderías suyas que se hallasen en la casa del fallido, si después del transcurso de un tiempo no los hubiere reclamado judicialmente⁷⁶⁵.

ciarios de esperas –previo acuerdo con sus acreedores– que devengaban intereses o no, según el caso, sin que el mal trance por el que estaban atravesando pudiera ser considerado lesivo del “honor de su crédito, buena opinión y fama”. Además de los anteriores estaban los quebrados, calificación que les cabía a quienes en forma inculpable, y por “infortunio de mar o tierra”, habían perdido aquello que poseían para hacer frente a sus deudas. A ellos se les permitía también requerir quitas o esperas, y se condicionaba la recuperación de los derechos propios de su condición de comerciantes, y la readquisición de su voz activa o pasiva en el Consulado, a que saldaran todas sus cuentas pasivas. Finalmente, estaban también los alzados, que eran considerados “infames ladrones públicos robadores de hacienda ajena”, con la cual se “alzaban”. Se trataba del equivalente de aquellos tiempos a los quebrados “culpables” o “fraudulentos” de la vieja ley 19.551. En el caso de los “alzados”, considerados deudores culpables, prácticamente lo único que interesaba –como en casi todo el Derecho de esa época– era la punición, que se concretaba mediante la captura de estas personas para su entrega a la justicia ordinaria, y la aplicación de un castigo proporcional a sus delitos. Esto se percibe claramente cuando se constata que los órganos de las Administración pública intervenían activamente en la detención del deudor; esto es, había una participación directa del Estado en el faz penal (represiva), pero no ocurría lo propio en materia de reconstitución de la hacienda comercial devastada por el fallido, pues en esta instancia imperaba –casi exclusivamente– la mera buena voluntad de los acreedores, a quienes se facultaba a nombrar al síndico-comisario». MARTORELL, Ernesto Eduardo, *Tratado de Concursos y Quiebras*, ed. Depalma, Bs. As., (1998), t. I, pág. 90; cfr. RIVERA, Julio César, *Instituciones de Derecho Concursal*, ed. Rubinzal-Culzoni, Bs. As., (1996), t. I, pág. 39; cfr. ARGERI, Saúl A., *El Síndico en el Concurso de Quiebra*, ed. Ediciones Jurídicas, Bs. As., (1991), pág. 55.

⁷⁶⁴ Cfr. ALBERDI, Juan B., *Manual de Ejecuciones y Quiebras*, Obras Completas, ed. La Tribuna Nacional, (1886), t. III, pág. 295.

⁷⁶⁵ El dispositivo rezaba lo siguiente: “Que ningún acreedor sea preferido en géneros ó mercaderías pertenecientes á él en la casa del fallido, si después de cumplido el plazo á que se las

ARGERI describe con claridad el mecanismo por medio del cual se procedía a la incautación de bienes del deudor, requiriéndole en ese acto, asimismo, la entrega de llaves de la morada de éste, procediéndose a realizar un inventario de los libros y documentación que tuviere en su poder⁷⁶⁶.

En la legislación *sub examine*, los efectos del concurso no sólo recaían sobre todo el patrimonio del concursado indisponiéndolo, sino también —nota sobresaliente de la época— sobre su propia persona. Este efecto es conocido históricamente como “principio de universalidad” del proceso concursal. Esta universalidad es en las Ordenanzas de Bilbao tanto activa como pasiva. Ello se desprende de varias disposiciones legales, a saber: a) universalidad pasiva: identificación del deudor, entrega de la documentación relativa a sus negocios, inventario de los bienes, publicación de edictos, determinación por el comisario (síncico) de los efectos o créditos a cobrar por el fallido en beneficio de todos los acreedores⁷⁶⁷; por

vendió, y otros seis meses mas, no constare haberle demandado judicialmente, y se aplicarán á la masa comun del concurso. Ningun acreedor será preferido en géneros ó mercaderías que se hallen pertenecientes á él en la casa del fallido, si después de cumplido el plazo á que se las vendió, y otros seis meses mas, no constare haberle demandado judicialmente su importe, sinó que serán aplicadas á la masa comun del concurso respecto de la negligencia que tuvo en la solicitud de la cobranza; y solo se le estimará su pretensión por lo tocante á su importe; sueldo á libra, como á los demás acreedores no privilegiados”. Cfr. ALBERDI, *idem*, t. III, pág. 309.

⁷⁶⁶ El síndico surgía de una designación que realizaban los mismos acreedores; estos últimos, tenían facultades de cobro de todo aquello que le fuera adeudado al fallido. Cfr. ARGERRI, *op. cit.*, pág. 55-56.

⁷⁶⁷ Las Ordenanzas, establecían un procedimiento para cumplir con el ponderado “principio”: «...Pasarán con escribano á la casa y morada de tal ó tales quebrados ó alzados, y en ella asegurarán la persona, pudiendo ser habida (...) A la persona principal que se hallare en la casa fallida se le pedirán y harán entregar todas las llaves de ella, sus lonjas, entresuelos, tiendas y demas que hubiere usado el quebrado, y con ellas pasarán al escritorio ó despacho de libros ó papeles, y los inventariarán con distinción, rubricando el escribano los libros al fin de las partidas de cada cuenta. Que hagan fijar edictos para el descubrimiento de bienes, libros y papeles: pudiendo suceder que fuera de lo inventariado falten algunos libros, papeles, alhajas, mercaderías y otras cosas de la casa fallida, por haberse ocultado ó estraído algun tiempo antes: Se ordena que el Prior y Cónsules hagan fijar incontinentemente edictos públicos, ofreciendo algun premio á la persona ó personas que los descubrieren ó dieren razón de su paradero. Que se haga inventario de lo que se hallare en la casa del quebrado ó fallido. Hecho esto se continuará en inventariar tambien con distinción todas las mercaderías con sus marcas, pesos, piezas y medidas, y lo mismo el dinero, alhajas y demas menaje de la casa ... haciéndose cargo de los libros y demas papeles del fallido, reconozcan en ellos por sí mismos ó por personas prácticas de quien necesitaren valerse, no solo el número y calidades de los acreedores, sino tambien los efectos y créditos que tenga dicho

otro lado, se establecían directrices para hacer efectivas estas disposiciones, b) universalidad activa: se fijaba un término para el reconocimiento de los créditos, la forma en que ha de efectuarse el pago, si existieren embargos y despachar los exhortos, a los fines de que se remita el pleito al juicio universal⁷⁶⁸.

Los juicios llamados de quitas y esperas que establecían las Ordenanzas de Bilbao, fueron las primeras medidas introducidas a favor del deudor; pero, los abusos cometidos a través de estas franquicias, propiciaron el decreto emitido por Juan Manuel De Rosas el 29 de marzo de 1836. Este dispositivo afirmaba que no se han cumplido los fines que las leyes se propusieran al establecer esos juicios y no se encuentra más solución que, la muy expeditiva, de “abolir los juicios de concurso de acreedores, llamados de esperas o moratorias y de remisión o quita de acreedores”. Este Decreto posteriormente fue derogado por otro del gobierno de Valentín Alsina, del 24 de marzo de 1858, en vísperas de la sanción del Código de Comercio, quedando nuevamente en vigencia las disposiciones de las ordenanzas de Bilbao y las leyes generales relativas a la materia⁷⁶⁹.

fallido. Que se solicite por los Comisarios el recobro ó despacho de géneros y créditos del fallido. Reconociendo por los libros los Comisarios haber efectos ó créditos á favor del fallido, deberán hacer toda diligencia para su recobro ó despacho, atendiendo en esto al beneficio general de todos los acreedores». ALBERDI, *op. cit.*, t. III, pág. 298 a 301.

⁷⁶⁸ Se ordenaban «términos en que los acreedores, así de esta villa como de fuera, han de presentar sus escrituras y cuentas: Los tales acreedores ... serán obligados á presentar las escrituras y cuentas corrientes que tuvieron con el fallido ... con apercibimiento de que siendo remisos serán por su cuenta cualesquiera perjuicios y daños que por su omisión se causaren (...) Que solicite por los Comisarios el recobro ó despacho de géneros y créditos del fallido. Reconociendo por los libros los Comisarios haber efectos ó créditos á favor del fallido, deberán hacer toda diligencia para su recobro ó despacho, atendiendo con esto al beneficio general de todos los acreedores. Cómo y á quién han de pagar los que debieren al quebrado. Cualquiera persona que se hallare deudora a quebrado al tiempo que este se declare por tal, no le pague ni entregue cantidad alguna, ni á su orden, sino á los Comisarios de concurso, pena de segunda paga. Si sucediere que á bienes correspondientes á la quiebra y concurso se hiciere algun embargo en otro cualquier juzgado, dentro ó fuera de estos reinos, pretendiendo alguno ó algunos acreedores cobrar en ellos, apártandose del juicio universal y de venir á la masa común con los demas de su calidad; se ordena que en conformidad de lo dispuesto por derecho, se acuda luego al remedio, despachando carta de exhorto é inhibición para que se remita todo al juicio universal». ALBERDI, *idem*, t. III, pág. 317.

⁷⁶⁹ Cfr. PARRY R. y PARRY A. E., *El concurso civil de acreedores*, ed. Plus Ultra, Bs. As., (1967), t. I, pág 57.

RIVERA al abordar el tema referente a los orígenes históricos del derecho concursal afirma que, «las Ordenanzas de Bilbao reflejaron con gran exactitud las costumbres mercantiles, (...) instituyó un procedimiento simple, expeditivo y económico, de tal modo que los jueces fueron legos y se impidió tajantemente la intervención de abogados»⁷⁷⁰. El tratadista, siguiendo la opinión de CASTILLO, entiende que el procedimiento se encontraba direccionado más hacia la represión del delito que a la satisfacción de los acreedores, predominando una actitud de tinte meramente voluntarista⁷⁷¹, en la que poca importancia tenía el negocio o emprendimiento.

El plexo normativo bilbaiano fue el único ordenamiento legal que rigió en nuestra patria hasta la sanción del Código de Comercio elaborado por VÉLEZ SÁRSFIELD y ACEVEDO en el año 1862, bajo la Presidencia de Bartolomé Mitre, que rigió primero para la Provincia de Buenos Aires (1859) y, luego, fue adoptado como norma de fondo para toda la Confederación Argentina.

Las Ordenanzas de la Real Villa de Bilbao reforzaron el principio de universalidad concursal aunque, dejaron de lado, la conservación de la empresa, la igualdad de trato de los acreedores y el interés público comprometido para centrarse en un procedimiento orientado a la represión del deudor que a la protección de los otros intereses.

§ 3. LEGISLACIÓN PATRIA

3.a) Código de Comercio de 1862

Los orígenes del derecho concursal patrio, se pueden encontrar en el Código de Comercio de 1862, el que seguía, en general, los linimientos trazados por el Código de Comercio español de 1829⁷⁷². Este plexo normativo inspirado en el *Code* francés de 1807, omitía toda referencia al concordato preventivo ya que éste instituto fue fruto de una evolución

⁷⁷⁰ RIVERA, *op. cit.*, t. I, pág. 39.

⁷⁷¹ Cfr. RIVERA, *idem*, t. I, págs. 39-40.

⁷⁷² Cfr. CÁMARA, Héctor, *El Concurso Preventivo y la Quiebra*, ed. Depalma, Bs. As., (1990), vol. III-B, pág. 616.



doctrinal del derecho comparado muy posterior en el tiempo y, en cuanto tal, desconocida al momento de ser concebido el texto legal argentino⁷⁷³.

Este primer cuerpo legal está marcado por un carácter fuertemente sancionatorio, del que no se apartó la reforma de 1889; el que sistematizaba un procedimiento de quiebra únicamente para comerciantes, los deudores comunes no comerciantes, se regían por el régimen del “concurso con cesión de bienes”⁷⁷⁴, manteniendo un carácter netamente voluntarista. Sin embargo, el instituto de la cesión de bienes tenía por objetivo aliviar los efectos de la quiebra sobre el deudor *malheureux et de bonne foi* (el mismo *honesto e sventurato* de la doctrina italiana)⁷⁷⁵.

Para algunos autores, el fundamento universal de la quiebra es la impotencia patrimonial del deudor, el estado de insolvencia o la cesación de pagos⁷⁷⁶, introducido por primera vez en la legislación argentina, en el Código de Comercio de 1862. Pero, esta noción, se limita a valorar el presupuesto que da curso al trámite del proceso universal⁷⁷⁷, dejando de lado las consecuencias de la quiebra, los intereses que debe proteger y las partes involucradas en obtener una solución para superar el estado de insolvencia patrimonial.

La estructura básica del primer cuerpo orgánico falimentario patrio, se diseñaba sobre dos institutos de neto contenido sancionatorio, que constituyera la antesala del principio de universalidad concursal: a) un solo compendio orgánico de normas individualizado como “Insolvencia

⁷⁷³ Afirma MARTORELL que, únicamente, se admitía el acuerdo resolutorio por excepción, debiendo requerir autorización para promoverlo. Cfr. MARTORELL, *op. cit.*, t. I, pág. 95.

⁷⁷⁴ Cfr. DASSO, Ariel Ángel, *Quiebras. Concurso preventivo y Cramdown*, ed. Ad-Hoc, Bs. As., (1991), t. II, pág. 29 y nota 1.

⁷⁷⁵ DASSO, *ibidem*.

⁷⁷⁶ Entre los investigadores acerca de los orígenes y principios básicos del régimen de quiebras en nuestro país, resultan ilustrativas las ideas-fuerza de Raymundo FERNÁNDEZ, quien en la introducción de su obra, afirma que «los distintos criterios que predominan en el Derecho positivo y en el campo doctrinario con relación a los principios básicos de la quiebra y, en especial, las contradicciones y errores en que generalmente se incurre, tornan compleja y árida la materia, desorientando al estudioso, que cuantas más obras consulta menos claros percibe los conceptos». Cfr. FERNÁNDEZ, *op. cit.*, pág. 19.

⁷⁷⁷ A través del conocimiento claro y preciso de este principio se logra «comprender la razón de ser y las finalidades del instituto y llegar a una interpretación científica y exacta de la ley, que contemple la realidad de las cosas y consulte las necesidades colectivas e individuales que han determinado la adopción del procedimiento del concurso». Cfr. FERNÁNDEZ, *ibidem*.

de los comerciantes” y b) un título destinado a la calificación de conducta del deudor denominado: “De la calificación de quiebra”⁷⁷⁸. Cabe aclarar, al respecto, que dado que se debía mantener la prisión de aquél mientras se calificaba su conducta, la decisión judicial podía ser revocada tras el otorgamiento al quebrado de la libertad provisional, previa fianza⁷⁷⁹.

El régimen de quiebras del Código de Comercio de aquella época, carecía de soluciones preventivas y, únicamente, podían acceder a un régimen de moratoria aquellos sujetos en los que el pasivo no sea superior al activo o bien, que se encuentre levemente equilibrado⁷⁸⁰. El único concordato⁷⁸¹ –entendido como el acuerdo entre deudor y acreedores– conocido hasta ese entonces, fue el “resolutorio”⁷⁸², que consistía en una quita o espera y sólo podía ser propuesto luego del proceso de calificación⁷⁸³.

⁷⁷⁸ Cfr. SAJÓN, Jaime V., *Concursos*, ed. Albeledo Perrot, Bs. As., (1974), pág. 32.

⁷⁷⁹ En relación a la suerte que corría el deudor *in malis* afirma el tratadista que «le resultaba prácticamente imposible revertir este cuadro, pues una vez preso el fallido –como dice MAFFIA–, “bien poco podía hacer”». Agrega, posteriormente, que aunque al deudor *in malis* le correspondía la solución del concordato resolutorio «a su carácter excepcionalísimo (...) se le sumaba el hecho (...) de que ante cualquier irregularidad informada por la sindicatura, tal medicina quedaba irremisiblemente excluida, con las nefastas consecuencias del caso». MARTORELL, *op. cit.*, t. I, pág. 95 y 97.

⁷⁸⁰ Cfr. MARTORELL, *idem*, t. I, pág. 96.

⁷⁸¹ «El concordato sólo podría ser aceptado por el voto de los dos tercios de los acreedores personales, que reúnan las tres cuartas partes de los créditos verificados con exclusión de los créditos hipotecarios o privilegiados, a no mediar la renuncia del art. 1616, o por el voto de las tres cuartas partes de los créditos verificados, con exclusión de los créditos hipotecarios o privilegiados, ano mediar la renuncia del art. 1616, o por el voto de las tres cuartas partes de los acreedores que reúnan los dos tercios de los referidos créditos (art. 1620). «El concordato se firmará en la misma junta en que haya tenido lugar, so pena de nulidad...” (art. 1621). “Los acreedores disidentes, así como los que no concurrieron a la junta, pero cuyos créditos hayan sido verificados, podrán oponerse a la aprobación del concordato, deduciendo su oposición dentro de los ocho días perentorios, contados desde la aceptación” (art. 1622). “La oposición se substanciará con audiencia del fallido y de los síndicos, en el término perentorio de 30 días” (art. 1623)». SAJÓN, *op. cit.*, pág. 32 y 33.

⁷⁸² «Una convención entre el fallido y sus acreedores por la cual se conceden al deudor esperas para el pago, o alguna remisión o quita en el importe de los créditos (arts. 1614 y ss.), y como solución preventiva, “las moratorias” (Título XIII), que se conceden, exclusivamente, a los comerciantes que prueban que la imposibilidad de pagar de pronto a sus acreedores proviene de accidentes extraordinarios, imprevistos, o de fuerza mayor (art. 1524), y que justifica, al mismo tiempo, por medio de un balance exacto y documentado, que tiene fondos bastantes para pagar íntegramente a sus acreedores, mediante cierto plazo o espera (arts. 1728 y sigs.)». CÁMARA, *op. cit.*, vol. III-B, pág. 616.

⁷⁸³ Cfr. MARTORELL, *op. cit.*, t. I, pág. 96.

La moratoria consistía en una espera para la cancelación de las deudas, que sólo era otorgada si el pretense beneficiario lograba acreditar que la imposibilidad de pago derivaba de un accidente extraordinario e imprevisible, o se había producido como consecuencia de fuerza mayor⁷⁸⁴, criterio que esboza un resabio de la legislación bilbaiana que calificaba al deudor en distintas categorías: atrasados, fallidos, quebrados y alzados (*vide* nota 755).

El comerciante fallido no podía acogerse a los beneficios de la cesión de bienes (reservado únicamente para el deudor civil), por lo que las soluciones frente a un patrimonio insuficiente para responder a los acreedores, prácticamente, estaban signadas por la liquidación de todos los bienes, la que se encontraba a cargo de los síndicos, quienes representaban a los acreedores. Pero, el procedimiento no se desarrollaba a espaldas de la justicia, existía la figura del “juez comisario” (cargo ocupado por uno de los miembros del Tribunal de Comercio), quien velaba por la legalidad de todo el trámite⁷⁸⁵.

CÁMARA parafraseando a OBARRIO afirmaba: «los principios fundamentales sobre los que descansa la insolvencia son perfectamente ajustados a las bases en que debe siempre descansar una buena ley sobre quiebras: el interés social, el interés de los acreedores y el interés del fallido, recordando que las reformas deben limitarse (...) a ciertos preceptos que tiendan a facilitar los arreglos de los acreedores y del fallido, sin que pueda, sin embargo, quedar impune el dolo o el fraude»⁷⁸⁶. Este pensamiento, en relación al espíritu del Código de Comercio de la era codificadora, trasluce el criterio que debe imperar en toda legislación falimentaria, independientemente del ánimo renovador que pretenda imponer el legislador.

El Código de Comercio de 1862, disponía que para la presentación del trámite, el deudor, debía reunir una serie de requisitos (art. 1729) similares a los establecidos por el régimen actual (art. 11, ley 24.522); lo cual producía la suspensión de todos los procedimientos ejecutivos pendientes o que se iniciaren a partir de la presentación en contra del deudor,

⁷⁸⁴ MARTORELL, *ibidem*.

⁷⁸⁵ Cfr. MARTORELL, *ibidem*.

⁷⁸⁶ CÁMARA, *op. cit.*, vol. III-B, pág. 616.

preámbulo del principio de universalidad pasiva de la quiebra y del principio de suspensión imperante en todas las legislaciones.

Este primer código de quiebras, no reguló en profundidad los distintos efectos que produce la apertura del juicio universal y que inspira uno de los “principios” en que se sustenta el sistema falimentario. Sin embargo, dio pie a la reforma posterior y al nacimiento de los acuerdos por adjudicación de bienes.

3.b) Código de Comercio de 1889

El Código de Comercio de 1889, no introdujo grandes modificaciones al régimen falencial, al punto que Raymundo FERNÁNDEZ prosiguió sosteniendo que el fundamento genérico de la quiebra es la “cesación de pagos”⁷⁸⁷. El código de fines del siglo XIX se aplicaba únicamente a los comerciantes y a las colectividades que revestían ese carácter (art. 1979)⁷⁸⁸. La pluralidad de acreedores, tampoco fue óbice para la declaración de quiebra. En efecto, el art. 1395 que reproducía el texto del Código de Comercio de 1862 disponía: “un comerciante puede ser declarado en estado de quiebra aunque no tenga sino un solo acreedor”⁷⁸⁹, admitiendo la apertura del procedimiento solicitada a requerimiento de un sólo sujeto.

CÁMARA afirma que la revisión al Código de 1862 por la comisión reformadora de 1889, convertido en Código de Comercio por ley 2637 «no introdujo modificaciones de importancia en el “concordato resolutorio”»⁷⁹⁰; aunque, la nueva regulación fue objeto de duras impugnaciones.

⁷⁸⁷ Afirma el ilustre concursalista, que «en la Argentina, el empleo de la fórmula “cesación de pagos” constituye una tradición legislativa: los Códigos de Comercio de 1862 y 1889 y la ley de 1902, que se refieren sólo a los comerciantes, la adoptaron, y lo mismo ocurre con la ... ley 11.719..., que en su art. 1º dispone: “La cesación de pagos, cualquiera que sea su causa determinante y ya se trate de una o varias obligaciones comerciales, constituye el estado de quiebra”, no obstante que hace extensiva la falencia a los no comerciantes que realizan sus negocios en forma de explotación comercial...». Cfr. FERNÁNDEZ, *op. cit.*, pág. 19 y 239-240.

⁷⁸⁸ Cfr. FERNÁNDEZ, *idem*, pág. 51 nota 41.

⁷⁸⁹ Cf. FERNÁNDEZ, *idem*, pág. 178, nota 272.

⁷⁹⁰ El Código de 1862, tuvo dos proyectos de reforma: el de los doctores Sixto VILLEGAS y Vicente G. QUESADA, de 1873, el que presentaba a la quiebra en dos partes: «poniendo todo lo de fondo en una, y todo lo de procedimiento en otra», y el del doctor Lisandro SEGOVIA, en 1887. que siguió en líneas generales el proyecto de los dos primeros. Estos dos proyectos, sirvieron de

Las moratorias no dieron el resultado esperado; la solución se tornaba utópica, a consecuencia del cierre del negocio del deudor, con la consecuente depreciación de bienes que ello suponía, donde el desprestigio y la inactividad conducían a otra inequidad, cual era, la liquidación de bienes, sin realizarse un debido control de las operaciones⁷⁹¹.

El art. 1463 del Código de 1889 indicaba que “el concordato es una convención entre el fallido y sus acreedores quirografarios por la cual se conceden al deudor esperas para el pago, o alguna remisión o quita en el importe de los créditos”⁷⁹², incorporando de esta manera la novedosa figura “del pago por adjudicación de los bienes de la masa”⁷⁹³. Esto facilitó la liquidación de las quiebras considerando «que de esa forma los acreedores podrían proseguir la actividad del fallido, quien quedaba liberado de toda responsabilidad»⁷⁹⁴. Esta solución tenía lugar «a falta de concordato y antes de proceder a la liquidación y distribución de los bienes, pero no importaba un “convenio” entre deudor y los acreedores»⁷⁹⁵, ya que estos decidían la conclusión del mismo; sentido omnipotente que tenían los *accipiens*, para decidir la suerte del *debitor*.

Las principales novedades que implementó el código reformado pueden sintetizarse en las siguientes: a) supresión del juicio de calificación de la quiebra; b) sustitución del juez comisario por el juez de comercio; c) incorporación de un sistema de liquidación de bienes del deudor por cuenta de los acreedores reemplazado por el de liquidación por cuen-

fueron, en parte, de las reformas que se introdujeron en 1889 en nuestra legislación de quiebras. CÁMARA, *op. cit.*, vol. III-B, pág. 617; cfr. SAJÓN, *op. cit.*, pág. 33.

⁷⁹¹ Cfr. CÁMARA, Héctor, *El Concurso Preventivo y la Quiebra*, actualizada por Ernesto Eduardo MARTORELL, ed. LexisNexis, Bs. As., (2004), págs. 19-20.

⁷⁹² Cfr. SAJÓN, *op. cit.*, pág. 87.

⁷⁹³ En relación a la convención que celebraba el fallido con los titulares de las acreencias, «los acreedores comunes debían resolver la forma de disponer de los bienes formando una sociedad de las establecidas en el Código de Comercio. Se criticaba el sistema porque eran los acreedores, no el deudor, quienes iniciaban y terminaban el proceso de la adjudicación de los bienes, los que eran posteriormente vendidos y distribuido su producto líquido entre los acreedores». Cfr. SAJÓN, *idem*, págs. 262-263; CÁMARA, *op. cit.*, vol. III-B, pág. 618.

⁷⁹⁴ CÁMARA, *ibidem*.

⁷⁹⁵ Agrega CÁMARA que «la nueva institución suplió “la continuación de la empresa del fallido”, que según el informe no ha producido otra cosa que la dilación indefinida del juicio de concursos, y en todos los casos, gravísimos perjuicios para los intereses de los acreedores. La continuación del negocio es excluyente de las diligencias y trámites del concurso; y sus resultados son siempre desastrosos». CÁMARA, *ibidem*, nota 95 y pág. 619.

ta del deudor y en beneficio de la masa; y d) incorporación de la adjudicación de bienes como solución de la quiebra⁷⁹⁶.

Desde el punto de vista de los principios, el cuerpo normativo en comentario sentó las bases de la reforma del año 1902; mantuvo un criterio voluntarista, preservó la moratoria como única alternativa de solución para la quiebra pero, limitándola en el tiempo, toda vez, que no se podía prolongar por más de un año para los comerciantes matriculados. No admitió el concurso preventivo, pero a falta de solución concordataria, aceptó el pago por cesión de bienes a la masa, cuando no resultaba procedente el acuerdo resolutorio.

La idea más revolucionaria de la reforma –preludio de la vasta gama de soluciones concordatarias– se introdujo con la posibilidad para los acreedores de capitalizar los créditos y constituir una sociedad⁷⁹⁷ bajo alguno de los tipos previstos por el Código de Comercio. En efecto, el art. 1565 disponía que «los acreedores adjudicatarios deberán, en la misma junta a la que se refiere el art. 1567, adoptar una de las formas establecidas en este código para las sociedades comerciales. Los acreedores ausentes serán considerados responsables sólo hasta la concurrencia de sus créditos, si no se aceptare la responsabilidad ilimitada, en su caso»⁷⁹⁸.

La reforma al Código de 1862 no estuvo exenta de críticas, cayendo en un gran desprestigio, al mantener el carácter persecutorio y penal que recibió de su predecesor –a pesar de las mejoras introducidas– ya que la Argentina transitaba por una grave crisis económica que incidió directamente en comentarios poco alentadores acerca de las bondades de la ley falimentaria reformada⁷⁹⁹, dando pie a los proyectos que sentaron las bases de la posterior modificación. El derecho concursal, se encontraba en plena evolución.

Sin embargo, esta norma dió cuentas del interés por parte del legislador en adoptar algunos principios de carácter procesal, y que rigen la materia: celeridad, economía y simplificación del trámite, tornando un procedimiento más ágil; pero, la observación que puede hacerse al Código de 1889, es que no contempló la conservación de la empresa como

⁷⁹⁶ Cfr. CÁMARA, *El Concurso...*, act. por MARTORELL, *op. cit.*, págs. 19-20, nota 5.

⁷⁹⁷ Cfr. MARTORELL, *op. cit.*, t. I, pág. 99.

⁷⁹⁸ MARTORELL, *ibidem*.

⁷⁹⁹ Cfr. MARTORELL, *ibidem*.

principio rector, sino que se limitó a considerar la satisfacción del interés de los acreedores como base argumental de sustentación filosófica.

El *corpus* del derecho comercial tradicional, fue lentamente erosionado por el transcurso del tiempo y por el propio dinamismo del objeto de su materia –el comercio– lo que llevó a que las legislaciones de quiebras posteriores se desprendieran de su cuerpo orgánico.

3.c) Ley 4156

La Ley de Quiebras 4156 (Adla, 1889-1919, 564), del 30 de diciembre de 1902, denominada ley Pellegrini –por ser el ex presidente de la República el titular de la Comisión del Senado que la proyectara– tiene el gran mérito de ser la tercera legislación de falencias en el mundo que incorporara, lo que aún hoy constituye el principal instrumento para prevenir la quiebra. También, fué la primera norma que trató la quiebra en forma orgánica y separada del Código de Comercio, reemplazando el Libro IV del mencionado cuerpo legal, manteniendo el procedimiento de quiebra para los comerciantes (art. 1) y para las sociedades comerciales (art. 4, *in fine*) pero, dejando de lado a los no comerciantes.

La innovación más importante de este nuevo estatuto de regulación de la quiebra separada del *corpus iuris*, fue «la introducción de dos institutos preventivos de la falencia: el concordato preventivo –siguiendo el proyecto de BOLAFFIO para Italia– y la adjudicación de bienes⁸⁰⁰, variando su anterior carácter; por otra parte, eliminó las moratorias que daban lugar a verdaderos despojos»⁸⁰¹. De un criterio de resolución, se paso a un concepto de prevención de la insolvencia, confiriendo un mayor rol protagónico al deudor y a los acreedores⁸⁰², lo que marcó la tendencia de las leyes posteriores.

⁸⁰⁰ El sistema de “adjudicación de bienes” fue calificado como «uno de los institutos más peligrosos y que más dificultad provocara para ser justificado dentro de las medidas anormales de la ley de quiebras: en caso de que los acreedores no aceptaren la propuesta del deudor, o éste no acepte la de los acreedores, quienes también podrían formular la suya, estos acreedores podrían tomar a su cargo el activo y pasivo del deudor por resolución decidida por la misma mayoría que la requerida para aceptación del concordato. Esta adjudicación está sujeta a la aprobación del juzgado (art. 34 de la ley 4156)». DASSO, *op. cit.*, t. II, pág. 31.

⁸⁰¹ CÁMARA, *op. cit.*, vol. III-B, pág. 619.

⁸⁰² Cfr. DASSO, *op. cit.*, t. II, págs. 29-30.

JAUREGUIBERRY –de formación laboral– opinaba que la ley de 1902 humanizó los procedimientos de la quiebra y fue novedosa en la supresión de las moratorias y la solución del concordato preventivo⁸⁰³.

Esta ley conservó la unidad del sistema concursal; en el que prevaleció el interés particular –el del deudor y el de los acreedores– sobre el interés público. Independizó las acciones civiles de las penales⁸⁰⁴, sosteniendo que los juicios concursales sólo producen consecuencias económicas⁸⁰⁵. Por otro lado, abrogó la institución de la continuidad y conservación de la empresa, y de los servicios y obras públicas⁸⁰⁶.

La ley de comienzos del siglo XX se destacó por su tinte voluntarista, entendido este como la sujeción de los acuerdos a la voluntad de acreedores y deudor⁸⁰⁷, dejando de lado la protección de la hacienda, para priorizar el interés exclusivo de los acreedores.

⁸⁰³ JAUREGUIBERRY, Luis M., *Antecedentes históricos de la quiebra*, (2ª edición), ed. Catellvi, Santa Fe, (1961), pág. 44.

⁸⁰⁴ «La Comisión de reformas entendió que la insolvencia era, en general, un hecho ajeno a toda intención criminal cuyas consecuencias sólo afectan directamente a los interesados, lo natural y lógico, entonces, es que la dificultad producida, de carácter privado, sea resuelta privadamente entre acreedor y deudor, conforme a la tendencia natural y espontánea del comercio mismo, que ahí va en su primer impulso» CÁMARA, *El Concurso...*, act. por MARTORELL, *op. cit.*, pág. 20.

⁸⁰⁵ Resulta oportuno hacer referencia al cambio de criterio existente hace ya más de un siglo, en el que se circunscribió el criterio sancionador de la quiebra a los aspectos puramente económicos que la misma producía. Y, sobre este tópico se expresó: «en cuanto a los efectos económicos de la quiebra, ellos no solo producen una pérdida en la economía privada de aquellos que mantienen relaciones de crédito con el fallido, sino que dan lugar también a una dispersión de capitales que perjudica a toda la economía pública. Por la conocida ley del encadenamiento del crédito, la quiebra repercute después en una serie indefinida de otras economías, produciendo detenciones y a veces verdaderas crisis. A doble título, entonces, la quiebra debe considerarse como un fenómeno cuya importancia excede la economía privada e interesa a toda la economía pública; esto no carece de importancia, aun para la reglamentación jurídica de las relaciones que derivan». Cfr. MARTÍN Y HERRERA, Félix, *Estudios sobre la legislación de la quiebra*, ed. Valerio Abeledo, Bs. As., (1917), pág. 123.

⁸⁰⁶ ALCONADA ARAMBURÚ, Carlos R. S., *Análisis de los cambios legislativos en materia concursal*, Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones, año 22, n.º 131, Bs. As., octubre, (1989), pág. 616.

⁸⁰⁷ Por su parte el Dr. Pellegrini en referencia a los acuerdos privados tomó una postura negativa en cuanto a la viabilidad de los mismos. Sobre el particular, expresaba: «esos arreglos privados muy comunes antes de adoptarse la actual legislación, eran un medio de que se valía el comercio para evitar los inconvenientes de la quiebra. El arreglo privado expone a todos los abusos de lo clandestino y a todas las confabulaciones de algunos acreedores en perjuicio de otros. Haciendo del arreglo privado un arreglo público bajo la vigilancia de los jueces y fiscales, se evi-

Este concepto de voluntarismo, ha sido receptado por diversas legislaciones e inclusive, sembró las bases de los estudios efectuados por la UNCITRAL. «Las normas regidas por las directivas de la UNCITRAL⁸⁰⁸ se emparentan claramente con la tendencia legislativa tradicional que la dogmática concursal denominaba “voluntarismo”⁸⁰⁹ y que se asentaba sobre el “principio de la omnipotencia” de los acreedores en la dirección de la quiebra⁸¹⁰. Se trata, sin embargo, solo de un vínculo ideológico, pero no de una identidad de soluciones. La versión actual, a diferencia del “voluntarismo” tradicional, es parte de un movimiento general de desregulación y, en ella se subraya particularmente, la concepción contractual de las herramientas de tratamiento y solución de la insolvencia. La diferencia en las reglamentaciones es tan acusada que parece más adecuado identificar el enfoque actual como “contractualismo concursal”⁸¹¹, en lugar del voluntarismo clásico. Ello, en tanto, las regulaciones contractualistas no solo atribuyen un poder omnipotente a los acreedores en el proceso concursal, sino que además y en gran medida reemplazan el “proce-

tan los peligros de lo clandestino y se entra de lleno en la práctica comercial». Cfr. CÁMARA, *op. cit.*, vol. III-B, pág. 620.

⁸⁰⁸ UNCITRAL (*United Nations Commission on International Trade Law*). En particular, el “Proyecto de guía legislativa sobre el régimen de la insolvencia”.

⁸⁰⁹ Tendencia del Derecho de quiebras de origen inglés, instaurada en la legislación británica a través de la ley 32 y 33, Vict., c. 71, del año 1869, cuyo espíritu se mantuvo durante todo el siglo XX, a pesar de su derogación.

⁸¹⁰ Hacia esta orientación se adscribía nuestra ley 4156, siguiendo la inspiración de la ley inglesa citada en la nota anterior. Decía, Félix MARTÍN Y HERRERA que esa ley “implantó en nuestro país el sistema de la voluntad de las mayorías de acreedores... Con iguales principios y propósitos había fracasado en Inglaterra la ley de 1869 y otra ley dictada con espíritu bien diverso, regía en aquel país desde el año 1883. No obstante las diferencias de lugar y de tiempo, el ensayo practicado en nuestro país a partir del año 1902 solo sirvió para verificar los malos resultados que se habían observado en Inglaterra”. MARTÍN Y HERRERA, *op. cit.*, pág. 123.

⁸¹¹ Son defensores de esta posición, ROCCO y BONELLI quienes postulan la “tesis del contrato único” en función de la comunidad calificada que forman el deudor y los acreedores y en donde la masa se exterioriza mediante la actuación de los órganos que traducen la voluntad colectiva. Estas teorías contractualistas o sustancialistas partieron de considerar al concordato como un contrato, o sea un acuerdo destinado a reglar las relaciones jurídicas patrimoniales del deudor y los acreedores. La base del proceso está dada por el acuerdo de voluntades y no por la homologación judicial, que sólo es una condición de eficacia. Cfr. ROCCO, *Il concordato nel fallimento e prima del fallimento*, Turín, (1902), n.º 51 y sigs. BONELLI, *Del fallimento*, Milán, ed. Vallardi, cit. por JUNYENT BAS, Francisco y MOLINA SANDOVAL, Carlos A., *Nuevas reformas "provisorias" a la ley concursal. Ley 25.563, L.L. 2002-B-1112*.

so” por el “contrato”, eliminando la intervención del poder judicial o transformando su sentido»⁸¹².

La ley 4156 –a pesar de los avances realizados en materia de prevención– no estuvo exenta de críticas. Así, MALAGARRIGA concluyó que el fracaso de la ley radicó en considerar a la tramitación de la quiebra bajo los intereses de los acreedores⁸¹³, desprovista del interés por el negocio. Por otro lado, RUIZ GUIÑAZÚ dijo con respecto a la reforma de 1902: “ésta no es una reforma que tenga carácter definitivo; durará el tiempo que los acontecimientos le deparen. Ni las previsiones del legislador, ni los conocimientos más profundos del jurista, ni la práctica más científica del juez..., podrán llegar a conseguir que se dicte y aplique una ley comercial que satisfaga a todos...”⁸¹⁴.

En una humilde posición podría decirse que no todas las tintas deben cargarse a la ley de 1902, lo que motivara su posterior reforma. La década del treinta, que sumió al mundo en una de las crisis más profundas que haya conocido la historia –en términos económico-financieros– y que afectara sensiblemente nuestro país, no fue fruto, exclusivamente, de la ley de quiebras sino, de la enorme dependencia que el mundo entero tenía de la economía de Estados Unidos, lo que generó que la “Gran Depresión”⁸¹⁵ que afectara a los norteamericanos se extendiera progresivamente, al resto de América.

La caída de los precios del primer país industrial en términos de PBI (producto bruto interno) provocó la caída económica de los demás países,

⁸¹² IGLESIAS, José A., *Las tendencias del derecho concursal comparado y las reformas a nuestra legislación*, E.D. 205-684 (2003).

⁸¹³ MALAGARRIGA, Carlos C., *Cien años de vigencia y de reformas*, Libro del Centenario del Código de Comercio, Bs. As., (1966), pág. 87.

⁸¹⁴ RUIZ GUIÑAZÚ, Enrique, *La quiebra en el derecho comercial argentino*, (4ª edición), ed. América Unida, Bs. As. Aires, (1926), pág. 14.

⁸¹⁵ La “Gran Depresión” fue una crisis económica mundial iniciada en octubre de 1929 que se prolongó durante toda la década de 1930, extendiéndose geográficamente desde Estados Unidos al resto del mundo capitalista. La especulación financiera, sin relación con la producción económica real, la estructura fragmentada de la Banca americana, a lo que se suma un exceso de liberalismo y falta de mecanismos intervencionistas del Estado, se encuentran entre las causas determinantes del inicio de la crisis, generando graves consecuencias, tales como: las quiebras bancarias (esencialmente) y comerciales, el descenso de los precios de los productos con valor agregado, la inexistencia de puestos de empleo, las huelgas, el aumento considerable de la indigencia y las migraciones.

que no pudieron competir con el gran país del norte, por lo que se vieron senciblemente reducidas sus exportaciones. A esto se sumó, la disminución de la demanda de productos del exterior por parte del público consumidor norteamericano, lo que frenó las exportaciones, llevando a una disminución del comercio internacional –en particular, lo que sucedió con las exportaciones de alimentos, por parte de nuestro país–. Esto motivó una fuerte intervención del Estado, y fue Franklin D. ROOSVELT quien introdujo la concepción del *new deal* (nuevo trato), para tratar de paliar la grave crisis que afectaba al pueblo de los E.E.U.U.⁸¹⁶.

Los operadores jurídicos y la propia actividad comercial –dinámica y cambiante– demandaron, insistentemente, la sustitución del régimen legal, a lo que dió respuestas el Congreso Nacional con la modificación de la ley, treinta y un años después.

3.d) Ley 11.719

La ley 11.719 (Adla, 1920-1940, 325) dio marcha atrás en la concepción voluntarista de la quiebra y regresó a la vieja concepción publicística, reivindicando los poderes del juez y reduciendo la actuación de los acreedores⁸¹⁷, con mayor énfasis en la solución preventiva.

La innovación más importante de éste plexo normativo estribaba en la posibilidad que la misma otorgaba –para los sujetos no comerciantes y sociedades no comerciales que realizan negocios en forma de explotación comercial– de someterse a sus disposiciones, siempre y cuando, los mismos formalizaren la inscripción en el Registro Público de Comercio⁸¹⁸. De esta manera, se incorporaban como sujetos pasibles de la aplicación de la ley de concursos –por los beneficios que ésta, supuestamente, concedería– una generalidad de sujetos, que de otra forma, quedaban sometidos a las disposiciones que preveían las leyes procesales civiles y comerciales locales (art. 121, C.N.).

⁸¹⁶ Este plan, inspirado en las ideas del economista John KEYNES en su obra “La teoría general del empleo, el interés y el dinero”, consistía en la regulación e intervención de la economía favoreciendo las inversiones, el crédito y el consumo, lo que permitiría reducir la tasa de desempleo.

⁸¹⁷ Cfr. DASSO, *op. cit.*, t. II, pág. 33.

⁸¹⁸ Cfr. SAJÓN, *op. cit.*, pág. 96.

El inconveniente que produjo el limitado sometimiento a los “beneficios” que concedería para el deudor el acatamiento a los designios de esta ley, produjo su escasa aceptación por parte de un universo de sujetos que no fueron –precisamente– tentados por los “favoritismos” que pretendía conceder la novel normativa concursal⁸¹⁹.

Para algunos autores, esta ley fue un freno a las prebendas para los acreedores y un límite para los deudores de mala fe que establecía la ley 4156⁸²⁰, contando con diversas soluciones para paliar la insolvencia, a saber: el acuerdo preventivo; la liquidación sin declaración de quiebra; el avenimiento; la propia ejecución colectiva de la quiebra y el concordato resolutorio. Por el contrario, esta nueva legislación concursal no contemplaba la adjudicación de bienes, la que fuera sustituida –a juicio del legislador–, beneficiosamente, por la liquidación sin quiebra⁸²¹.

La ley 11.719, inspirada en el proyecto del senador Ramón S. CASTILLO, mantuvo el principio de “universalidad” y “unidad” de la quiebra, la que reconoce una mayor presencia del juez y del órgano concursal (sindicatura)⁸²², a pesar de atribuirse a éste último, el fracaso de algunos acuerdos por aquéllas épocas.

⁸¹⁹ YADAROLA afirmaba que «Imponer aquí, en nuestro país, como condición al no comerciante, la de que se inscriba en el Registro de Comercio para que pueda ser declarado en quiebra, equivale a suponer que la quiebra es un beneficio para el deudor, y que, en consecuencia, si quiere gozar de ese beneficio debe inscribirse. Esto es un absurdo (...) La quiebra importa una verdadera *capitis diminutio* para el deudor; su personalidad civil queda disminuida en forma tal, que el fallido, aun siendo de buena fe, se convierte en un paria de la vida jurídica; no tiene ya patrimonio ni puede adquirirlo prácticamente durante el período que dura su interdicción». Asimismo, afirma el tratadista que «en cuarenta años que tuvo vigencia la ley 11.719 ningún comerciante se inscribió en el Registro de Comercio: la innovación fue un fracaso». CÁMARA, *op. cit.*, vol. III-B, pág. 790 y 791.

⁸²⁰ Como elementos caracterizantes de la reforma, se pueden resaltar: «1) la protección al deudor de buena fe; 2) la decisiva intervención del juez en los juicios de concordato preventivo y quiebra; 3) el contralor de los acreedores en todas las etapas de los procesos de convocatoria y quiebra; 4) la liquidación de los bienes del deudor sin quiebra; 5) se estructura la calificación de la conducta del deudor; 6) se regulan los incidentes; 7) se legisla sobre los efectos jurídicos; 8) se legisla sobre las diferentes clases de créditos y su graduación; 9) se establece la forma de liquidación y distribución; 10) se dictan normas sobre la calificación de conducta del fallido». SAIJÓN, *op. cit.*, pág. 36.

⁸²¹ Cfr. MARTORELL, *op. cit.*, t. I, pág. 108 y 109.

⁸²² Cfr. DASSO, *op. cit.*, t. II, pág. 33.

Vigente durante cuarenta años, la ley “Castillo” como coloquialmente es conocida, no pudo superar los avatares de la Segunda Guerra Mundial, y sus objetivos y principios inspiradores cedieron el paso a una nueva reforma que supo compatibilizar las experiencias de sus predecesoras.

3.e) Leyes 18.832 y 19.980. El estado interventor-benefactor

Conforme el derecho administrativo, el Estado posee tres funciones básicas: a) la actividad legislativa, b) la jurisdiccional y c) la administrativa. Durante los primeros años de vida institucional de la República Argentina, el gobierno fue muy respetuoso de las atribuciones que esta trilogía imponía, como parte del principio de separación de poderes. Teniendo en cuenta estos elementales deberes, fue que la Nación en sus orígenes estuvo alejada de la actividad privada; pero, esto cambiaría, lentamente, en los años posteriores.

A partir del año 1930 –producto de la crisis que se originara en el gran país del norte y que arrastrara a nuestro país– la Nación encaró una nueva misión a su ya clásica organización funcional: la actividad empresarial o actividad económico-financiera. Entre los años 1930 y 1943 –fruto de la crisis originada por la gran depresión en los Estados Unidos y por las consecuencias de la Segunda Guerra Mundial– se produjo una intensa intervención por parte del Estado, la cual estuvo dirigida, más bien, a cumplir un objetivo de regulación de algunas de las áreas productivas fundamentales.

No obstante, este período no sólo se caracterizó por la expresa voluntad política del Estado en tomar a su cargo nuevas actividades sino que, por imperio de circunstancias coyunturales, también se hizo propietario de empresas privadas –en un comienzo en forma eminentemente transitoria a fin de evitar su desaparición y las consecuencias que ello acarrearía–; porque también se ejercitaron políticas dirigidas a reducir el universo de empresas públicas⁸²³.

De esta forma fueron creadas diversas empresas, tales como: la Junta Reguladora de Granos (1933), *ex post* Junta Nacional de Granos, con el

⁸²³ Cfr. FERNÁNDEZ, Raúl, *Las empresas públicas en Argentina*, CEPAL (Comisión Económica para América Latina y el Caribe), Bs. As., junio, (1976), pág. 105.

fin de adquirir las cosechas a los productores a precios fijados por el gobierno y revenderlas luego a los exportadores; la Junta Nacional de Carnes (1935), quien tuviera funciones de control y promoción del comercio exterior de carnes; la Comisión Reguladora de la Producción y Comercialización de la Yerba Mate; el transporte colectivo de pasajeros de la ciudad de Buenos Aires (1928); la creación de Bancos oficiales en las Provincias, como por ej. Jujuy, Catamarca, Mendoza y Entre Ríos; la creación de la Dirección General de Fabricaciones Militares (1941) por medio de la ley 12.709 (Adla, I-53); las Fábricas Nacionales de Envases Textiles (DANDET) (1942), dada la escasez de yute para bolsas, con plantas en Chaco y Santiago del Estero; el Banco Industrial (1943) con el fin de financiar al sector, luego denominado BANADE (Banco Nacional de Desarrollo) y un largo etcétera.

Así, vieron la luz las “empresas del Estado”, bajo el imperio de las leyes 13.653⁸²⁴ (Adla, IX-A-353), ley 14.380 (Adla, XIV-A-185) y la ley 15.023 (Adla, XIX-A-I^a-218). Estas sociedades tuvieron por objeto la realización por parte del Estado de actividades industriales o comerciales, o servicios públicos de esa naturaleza. Las empresas del Estado son entidades públicas estatales sujetas a un régimen jurídico mixto de derecho público y derecho privado. Son creadas por ley y están encuadradas dentro de la administración pública, su patrimonio es estatal y no pueden ser declaradas en quiebra⁸²⁵, lo que marca el carácter público de estos sujetos de derecho.

Esta forma de incorporarse a la actividad privada por parte del Estado, permitió el surgimiento de verdaderas entelequias: administración pública central; administraciones públicas provinciales; administraciones públicas municipales; entidades autárquicas; empresas del Estado; sociedades del Estado; sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria; sociedades de economía mixta; empresas de elaboración de materiales y elementos de guerra (Dirección General de Fabricaciones Milita-

⁸²⁴ Artículo 1: Las actividades de carácter industrial, comercial o de explotación de servicios públicos de igual naturaleza que el Estado, por razones de interés público, considere necesario desarrollar, podrán llevarse a cabo por medio de entidades que se denominarán genéricamente "empresas del Estado". Las empresas del Estado quedan sometidas: a) al derecho privado en todo lo que se refiere a sus actividades específicas; y, b) al derecho público en todo lo que atañe a sus relaciones con la Administración o al servicio público que se hallare a su cargo.

⁸²⁵ Cfr. ETCHEBARNE BULLRICH, Conrado, *El Estado empresario*, L.L. 1985-C-989.

res) ley 12.709 (Adla, I-53), empresas rehabilitadas en estado de cesación de pagos, ley 17.507⁸²⁶ (Adla, XXVII-C-2804), ley 18.832⁸²⁷ (Adla, XXX-C-3112) y ley 19.980⁸²⁸ (Adla, XXXII-D-5211), entre otras⁸²⁹, que habilitaron el desarrollo de emprendimientos que no podían ser llevados a cabo –en aquellas épocas– por los particulares.

Este modo de actuar por parte del Estado, en contraposición con sus funciones primarias o elementales (salud, justicia, defensa, educación, etc.) podría denominarse “función subsidiaria o secundaria”, el que comprende aquellas labores que despliega el ente, por razones vinculadas, generalmente, a un determinado momento político o económico⁸³⁰. Sin perjuicio de esta ingerencia del poder estadual en el ámbito privado, la

⁸²⁶ Artículo 1: Facúltase al Poder Ejecutivo nacional a autorizar soluciones tendientes a posibilitar la rehabilitación de empresas que a la fecha de promulgación de esta ley se encuentren en virtual estado de cesación de pagos o que afronten dificultades financieras que sólo puedan ser superadas con disposiciones excepcionales del Estado. Decláranse empresas comprendidas en el régimen que se instituye, a aquellas que por su preponderancia social, su envergadura económica, su desarrollo tecnológico o su influencia en la economía nacional, regional o zonal se considere conveniente asistir, a solo juicio del Poder Ejecutivo.

Artículo 2: A los fines precedentemente autorizados y cuando la situación de las empresas lo hiciera imprescindible, el Poder Ejecutivo podrá eximir las total o parcialmente del pago de intereses, recargos y multas por mora en el cumplimiento de las obligaciones fiscales o de previsión. Podrá además otorgarles facilidades y convenir planes para el pago de los mencionados tributos, en las condiciones y con las garantías que para cada caso se determinen.

⁸²⁷ Artículo 1: Agrégase el artículo 195 de la ley 11.719: Se procederá igualmente en la forma prevista en el primer párrafo del presente artículo cuando el Poder Ejecutivo Nacional, por razones de interés público y con el fin de asegurar la paz social dispusiere la continuación del funcionamiento de determinadas sociedades que fueren declaradas en quiebra.

⁸²⁸ Artículo 1: En los concursos en que se aplicare la ley 18.832, los acreedores cuyos créditos tengan su causa en la continuación de la empresa fallida, serán pagados con preferencia a los acreedores de la deudora y a los del concurso, excepto los que posean privilegios especiales. Quedan comprendidos en el párrafo anterior los créditos del Estado Nacional, de sus empresas y de las sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria que a continuación se enuncian: a) Las sumas que se adelantaren para la prosecución de la actividad de la empresa, sus intereses y costas; b) Los originados en reparaciones y mejoras útiles o necesarias realizadas en los bienes de la fallida, aunque no mediare obligación de hacerlas en virtud de contratos o de otras fuentes de obligaciones; c) Los créditos derivados de pagos por subrogación, tales como los provenientes de salarios u otras remuneraciones de los dependientes de la fallida, materias primas, fletes, comisiones, honorarios, o de cualquier otra naturaleza, originados antes o después de la fecha de apertura del concurso y sin límite de tiempo.

⁸²⁹ Cfr. ETCHEBARNE BULLRICH, *op. cit.*, pág. 989.

⁸³⁰ Cfr. *Ibidem*.

Nación dictó normas tendientes a proteger las empresas que se encontraban en crisis, cuya continuidad se hallaba comprometida.

Existieron diversas disposiciones legales que trataron de sanear la situación de las empresas. La ley 17.507 (Adla, 1967-C-2804) denominada: Régimen Especial de Ayuda a las Empresas Nacionales con Dificultades Financieras permitía que el Estado Nacional pudiera sanear empresas que se encontraban en virtual estado de cesación de pagos. Con posterioridad, se dictaron leyes puntuales para situaciones coyunturales de ciertas empresas que por su importancia en la actividad productiva e impacto en la economía de una región, requerían alguna protección estatal. La ley 17.658 (Adla, 1968-A-207) para la firma Cavic, por medio de la cual se dispuso la suspensión de acciones judiciales originadas en documentos emitidos por compra de uva de las cosechas 1966 y 1967; la ley 18.178 (Adla 1969-A-189) para la Compañía Industrial del Norte de Santa Fe S.A. Ltda.; mediante la cual se resolvía la intervención y caducidad del mandato del directorio y sindicatura y paralización de juicios; la ley 18.264 (Adla, 1969-B-1436) por la que se beneficiaba a la Compañía Azucarera Bella Vista S.A. por conducto de la paralización de juicios y suspensión de la ejecución de sentencias contra ella y, por último, la ley 18.778 (Adla, 1970-C-3064) para la firma Las Palmas del Chaco Austral S.A. en la que se ordenaba la paralización y suspensión de la iniciación de juicios y de la ejecución de sentencias dictadas en su contra, son algunos de los frutos que dio una legislación en las que el Estado se erigía en el verdadero “*paterfamilias*”.

Las leyes 18.832⁸³¹ y 19.980 modificatorias del art. 195 de la ley 11.719 (*ex post*, ley 19.551), dieron abrigo a la continuidad de la empresa privada, traspasando sus pasivos al Estado Nacional, con lo cual se originó uno de los problemas más críticos de nuestra historia económica⁸³².

Con diversos argumentos: “la paz social”, “el interés público”, “la influencia de la empresa en la economía nacional o regional”, “el desa-

⁸³¹ «La norma –como metodología general– diferencia tres situaciones: 1º) La administración por parte del Estado, ante una quiebra decretada a una sociedad (arts. 1º, 2º, incs. a, b, y c); 2º) La liquidación efectuada por el Estado (arts. 2º, incs. d y e, y art. 3º, inc. 3º). La intervención del Estado como administrador (¿?) ante una convocatoria de acreedores de la empresa (art. 3º)». RICHARD, Efraín H., *Notas en torno a la ley 18.832 modificatoria de la ley de quiebras*, L.L. 142-1069.

⁸³² Cfr. ALCONADA ARAMBURÚ, *op. cit.*, pág 617.

rollo tecnológico” y “la conservación de la empresa”, entre otros; el Estado intervino en la actividad privada, asumiendo el costo que las empresas en estado de insolvencia eran incapaces de afrontar –a través de diversas modalidades: eximisión de intereses y multas, facilidades y planes de pago– para permitirles sanear su pasivo, interviniéndolas sin sustituir sus órganos sociales⁸³³, con el firme propósito de mantenerlas y «preservar por todo el tiempo que resulte razonablemente necesario, las fuentes de trabajo»⁸³⁴, sin perjuicio del mantenimiento de sus órganos sociales⁸³⁵, a mérito de los beneficios que ello generaba para la Nación.

La reacción que estas leyes generaron no se hizo esperar. Muchos son los que remarcaron la –a veces– innegable compenetración existente entre empresa y sociedad⁸³⁶, como así también la necesidad de efectuar una separación entre *l'homme et de l'entreprise*, con el fin de intentar el salvataje de la segunda cuando el empresario que la conducía la había llevado a una situación de crisis. A decir verdad, la raíz de este pensamiento, tuvo su origen en Francia, quien postulaba la imperiosa necesidad de separar el destino del patrimonio del comerciante –garantía de los acreedores– de la suerte que corriera aquél; en el entendimiento que resulta más beneficioso desde un plano económico conservar la empresa que gastar ingentes esfuerzos en perseguir al deudor⁸³⁷.

Desde aquellos tiempos, el Estado –por diversas razones– ha incurrido en la actividad privada, muchas veces, motivado en necesidades coyunturales y otras, por esa incontenible necesidad de querer aplicar los

⁸³³ «Conforme lo establece el art. 3 de la ley 18.832, los órganos de la sociedad en concurso preventivo no cesan, a los efectos del juicio concursal, por la intervención resuelta a pedido del Poder Ejecutivo». CNCom, sala C, “Textiles Gloria, S.A. s/ quiebra”, Rep. L.L. XXXVIII-1600, sum. 45, 21/06/76.

⁸³⁴ RICHARD, *op. cit.*, pág. 1068.

⁸³⁵ «Conforme lo establece el art. 3 de la ley 18832, los órganos de la sociedad en concurso preventivo no cesan, a los efectos del juicio concursal, por la intervención resuelta a pedido del Poder Ejecutivo». CNCom, sala C, “Textiles Gloria, S.A. s/quiebra”. Rep. L.L. XXXVIII-1600, sum. 45, 21/06/76.

⁸³⁶ Cfr. QUAGLIA, Gustavo Alfredo, *Un apunte acerca de sociedad, empresa y disolución*, R.D.C.O., (1977), pág. 435.

⁸³⁷ Cfr. GUYENOT, Jean P., *Las innovaciones de la quiebra en relación con las empresas y sus dirigentes*, L.L. t. 142, pág. 944, cit. por KABAS DE MARTORELL, Elisa – MARTORELL, Ernesto E., *El principio de conservación de la empresa ante la imperiosa necesidad de su revisión crítica*, L.L. 1987-B-1021.

recetas utilizadas por otros⁸³⁸, tan alejadas de nuestro sentir nacional, lo cual, también ha producido importantes crisis económico-financieras que generaron un incremento, entre otras cosas, de la deuda externa y de los índices de desempleo.

La ley 18.832 y la que le siguiera 19.980 –que resguardaba el crédito de los acreedores, por los adelantos efectuados consistentes en aportes para la continuación de la empresa fallida– sirvieron para superar una coyuntura; suscitada, en gran medida, por la falta de un instrumento legal, como es la figura de la “continuidad de la empresa”. Como instituto, más allá, de sus aciertos o fracasos sirvió para un determinado momento histórico. Resta por desentrañar, el grado de utilidad práctica que tuvo en un país que atravesaba una grave crisis económica y social.

Lo importante de estas normas es que inspiraron el desarrollo de un nuevo concepto, del que hoy no es posible desdeñar, esto es, el de “la conservación de la empresa” que con el transcurso del tiempo se transformó en un paradigma no sólo de la legislación concursal, sino también de otras normas, como la prevista en el art. 100 de la Ley de Sociedades Comerciales (Adla, XXXII-B-1760).

3.f) Ley 19.551 y su reforma ley 22.917

La ley 19.951 de 1972 (Adla, XXXII-B-1836) elaborada por los comercialistas Francisco QUINTANA FERREIRA, Héctor ALEGRÍA y Horacio P. FARGOSI mantuvo en su espíritu la influencia de las leyes italiana de 1942 y francesa de 1967⁸³⁹.

La norma presenta como principios generales orientadores, los siguientes: a) universalidad patrimonial; b) colectividad de acreedores e igual tratamiento; c) protección adecuada del crédito; d) conservación de la empresa –en cuanto actividad útil para la comunidad y principio inspirador común en la reforma legislativa mercantil–; e) mayor amplitud y diversificación de medios de solución preventiva de las crisis patrimoniales; f) actuación de oficio de los órganos jurisdiccionales; g) recuperación

⁸³⁸ Cfr. ETCHEBARNE BULLRICH, *op. cit.*, pág. 1989.

⁸³⁹ RUBÍN, Miguel E. “Introducción” a la obra colectiva: “Instituciones de derecho concursal”, ed. Ad-Hoc, Bs. As., (1992), pág. 32.

patrimonial del concursado de buena fe; h) protección del comercio inhabilitando a quienes actuaron con culpa o fraude, extensión de la responsabilidad patrimonial a quienes actuaron por el deudor...»⁸⁴⁰.

Entre las revelaciones que emergían de la nueva legislación pueden mencionarse, las siguientes: el concurso preventivo asumió el carácter de remedio legal –lo cual venía siendo un sentido reclamo de la doctrina nacional–; el sistema de verificación de créditos se transformó en un proceso; se incorporó un capítulo dedicado a las reglas procesales; las normas del concurso comercial se extendieron a los concursos civiles, abrogando normas locales. La ley 19.551 representó el ordenamiento jurídico más completo, sistematizado y progresista de derecho concursal en la legislación Argentina⁸⁴¹.

La ley admitió el concurso preventivo y desde la exposición de motivos, puede advertirse el espíritu conciliador y componedor que impregnaba el nuevo cuerpo legal, adelantando que, entre los principios generales inspiradores de la ley, se podía considerar la existencia de una mayor

⁸⁴⁰ Cfr. GARCÍA MARTÍNEZ, Roberto, *Derecho Concursal*, ed. Abeledo-Perrot, Bs. As., (1997), pág. 12; FUSARO, Bertelio, *Concursos. Teoría y práctica de la ley 19.551*, (3ª edición), ed. Depalma, Bs. As., (1988), pág. 13.

⁸⁴¹ Entre los institutos novedosos, la ley «fijó los casos de declaración de quiebra y sus presupuestos; enunció en el texto legal, aunque sin carácter taxativo, los hechos reveladores de la cesación de pagos; facultó para producir amplia prueba relativa a la mentada “cesación”, como, asimismo, respecto de cualquier hecho que evidenciara que el deudor se hallaba imposibilitado de cumplir regularmente sus obligaciones; reguló las medidas precautorias anteriores a la declaración de quiebra, el desistimiento del acreedor y del deudor, los alcances del desapoderamiento y la administración por el síndico; fijó los alcances del llamado “período de sospecha” y sus consecuencias, y los efectos de la quiebra sobre las relaciones jurídicas preexistentes; innovó con respecto a la normativa concursal vigente hasta entonces, al incluir en el flamante texto legal una sección totalmente nueva referida a los distintos supuestos de extensión de la quiebra a otros sujetos, como también extensión de la responsabilidad a terceros en virtud y por causa del *status* falimentario; reguló sobre la extensión de la quiebra a los socios ilimitadamente responsables, incluyendo en tal supuesto a quienes se hubiesen retirado o hubieran sido excluidos de la compañía luego de producida la cesación de pagos, en cuyo caso aquéllos debían responder por las deudas vigentes hasta que su retiro fuese inscrito en el Registro Público de Comercio; mejoró notoriamente las disposiciones vigentes con anterioridad en materia de incautación, conservación y administración de bienes por parte de la sindicatura, punto respecto del cual es importantísimo destacar, en materia de liquidación de activos, la pauta legal sobre la enajenación de la empresa como unidad, y sólo como *ultima ratio*, la enajenación individual de los bienes del establecimiento del fallido». MARTORELL, *op. cit.*, t. I, pág. 117 y 121.

amplitud y diversificación de medios para la solución preventiva de las crisis patrimoniales⁸⁴².

Desde el punto de vista de la conservación de la empresa, la ley de 1972 estructuró el primer intento normativo por abrazar las nuevas concepciones existentes sobre protección de la empresa en crisis; admitió la posibilidad de extender la continuación de la empresa en quiebra; erigió como forma de liquidación preferente la venta de la empresa “en marcha” adoptando el denominado: “principio de conservación”, aunque –como dijera BERGEL– manteniendo un anclaje absolutamente injustificado a viejas concepciones de la ejecución colectiva⁸⁴³.

Los dos principios inspiradores de la ley 19.551 eran: “la protección adecuada del crédito” que, como dice el profesor ALEGRÍA, se refería al crédito concreto de los acreedores⁸⁴⁴ y “la conservación de la empresa”.

El legislador de aquella época priorizó el concurso preventivo, tan es así, que la comisión redactora –lisa y llanamente– suprimió el plazo de tres días que fijaba la ley anterior para la presentación en concurso, desde el conocimiento del estado de cesación de pagos. Este requisito de presentarse dentro de los tres días de haber conocido el deudor su estado de cesación de pagos, era un recaudo impracticable en la vida real⁸⁴⁵. Al reformarse el texto legal y suprimirse el término al cual quedaba supeditada la presentación concursal (tres días), quedó plasmada la prelación del concurso frente a la quiebra mientras ésta no haya sido declarada (art. 10, ley 19.551) y, tras una modificación al art. 236 inc. 5 (t.o. ley 19.551) se deja “librado a la apreciación del tribunal, el juzgar si la demora del deudor fue o no justificada: no es suficiente el simple retardo en el obrar”⁸⁴⁶.

El concurso preventivo era un procedimiento que permitía la recomposición del pasivo tendiente a lograr una solución concursal

⁸⁴² Cfr. MARTORELL, *idem*, t. I, pág. 119.

⁸⁴³ Cfr. MARTORELL, *idem*, t. I, pág. 118.

⁸⁴⁴ ALEGRÍA, Héctor, *Algunas cuestiones de derecho concursal*, Prólogo, ed. Abaco, Bs. As., (1977), pág. 83.

⁸⁴⁵ El docto CÁMARA enseñaba que esta exigencia resulta inoficiosa en la vida real, ya que no se cumple... «basta penetrar superficialmente (rasgar apenas) la realidad económica y jurídica de nuestra sociedad, para comprobar que la posibilidad de encontrar un solo comerciante o sociedad comercial que se presente dentro del tercer día de tener conocimiento de su estado de cesación de pagos es, lisa y llanamente, una utopía». Cfr. CÁMARA, *op. cit.*, vol. III-B, pág. 482.

⁸⁴⁶ CÁMARA, *idem*, pág.483.



–considerado como un mecanismo distinto e independiente que permita una salida real a la crisis y no como un mero antecesor de la quiebra–, el cual no contempló la posibilidad de que el deudor no comerciante pueda hacer uso del mecanismo allí establecido, lo cual no demoró la crítica que desde diversos sectores de la doctrina nacional recayeron sobre este aspecto de la ley⁸⁴⁷.

Como contrapartida de los beneficios que concedía la legislación fallimentaria –por mucho tiempo– fue arduamente criticada⁸⁴⁸ la regulación que tenía prevista la norma para la admisión de la presentación preventiva (art. 11 inc. 8, ley 19.551)⁸⁴⁹, lo que importaba, prácticamente, el cumplimiento de una *probatio diabolica* –a lo que MAFFÍA asociaba con “la maldición de la momia”– que una prudente doctrina judicial supo equilibrar, en distintos precedentes⁸⁵⁰.

⁸⁴⁷ Cfr. MARTORELL, *op. cit.*, t. I, pág. 119.

⁸⁴⁸ Con la reforma efectuada a la ley de concursos en el año 1983 –ley 22.917–, ROITMAN destaca que, entre sus lineamientos: «a) se acentúa la protección de la empresa, facilitando el concurso preventivo a los no inscritos, las sociedades irregulares, flexibilizando las exigencias de admisibilidad (libros, fecha de presentación, inscripciones, etc.) y, consecuentemente, las de valoración para la homologación». Cfr. ROITMAN, Horacio, *Concursos. Ley 19.551. Actualizada con las modificaciones de las leyes 22.917 y 22.985*, (13ª edición), ed. Depalma, Bs. As., (1984), punto XX.

⁸⁴⁹ Art. 11 inc. 8: “Acompañar la documentación que acredita el pago de las remuneraciones y el cumplimiento de las disposiciones de las leyes sociales, del personal en relación de dependencia, actualizado al momento de la presentación...”.

⁸⁵⁰ Algunos jueces, inclusive llegaron a declarar inconstitucional la normativa del art. 11 inc. 8, lo que nos brinda una idea de la problemática que generaba dicho dispositivo a la hora de efectuar la presentación concursal preventiva. Con este Norte se sostuvo: «El ámbito normativo del inc. 8 del art. 11 LCQ, debe ser examinado dentro de los límites de la razonabilidad, teniendo en cuenta que un parecer inverso conspiraría contra los principios generales orientadores, enunciados en la Exposición de Motivos de dicha ley, en el sentido de favorecer al comerciante en dificultades para que supere con intervención judicial su estado de insolvencia, y a los acreedores cuya suerte se encuentra indirectamente ligada a la conservación de su fuente de trabajo». CNCom., Sala C, “Trafluen, Compañía Armadora S.A.”, E.D. 126-604, 26/2/87; «Es inconstitucional la norma del inc. 8 del art. 11 LC, en cuanto dispone como requisito para la apertura del concurso preventivo que el deudor acredite el cumplimiento de las disposiciones de las leyes sociales, actualizado al momento de la presentación; con ello, contradice los principios orientadores de nuestra legislación concursal, que son los de conservación de la empresa en cuanto actividad útil para la comunidad, el de amplitud y diversificación de los medios para la solución preventiva de las crisis patrimoniales y el de la recuperación patrimonial del concursado de buena fe. Resulta muy difícil mantener al día el pago de los aportes provisionales, y más difícil aún es obtener la conformidad del organismo recaudador sobre la inexistencia de deudas, lo que se traduce en la casi imposibilidad de obtener los certificados de libre deuda. Tal exigencia, viola las garantías

La reforma a la ley 19.551 no se hizo demorar y el legislador –once años después– sancionó la ley 22.917 (Adla, SE 11/83-1631) de reformas a la Ley de Concursos 19.551, la cual es recordada por la mayoría de la doctrina nacional, por ser el primer ordenamiento falimentario en el país que unificó el procedimiento de concursos para deudores civiles y comerciales eliminando, definitivamente, las disposiciones que para los deudores civiles tenían previsto los códigos procesales provinciales, por expresa delegación del art. 121 de la Constitución Nacional.

Entre las soluciones preventivas –aunque con una deficiente técnica legislativa– puede mencionarse, la introducción de una reglamentación especial para los llamados “acuerdos preconcursales” (arts. 125-1 y 125-2, ley 19.551); lo cual se convertiría en la antesala de los actuales “acuerdos preventivos extrajudiciales”, dando cuenta de esta forma, a la preocupación del legislador por priorizar las soluciones provisorias.

Sin perjuicio de las bondades que presentaba la reforma a la ley concursal, en un momento particular para el país –año 1983, en pleno recambio institucional– la misma no estuvo exenta de reproches. MAFFÍA con su habitual agudeza replicaba de la ley 19.551 y su reforma 22.917: la absoluta desatención de las soluciones “presinsolvencia”, toda vez que, el acuerdo preconcursal y el acuerdo preventivo eran soluciones a las que podía recurrir el deudor, cuando ya estaba instalado el estado de cesación de pagos⁸⁵¹.

Cuestiona, asimismo, MARTORELL siguiendo a MAFFÍA la permanente referencia a “la conservación de la empresa”, que no resultó sino otra “*machietta*” de la anterior ley de quiebras⁸⁵². De otro lado, MAFFÍA sostenía que la conservación de la empresa era un ideal que no podía traducirse en una norma dispositiva⁸⁵³. Resultaba paradójal insistir en la continuación de la actividad empresaria, cuando precisamente, la intención era

constitucionales de igualdad, propiedad y defensa en juicio (arts. 16, 17 y 18 C.N.», Juzg. Civ. y Com., Salta, 1a. Instancia, 11/4/85, cit. por AMADEO, José Luis - SPERONI, Alejandro, *Ley de concursos. Anotada con jurisprudencia*, ed. Librería “El Foro”, Bs. As., (1991), pág. 71; *in re C. 1a. Civ. y Com., Tucumán, “Constructora S.A.”*, E.D. 95-564, 27/5/81; CNCom. sala C, “Alvear Palace Hotel S.A.”, L.L. 1983-C-522, 14/6/83.

⁸⁵¹ Cfr. MAFFÍA, Osvaldo J., *Manual de concursos*, ed. La Rocca, Bs. As., (1997), t. I, pág. 53.

⁸⁵² Cfr. MARTORELL, *op. cit.*, t. I, pág. 131.

⁸⁵³ Cfr. MAFFÍA, *op. cit.*, t. I, pág. 54.

salvar el establecimiento *ex ante*, y no cuando éste ya estaba quebrado (Título III, Capítulo IV, Sección II. “Continuación de la empresa”) y el procedimiento enderezado a la liquidación.

Respetuosamente, disiento con la opinión de tan ilustres maestros, toda vez que, el mérito o demérito de una ley no puede centrarse en la buena o mala utilidad que de ella se haya realizado sino, en la filosofía que inspirara el espíritu del legislador, al consagrar una normativa que representaba un avance para la época tendiente al salvataje de empresas.

Más allá de las observaciones apuntadas, y otras –como la referente a la “calificación de conducta”– que provocaron su posterior derogación, la ley 19.551 y su reforma importaron un significativo avance en las soluciones concursales, lo que le permitiera mantenerse vigente durante veintitrés años, hasta que fue modificada, finalmente, por la ley 24.522, luego de estar en discusión varios proyectos de reforma.

3.g) Ley 24.522

Durante la década de fines del siglo XX, tanto en el derecho continental europeo como en el hispanoamericano, aparecen con fuerza los principios de la bancarrota anglosajona y la “categorización de acreedores” sentencia uno de los paladines del derecho concursal tradicionalmente conocido como *par condicio creditorum*, permitiendo la apertura a nuevos horizontes de negociación⁸⁵⁴, aunque manteniendo intacto el principio de universalidad del proceso concursal.

La reforma efectuada por la ley 24.522 en el año 1995 (Adla, LV-D-4381) introdujo, modernos institutos del *common law* y, particularmente, de la *Bankruptcy* estadounidense, sin embargo, toda su estructura estaba diagramada sobre la base de la ley 19.551 sobre la cual se edificara la reforma, siguiendo la arquitectura de la vieja *Legge Fallimentare* italiana de 1942⁸⁵⁵.

⁸⁵⁴ Cfr. DASSO, Ariel A., *La dilución del principio de colectividad o universalidad de acreedores en los procedimientos concursales menores o preventivos*. Segundo Congreso Iberoamericano de Derecho Concursal, 8, 9, 10 y 11 de noviembre de 2006, Mérida, Estado de Yucatán - México.

⁸⁵⁵ Cfr. DASSO, Ariel A., *Un “nuevo” Derecho Concursal en el Derecho Comparado. En ocasión de la reforma al régimen italiano (2005/2006)*, L.L. 2007-A-957.

La necesidad de modificar el régimen falimentario para adecuarlo a las necesidades que imponía el cambio en las reglas de la economía (libre mercado) impuestas a principios de los años noventa, impulsaron la reforma urgente del sistema concursal. Por ello, no por repetida deja de ser exacta la afirmación acerca de que «la reforma del derecho concursal es una de las tareas más importantes y urgentes que debe acometer el legislador mercantil»⁸⁵⁶.

Tal como lo expresara GARRIDO, la reforma del derecho concursal tiene una importancia primordial, porque la existencia de procedimientos concursales modernos, flexibles y ágiles, constituye un necesario elemento para el buen funcionamiento de la economía y, porque la ley concursal representa el lugar adecuado para la resolución de intrincadas cuestiones jurídicas que afectan a muy variadas parcelas del ordenamiento legal, pero que sólo se plantean con relación a la situación de insolvencia del deudor⁸⁵⁷.

Hacia el año 1990 la política socio-económica, con marcado retroceso de la intromisión del Estado, la libertad de mercado y la exaltación de la competencia, se refleja en la reforma introducida en la regulación legal de los concursos preventivos y quiebras por la ley 24.522 en la que, por vez primera, los objetivos del derecho de crisis estadounidense se filtran a través de figuras concretas, plasmadas en institutos como: la categorización de acreedores, a los efectos de formular propuestas de pagos diferenciadas; el mal llamado *cramdown* (supuestos especiales del art. 48 LCQ), ingeniosa adaptación de las regulaciones estadounidenses en orden a la participación de los terceros en el procedimiento de transferencia de la empresa insolvente a un tercer empresario; la novación, reflejo vivaz de la *discharge* estadounidense, entre otras⁸⁵⁸.

Sin perjuicio de aquellas exultantes bondades y, a pesar de las gruesas desprolijidades que signaron su elaboración legislativa, la norma revela una clara alineación ideológica, propia del espíritu económico-

⁸⁵⁶ MENÉNDEZ A., *Breves reflexiones sobre la reforma del Derecho concursal*, en Estudios homenaje a J. Ma. Chico y Ortiz, Madrid, (1995), pág. 1315.

⁸⁵⁷ GARRIDO, José M., *La reforma del derecho concursal español. Reflexiones en torno a la propuesta de anteproyecto de ley concursal del profesor Ángel Rojo*, RDCO, (1996), Lexis n.º 0021/000039.

⁸⁵⁸ Cfr. DASSO, *op. cit.*, pág. 957.

liberal imperante en aquellas épocas. De esta forma, y bajo la impronta de las voces: capitalismo y libertad de mercado, se inició un proceso desregulatorio⁸⁵⁹ el que fue continuado por una larga serie de privatizaciones de empresas del Estado, justificadas la mayoría en la ineficiencia de éste para administrarlas. A la privatización de empresas públicas le siguieron la sanción de normas tendientes a desjudicializar los conflictos, juntamente, con la aparición de nuevas figuras jurídicas: el fideicomiso⁸⁶⁰.

Así, la ley 24.522 (Adla, LV-D-4381) puso punto final al pacífico reinado de la ley 19.551 de 1972 (Adla, XLIV-D-3806), que sin otra reforma que la ley 22.917 de 1983 (Adla, XLIII-D-3771), había permanecido en vigencia durante poco más de veintitrés años. Esta novel normativa, se apartó del criterio tradicional que venía utilizando el legislador, sobre todo en materia comercial, de elaborar una “Exposición de Motivos”, como Título Preliminar, justificante de los diversos institutos, lo que no se condice con las nuevas legislaciones, a su zaga la ley Española del año 2003 (*vide* Capítulo IV § 4.F), lo que generó algunos reparos por parte de la doctrina nacional.

El nuevo ordenamiento concursal se construyó sobre la base de las siguientes ideas fuerza: la prioridad del concurso preventivo por sobre la quiebra (arts. 10, LCQ); la protección del interés de los acreedores (art. 16, LCQ)⁸⁶¹; la facilitación de las soluciones preventivas a través del acuerdo por categorías (art. 41, LCQ); la formulación de propuestas por terceros –supuestos especiales– como alternativa para evitar la quiebra cuando el deudor no obtuvo las mayorías en el período de exclusividad

⁸⁵⁹ «Es útil recordar los alcances técnicos de este concepto, que ha recibido muchos significados. En un sentido amplio refiere la restricción o la eliminación de las interferencias intencionales en las elecciones de un sujeto de una actividad. Desde la óptica de la meta de la eliminación, puede distinguirse la desregulación como la eliminación de los obstáculos gubernamentales para obtener ganancias de aquella que persigue la eliminación de obstáculos gubernamentales y otros para la competencia de precios. También se la concibe como la eliminación de restricciones gubernamentales sobre la actividad económica». MITNICK, Barry M., *La economía política de la regulación*, Fondo de Cultura Económica, México (1989), págs. 25 y 443, Cfr. IGLESIAS, *op. cit.*, pág. 684.

⁸⁶⁰ IGLESIAS, *ibidem*.

⁸⁶¹ «En la regulación del concurso preventivo, la atención de ese interés aparece en una norma llave, contenida en el art. 16, que preside toda la regulación de los efectos de la apertura del concurso. Se establece allí que el criterio determinante para la autorización de actos no permitidos es “la protección del interés de los acreedores”». IGLESIAS, José A., *La filosofía de la ley de concursos y quiebras*, L.L. 1995-E-1188.



(art. 48, LCQ); el efecto novatorio de las obligaciones asumidas por el deudor en caso de que el acuerdo resulte homologado (art. 55, LCQ); la conversión de la quiebra en concurso preventivo como procedimiento tendiente a evitar la liquidación de la empresa (art. 90, LCQ) y la continuación inmediata de la explotación de la empresa fallida (art. 189, LCQ).

La diagramación de un esquema donde el trámite del proceso tuviera un mayor control a través de los acreedores, fue otro de los logros de la ley concursal, lo que se concretó con la incorporación del remozado “comité de acreedores” (antigua “comisión de vigilancia [art. 87, ley 11.719, Adla, 1920-1940, 325] y, posterior “controlador del cumplimiento del acuerdo preventivo o resultorio” [art. 275, ley 19.551, Adla, XLIV-D-3806], hoy comité de control [ley 26.684]), con amplias facultades de información y consejo (art. 260, LCQ), lo que concretizó el anhelo de los comerciantes durante la vigencia de la ley 4156 de que se les diera mayor intervención en el proceso para poder controlar los actos realizados por los funcionarios designados en el juicio, requiriendo que los mismos se circunscribieran a respetar el cumplimiento de las normas legales establecidas⁸⁶².

Con profundos cambios en la concepción del nuevo régimen de quiebras, era por cierto dable de esperar que la nueva ley perdurara, cuanto menos, una década. A pesar de haber sido pergeñada para durar cien años, como el acedo en los vinos, prontamente asistió a un nuevo escenario político y económico que impulsaron sucesivas reformas⁸⁶³, con la esperanza de evitar una quiebra generalizada de empresas.

Si castigar al fallido no deparaba grandes ventajas a los acreedores, los recaudos de honestidad, correcta administración de la empresa y cumplimiento de normas mínimas de contabilidad; son una trilogía irrelevante, si no hay espacio para una negociación económica que sirva para superar la crisis. Para algunos autores el derecho concursal se funda hoy

⁸⁶² Cfr. CASTILLO, Ramón S., *Evolución del concepto de la quiebra en el derecho argentino*, en "Cincuentenario de la reforma al Código de Comercio de la República Argentina", Bs. As., (1941), pág. 394.

⁸⁶³ Cfr. DASSO, *op. cit.*, pág. 957.

en la tutela del crédito, ya que la empresa moderna requiere de la asistencia a través de capitales para poder cumplir sus objetivos⁸⁶⁴.

Era presumible advertir en la novel legislación concursal, la utilización de conceptos que utilizados en diferentes dispositivos presagiaban la axiología legal. Así, la invocada “defensa de los intereses del concurso” (art. 182, LCQ) o la “conveniencia del concurso” (art. 204, LCQ) o el “interés del concurso” (art. 204, LCQ); conceptos estos, poco claros, en relación con aquella idea de CÁMARA, en relación a la ley 19.551, de principios fundamentales o protectorios del ordenamiento concursal: a) interés social; b) interés de los acreedores y c) interés del fallido (*vide* § 3.F).

De esta forma, la continuación de las actividades del concursado, como la veracidad en el suministro de la información que se le requiera o la tan ponderada integridad del patrimonio, como la rapidez y la economía en el trámite del proceso colectivo, atienden singularmente, al interés de los acreedores ya que aseguran la recuperación pronta de sus créditos. En otros términos, la insolvencia era una cuestión que involucraba, únicamente, al deudor y a los acreedores, casi ajena al orden público y al interés que el Estado podría tener en el sostenimiento de la actividad empresarial⁸⁶⁵ lo que podría decirse que representaba la crítica más significativa de la ley 24.522.

A pesar de la prédica, la nueva ley presagiaba grandes soluciones y beneficios para deudores y acreedores, pero esta expresión de deseos estuvo signada por la excesiva prolongación en el tiempo de los trámites concursales, la falta de utilidad práctica de diversos institutos, como por ej. el “pronto pago” o el caso del “*cramdown*” o supuestos especiales (art. 48, LCQ), la reducción de los poderes del juez y, por último, la falta de políticas crediticias para el deudor en cesación de pagos, por lo que la normativa no dio los frutos que era posible esperar.

⁸⁶⁴ Para el autor, la protección del crédito en el derecho concursal se da a través de tres directrices: a) estímulo al concursado de buena fe; b) severidad frente al que ha abusado del crédito; y c) elaboración de normas que protejan el interés y el comercio en general. Cfr. GARCÍA MARTÍNEZ, *op. cit.*, pág. 14-20.

⁸⁶⁵ Cfr. IGLESIAS, *La filosofía...*, *op. cit.*, pág. 1188.

3.h) Ley 25.563. La reforma en la emergencia

La Ley de Concursos y Quiebras 24.522 (t.o. 1995) luego, de poco más de un lustro, fue prontamente absorbida por la crisis financiera, económica y política en la que se vió inmerso nuestro país, lo que llevó a una sucesión de modificaciones, adelantos y retrocesos. El sistema de libre mercado implementado por el gobierno de la década de los noventa, demostró hacer aguas, lo que se apreciaba con una economía cada vez más claudicante, en el que el cierre de empresas y la falta de inversiones causaban largas noches de insomnio en el sector político nacional.

Frente a este panorama, el incremento de los índices de desempleo y una crisis financiera en ciernes, el 6 de enero de 2002 el Congreso de la Nación sancionó la “Ley de Emergencia Pública y Reforma del Régimen Cambiario” (ley 25.561, Adla, 2002-A-44) que declaró la emergencia pública en materia social, económica, administrativa, financiera y cambiaria con arreglo a lo dispuesto en el art. 76 de la Constitución Nacional hasta el 10 de diciembre de 2003.

Es una verdad de Perogrullo, que la emergencia no ataca únicamente a los sectores empresariales *in bonis*, sino que ella se hace sentir, antes que nada, en el sector productivo –la mayor de las veces– vinculado con la pequeña y mediana empresa, que se encuentra, precisamente, *in malis*. Así fue que sin ambages, el 14 de febrero de 2002 el P.E.N. promulgó la ley 25.563 (Adla, 2002-B-1602) que dispuso declarar la emergencia productiva y crediticia originada en la situación de crisis por la que atravesaba el país hasta el 10 de diciembre de 2003 (art. 1º), reeditando la emergencia social, económica, administrativa, financiera y cambiaria que fuera declarada por ley 25.561.

Las primeras apreciaciones sobre la ley 25.563 ahondaron en una crítica irreversible⁸⁶⁶, al punto que MAFFÍA con su sutil estilo, cuestiono

⁸⁶⁶ Véanse al respecto los artículos de DRUCAROFF AGUIAR, Alejandro, *Artículo 16: alcance y efectos de la suspensión de procesos de ejecución* en *Anales de Legislación Argentina*, L.L., Adla 2002-B-2823; DASSO, Ariel Ángel, *La reforma de la Ley de Quiebras en el marco de Emergencia*, L.L. 2002-B-817; TRUFFAT, E. Daniel, *Hoy estoy peor que ayer, pero mejor que mañana. Breve comentario sobre la novísima reforma a la Ley de Concursos 24.522 a través de la Ley 25.563*, E.D. 196-877 (2002); JUNYENT BAS, Francisco y MOLINA SANDOVAL, Carlos, *Nuevas reformas "provisorias" a la ley concursal. Ley 25.563*, L.L. 2002-B-1112; FERRARO, Jorge Martín, *La reforma a la ley de quiebras (Ley 25.563) y la suspensión de las ejecuciones con garantía*



que la ley 25.563 sea verdaderamente una ley⁸⁶⁷, a lo que se sumaron distintos pronunciamientos provenientes de la judicatura que tuvieron que resolver planteos acerca de la constitucionalidad de algunos dispositivos de la norma omnibus⁸⁶⁸.

Del espíritu esbozado por el legislador –cual orfebre realizando aleaciones, para intentar labrar el mejor producto para paliar la emergencia– se puede advertir la firme intención –casi desesperada– de frenar a rajatabla, lo que se vaticinaba con declaraciones masivas de quiebra⁸⁶⁹. Para ello, recurrió a diversos dispositivos, a saber: alongamiento del período de exclusividad a 180 días, pudiendo ser ampliado por otros 180 días más (dentro de este período, el deudor podía renegociar el acuerdo, hasta ese momento, no alcanzado con los acreedores) (art. 2º); suspensión por el plazo de ciento ochenta (180) días contados a partir de la vigencia de la ley, en los concursos preventivos, de la totalidad de las ejecuciones judiciales y extrajudiciales, incluidas las hipotecarias y prendarias de cualquier origen que éstas sean (art. 9º); ampliación por el plazo de un año a

prendaria, L.L. 2002-B-891; RIVERA, Julio César, *La emergencia productiva y crediticia. Ley 25.563 (modificaciones a la ley de concursos y quiebras)*, elDial.com - DC16B (2002); ARAYA, Miguel, *Ley de emergencia productiva y crediticia (n.º 25.563)*, Zeus OnLine, 13/03/02; ALEGRÍA, Héctor, *La emergencia, el derecho concursal y otros alcances. La Ley 25.563*, Suplemento de Concursos y Quiebras, pág. 1 (publicado luego en Suplemento Especial de la Revista Jurídica Argentina La Ley, “Emergencia Económica” –director: Atilio A. ALTERINI–, abril de 2002, pág.7) L.L. 2002-C-1340; FARGOSI, Horacio, *¿Sólo reforma de la ley 24.522?*, L.L. 2002-C-995; MIGUEL, Luis Alberto, *La reforma de la ley de concursos y su impacto en el derecho administrativo de defensa de la competencia*, L.L. 2002-C-1059; BARBERO, Omar U., *Suspensión de ejecuciones y medidas cautelares (artículo 16 de la ley 25.563)*, L.L. 2002-C-1128; GRISPO, Jorge D., *Modificaciones a la ley de quiebras. Ley 25.563* Anotada y Comentada, ed. Ad-Hoc, Bs. As., (2003), entre tantos otros.

⁸⁶⁷ MAFFÍA, Osvaldo J., *La modificación de la Ley de Concursos*, E.D. 196-907 (2002).

⁸⁶⁸ Pueden consultarse las sentencias sobre planteos de inconstitucionalidad a los siguientes artículos: artículo 11: CNCom., sala A, “Levedit S.R.L. en: Jorge Coto y Hnos. s/ped. de quiebra”, 2002/04/12: L.L. 2002-C-286 - DJ, 2002-3-57; artículo 16: CApel.Civ. y Com. de Morón, sala I, “Bialobrzski Juan C. c. Grand, Oscar A. y otros s/cobro ejecutivo”, 2002/03/22 (en el precedente que se anota, el Tribunal declaró la inconstitucionalidad del art. 16 de la ley 25.563): LLBA, 2002-688; CNTrab., sala VIII, “Sindicato obreros pasteleros, confiteros, pizzeros y afines c. Avenida Gral. Paz 10.608 s/ejecución fiscal”, 2002/06/10; artículo 16 (t.o. según ley 25.589): CApel.Civ. y Com. de Dolores, “Cielos Cereales S.A. c. Llona, Julio y otros s/cobro de pesos”, 2002/10/22: LLBA, 2002-1610.

⁸⁶⁹ Cfr. DASSO, Ariel A., *La reforma concursal de la ley 26086: un remedio preventivo menos concursal y nada atractivo*, Doctrina Societaria y Concursal, Errepar, DSE N° 222, mayo/06, TXVIII, pág.517.

contar desde que las obligaciones homologadas en el concordato sean exigibles, para pedir su cumplimiento (art. 10°); suspensión por el plazo de 180 días del trámite de los pedidos de quiebra (art. 11°); reducción de la tasa de justicia al 0,75% (cero setenta y cinco por ciento) del importe de todos los créditos verificados comprendidos en el acuerdo, pudiendo inclusive reducirse el importe de la misma al 0,25% (cero veinticinco por ciento) sobre el excedente que supere los \$100.000.000 (art. 13°); reducción de los honorarios profesionales, los que no podrán exceder el 1% , cuando el activo prudencialmente estimado supere la suma de \$100.000.000 (art. 14°).

Una prueba más del ánimo proteccionista esbozado por el legislador, es la eliminación del art. 43 LCQ, del máximo de quita posible (60%), posibilitando obtener una propuesta de acuerdo con cualquier porcentaje de disminución, siempre y cuando, el deudor cuente con las mayorías necesarias, a contramano de lo que establecen las modernas legislaciones de insolvencia.

Lo más llamativo fue que llegó a derogarse el art. 48 de la LCQ (art. 21, ley 25.563), en el convencimiento de que su mantenimiento, importaría la entrega de las empresas del país –concuradas– a manos de intereses foráneos. No obstante, el yerro, como cuando fue promulgada la ley 24.522, fue presumir que la solución a todos los problemas económicos albergaba en la modificación de la ley de quiebras, cuando es de toda regla económica, que los avatares que trae aparejada la emergencia, no se solucionan por vía de una reforma a la ley de bancarrotas⁸⁷⁰.

Si bien es cierto que el objetivo trazado, en cierta manera, se “cumplió” –impedir que el deudor quiebre o se ejecuten sus bienes–, inevitablemente, se obtuvo un resultado no querido y altamente disvalioso, cual fue la desaparición del crédito suscitado por «la extensión del plazo de negociación, lo que significó una coerción psicológica y económica que debilitaría la posición de los acreedores a lo cual debe agregarse la inevitable licuación del crédito como resultado de otras medidas de contenido

⁸⁷⁰ «Quizá quedándonos donde estamos sin hacer olas se produzca el milagro de un tiempo mejor que pare el vendaval económico, lleguen vientos que traigan dólares y sin depender del bote, se aquieten las aguas antes del naufragio. La reforma pretende que nadie se mueva dentro del bote. Ni pagar, ni cobrar, ni comprar, ni vender, ni quebrar. Como en el Evangelio “*por sus frutos los conoceréis*” y podremos decir cuál fue el resultado del vendaval y cómo quedamos en el bote». Cfr. DASSO, *ibidem*.

netamente devaluatorio, ya dictadas»⁸⁷¹; a pesar de que se instrumentaron disposiciones de acceso a préstamos (art. 12), imponiendo al B.C.R.A. la eliminación de las restricciones al crédito por parte de los sujetos concursados y la instrumentación de redescuentos a las entidades financieras para que asistan a las empresas concursadas durante el período de exclusividad, lo que constituyó una mera expresión de anhelos.

Desde hace muchos años nuestras leyes no son el resultado de la arquitectura prudencial de los fines e intereses de la Nación, sino que son fruto de productos emergentes de negociaciones, supuestamente horizontales con grupos dominantes⁸⁷². A pesar de la crítica y las idas y vueltas, la emergencia sentó las bases de un nuevo derecho concursal –alejado de la previsibilidad y estabilidad que debe primar en sus dispositivos– claramente enmarcados en un clima de zozobra e incertidumbre.

Ahora bien, ¿que puede rescatarse de esta normativa? No otra cosa que no sea, la onda preocupación del legislador por contrarrestar los efectos de una crisis que se avizoraba sistémica, priorizando como norte la “conservación de la empresa” y maximizando el principio de universalidad de la quiebra.

⁸⁷¹ DASSO, *ibidem*.

⁸⁷² Resultan certera y dolorosamente aplicables a nuestra realidad de país, algunos párrafos de la Encíclica Papal *Centesimus Annus*, cuando reza: «También en los países donde están vigentes formas de gobierno democrático no siempre son respetados totalmente estos derechos. Y nos referimos, no solamente, al escándalo del aborto, sino también a diversos aspectos de una crisis de los sistemas democráticos, que a veces parece que han perdido la capacidad de decidir según el bien común. Los interrogantes que se plantean en la sociedad a menudo no son examinados según criterios de justicia y moralidad, sino más bien de acuerdo con la fuerza electoral o financiera de los grupos que los sostienen. Semejantes desviaciones de la actividad política con el tiempo producen desconfianza y apatía, con lo cual disminuye la participación y el espíritu cívico entre la población, que se siente perjudicada y desilusionada. De ahí viene la creciente incapacidad para encuadrar los intereses particulares en una visión coherente del bien común. Este, en efecto, no es la simple suma de los intereses particulares, sino que implica su valoración y armonización, hecha según una equilibrada jerarquía de valores y, en última instancia, según una exacta comprensión de la dignidad y de los derechos de la persona» (n.º 47).

3.i) Ley 25.589. La contrarreforma a la ley concursal. de la coherencia perdida a la razonabilidad

Cuando el país se encontraba transitando una de las crisis más profundas de la que la historia argentina recuerde, luego de tres meses de entreda en vigencia la ley 25.563 y, cuando ya alguna doctrina especializada presagiaba la inminente reforma⁸⁷³, el día 15 de mayo de 2002 el Congreso de la Nación sancionó la ley 25.589 (Adla, 2002-C-2862) de reformas a la Ley de Concursos y Quiebras 24.522.

En el marco de una emergencia inédita y, a la misma vez, arraigada por estas latitudes, las públicas presiones del F.M.I., de la Secretaría del Tesoro de los Estados Unidos y de las autoridades de la Comunidad Económica Europea, pusieron al país casi en la obligación de adecuar ciertas normas –a criterio de los organismos– fundamentales: la así llamada “Ley de Subversión Económica” y la “Ley de Concursos y Quiebras”, de conformidad a los requerimientos impuestos por los acreedores externos⁸⁷⁴. La desprolidad técnica utilizada en la sanción de la ley 25.563 y la inseguridad jurídica que su utilización ocasionaba, concluyeron en la inevitable reforma de la recientemente sancionada “reforma” a la ley concursal (ley 25.563).

La ley 25.589, prácticamente, derogó en forma completa a su predecesora (ley 25.563), haciéndose eco de la crítica que la doctrina concursal le profiriera, aunque, superando los límites de ese espíritu abolidor, para lo cual recurrió a la modificación de algunos “institutos” de la normativa concursal, como: el acuerdo preventivo extrajudicial, la verificación y voto de los títulos emitidos en serie (art. 32 bis y 45 bis) –reedición actualizada del art. 53 de la ley 19.551–, la intervención de cooperativas laborales en la continuación de la explotación en la quiebra y, por último, la in-

⁸⁷³ DI TULLIO, José Antonio, *Retorno de la Ley de Concursos y Quiebras 24.522*, E.D. 197-783 (2002).

⁸⁷⁴ «El embate del *establishment* contra la ley 25.563 ha tenido la no buscada pero eficaz colaboración del grueso de la doctrina nacional». Cfr. TRUFFAT, E. Daniel, *Aproximación a la Ley 25.589 modificatoria de la Ley de Concursos y Quiebras 24.522 y de la Ley 25.563*, E.D. 197-947 (2002).

corporación del *cramdown power*⁸⁷⁵ estadounidense, mediante la modificación del art. 52 de la ley concursal.

Por otro lado, se restablecieron prácticamente los plazos y suspensiones modificados por la ley 25.563, a saber: se redujeron a 90 días, con posibilidad de extenderse 30 días más, los amplísimos plazos del período de exclusividad modificados por ley 25.563 (art. 43, LCQ); se repuso el art. 48 y las referencias que los arts. 49, 50, 51 y 53 de la 24.522 hacían al salvataje (supuestos especiales); se estableció el plazo para que el deudor cumpla las obligaciones asumidas en los acuerdos homologados, los que se reanudaban a partir del 30 de junio de 2002; se mantuvo la suspensión por 180 días de las ejecuciones judiciales y extrajudiciales y de las medidas cautelares “que importen el desapoderamiento de bienes afectados a la actividad de establecimientos comerciales, fabriles o afines, que los necesiten para su funcionamiento” y, finalmente, se dejó sin efecto la disposición que establecía la suspensión por 180 días del trámite de los pedidos de quiebra (art. 11, ley 25.563).

Esta contrarreforma –por contraposición a la reforma inmediata anterior– vino a constituir un *tertium genus*, entre el restablecimiento *in integrum* de la ley 24.522 (t.o. 1995) y la reforma transitoria instaurada por la ley 25.563, ya que fue más allá y retocó algunos dispositivos en aras de posibilitar la reestructuración de la empresa en crisis.

Como manifestara con acierto DASSO, la crisis de la empresa involucra intereses que se extienden a toda la comunidad⁸⁷⁶ y el objetivo del le-

⁸⁷⁵ El instituto permite que el juez impugna el acuerdo alcanzado por el deudor, aún, cuando el mismo no hubiere logrado las mayorías de acreedores quirografarios en todas las categorías, imponiendo el mismo a la totalidad de los acreedores quirografarios, cuando se den la “totalidad” de los siguientes requisitos: i) Aprobación por al menos una de las categorías de acreedores quirografarios; ii) Conformidad de por lo menos las tres cuartas partes del capital quirografario (¿otra *probatio diabolica*?); iii) No discriminación en contra de la categoría o categorías disidentes. Entiéndese como discriminación el impedir que los acreedores comprendidos en dicha categoría o categorías disidentes puedan elegir, después de la imposición judicial del acuerdo, cualquiera de las propuestas, únicas o alternativas, acordadas con la categoría o categorías que las aprobaron expresamente. En defecto de elección expresa, los disidentes nunca recibirán un pago o un valor inferior al mejor que se hubiera acordado con la categoría o con cualquiera de las categorías que prestaron expresa conformidad a la propuesta; iv) Que el pago resultante del acuerdo impuesto equivalga a un dividendo no menor al que obtendrían en la quiebra los acreedores disidentes (art. 52, *in fine*). Como contrapartida se concedió al juez la facultad de no homologar una propuesta abusiva o en fraude a la ley (art. 52, LCQ, última parte).

gislador fue la maximización de la continuación de la actividad empresarial, frente al interés de los acreedores. Esto es, priorizó el interés social frente al interés individual. Pero, esta aseveración nos conduce a un inexorable interrogante: ¿fue logrado este objetivo? La continuidad de la empresa en manos de la cooperativa de trabajadores, la aplicación práctica del instituto del APE (Acuerdo Preventivo Extrajudicial) y la extensión en el tiempo de los efectos de la ley 25.563, parecen confirmarlo.

A pesar de tal conclusión, el parlamentario, también advirtió que los impedimentos esbozados para evitar que los acreedores pudieran tramitar los pedidos de quiebra del deudor (art. 11, ley 25.563) contrariando el interés de los acreedores como, asimismo, la prórroga por un año para el cumplimiento del acuerdo (art. 10, ley 25.563), producían no menores consecuencias que los fines que tuvo en miras, en aras de proteger la empresa. Las tensiones que se sucedían como causa de éste impedimento, dificultaban el acceso al crédito –de por sí, inexistente, en una República quebrada– lo que ocasionó no pocos inconvenientes en las estrechas relaciones que hay entre crédito e insolvencia. La quiebra, sin lugar a dudas, es el mal mayor y debe ser evitada, en tanto, los instrumentos que se utilicen para sortearla, no tornen el escenario más crítico, conflictivo y precario.

La protección de la empresa viable en cuanto motor de la economía, generadora de relaciones laborales y de tributos fiscales; los del medio geográfico, económico y social en que se desenvuelve la empresa que sufre las inevitables repercusiones de la insolvencia por el conocido efecto de concatenación del crédito⁸⁷⁷, son algunos de los ejemplos en los que se asientan tales efectos.

Sin lugar a dudas, la ley 25.589 puso blanco sobre negro, priorizó la conservación de la empresa y protegió el interés de los acreedores, baluarte de toda legislación de insolvencia que priorice las fuentes de empleo y el desarrollo económico.

⁸⁷⁶ Cfr. DASSO, Ariel A., *Balance provisorio de la ley 25.589 Dogma y praxis - principios y realidad*, E.D. 204-992 (2003).

⁸⁷⁷ Cfr. BONSIGNORI, Angelo, *La naturaleza jurídica de los procedimientos concursales*, Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones, año 15, trad. de Osvaldo J. MAFFÍA, (1982), pág. 36.

3.j) Ley 26.086. La impronta laboral y su implicancia en la legislación falimentaria. El cambio de rumbo

De la mano de la crisis iniciada en el año 2001 –la situación apremiante en las empresas– y el claro incremento que ello produjo en la cantidad de procesos concursales en trámite, advino una crisis en el sistema judicial, mayormente concentrado en la ciudad de Buenos Aires, lo que motivara severas críticas a algunos institutos de la ley falimentaria, *v. gr.* el fuero de atracción y el pronto pago laboral.

La doctrina especializada y, principalmente, HEREDIA –en su condición de miembro informante de la Comisión de Legislación General ante el Senado de la Nación– no ahorraron argumentos a la hora de justificar la necesidad de la reforma a la normativa concursal⁸⁷⁸, justificada en la acumulación de causas ante los fueros comerciales de la ciudad Autónoma de Buenos Aires y la necesidad de volver al fuero por especialidad: “laboral”, para las cuestiones vinculadas con el contrato de trabajo. A estos fundamentos se sumó el sentido reclamo formulado por sectores sindicales de conseguir una mayor participación en el desarrollo de la crisis empresarial.

Sin perjuicio de los sobrados motivos expuestos por el mencionado tratadista ante la Comisión de Legislación General del Senado de la Nación y la situación puntual descrita de congestión de causas en los juzgados nacionales, la reforma a la ley de quiebras se debatía entre dos posturas antagónicas: una revisión “sistémica” de la ley y otra “asistémica” (parcial). La primera de ellas elaborada luego de que fuera sancionada la ley 24.522, dio origen al Proyecto de Reformas motorizado por Resolución 89/97 del Ministerio de Justicia de la Nación (el que no tuvo tratamiento legislativo), mientras que, por otro lado, y ante el advenimiento de la crisis y la situación de emergencia, se plasmaron dos reformas de carácter meramente coyuntural y que se sucedieron en un brevísimo lapso de 3 meses, como lo fueron las leyes 25.563 y 25.589.

⁸⁷⁸ Ver trámite legislativo en Antecedentes Parlamentarios, Adla, 2006-A-911; *cf.* HEREDIA, Pablo D., *Ley 26.086: nuevo modelo en el régimen de suspensión y prohibición de acciones y en el diseño del fuero de atracción del concurso preventivo*, Lexis n.º 0003/012560, J.A. 2006-II-950; *cf.* D’ALESSIO, Ignacio, *La realidad judicial y la insolvencia. Una reforma necesaria a la ley de concursos y quiebras. Breve comentario*, E.D. 217-807 (2006).

La economía de la “convertibilidad” (1 \$ = 1 US\$), vigente por ley 23.928 (Adla, 1991-B-1752) desde el año 1991 –con el alto costo de producción que tal régimen monetario ocasionaba, haciendo poco competitivos los productos nacionales en el mercado internacional– el incremento de los índices de desempleo, que llegaron al 16,1% a mayo de 1997 –según datos estadísticos informados por el INDEC (Instituto Nacional de Estadísticas y Censos)– el impacto de la desaceleración de la economía de Brasil en el año 2001 –lo que ocasionó una disminución de exportaciones de alimentos por parte de nuestro país– el deterioro de ciertas instituciones, la caída del consumo interno, a lo que debe sumarse la inestabilidad política, las corridas bancarias de fines de 2001 y principios del 2002 y la devaluación de la moneda; crearon el clima propicio para alentar una inminente reforma al sistema concursal que amortigüe los efectos nocivos que la crisis hacía sentir en el sector laboral.

No en vano, fueron adoptadas políticas gubernamentales, como los planes sociales, necesarios para reducir los niveles de desempleo, ante la cada día más creciente, conflictividad social. Pero ello, no fue suficiente, sería necesario reformar algunos dispositivos legales de la ley 20.744 (Adla, 1974-D-3207), lo que tuvo concreción con la reformulación de la ley de empleo 24.013 (Adla, 1991-D-3873), la ley 24.465 (Adla, 1995-C-2925), la ley 25.013 (Adla, 1998-D-3888) la ley 25.323 (Adla, 2000-E-5421), la ley 25.561 (Adla, 2002-A-44) que suspendió los despidos sin causa justificada por 180 días y, en caso de violación a esta norma, consagró la doble indemnización (art. 16) y, por último, la ley 25.877 (Adla, 2004-B-1506).

De esta forma, ante los apremios que generaron los fenómenos económico-financieros, muchos países adoptaron lo que se ha dado en llamar, paradójicamente: “soluciones asistemáticas”, es decir, disposiciones de carácter particular para una o más situaciones de insolvencia relevantes o, en su caso, para solucionar impactos regionales o sociales⁸⁷⁹. Estas reformas parciales de la ley tienden, generalmente, a atender problemas puntuales, para superar –la mayor de las veces– una situación coyuntural.

⁸⁷⁹ Ley italiana n.º 95/1979 (“Ley PRODI”); modificada por la ley 270 del 8 de julio de 1999 y finalmente ante los sucesos del caso “Parmalat”; y legislaciones del Sudeste Asiático. Para mayor detalle ver MAKO, William P., *Corporate restructuring in East Asia: Promoting best Practices*, revista Finance & Development, marzo (2001), pág. 2. y www.insolvencyasia.com; cit. por ALEGRÍA, Héctor, *Perfiles actuales del derecho concursal*, L.L. 2005-F-1244.

A la sazón de las reformas realizadas al régimen concursal y «aún cuando el mundo registra crisis sistémicas desde antiguo, lo cierto es que las legislaciones concursales, si bien tenían ciertos fundamentos “ideológicos”, en general, estaban centradas en considerar el fenómeno individual de la persona cuyo patrimonio sufría una crisis manifestada por la insolvencia»⁸⁸⁰. Hoy, los nuevos vientos, han llevado a rever los conceptos de insolvencia, vinculándolo más a la cesación de pagos de la empresa que a la del empresario, apareciendo una concepción más humanista de la hacienda. De esta forma, en los últimos tiempos ha cambiado el ideario de la quiebra, encontrando posturas más flexibles frente al problema de la crisis empresarial.

Las doctrinas que inspiraron la ley 24.522, lentamente fueron cediendo ante un derecho concursal que requería transformaciones. Esta nueva “ideología” que permita distribuir en forma más equitativa el riesgo de la insolvencia ha creado una nueva concepción que inspira el sistema falimentario⁸⁸¹.

Es común encontrar posiciones que admitan una concepción ácidamente liberal, interpretando que la ley concursal debe prever los mecanismos para la eliminación de las empresas en crisis o insolvencia, basándose en una especie de concepción sanitarista que considera a tales unidades económicas como células enfermas que habría que separar a los fines de conservar la salud del cuerpo total de la economía⁸⁸²; concepción ésta que fue morigerada con la aparición de medidas preventivas que permitían –en principio, para casos especiales– el saneamiento y recuperación como una alternativa.

Otra posición encuentra fundamento en la aplicación del principio de “conservación de la empresa” que, con diversos matices, fue impregnan-

⁸⁸⁰ ALEGRÍA, *ibidem*.

⁸⁸¹ Cfr. FONT GALAN, Juan Ignacio; MIRANDA SERRANO, Luis M.; PAGADOR LÓPEZ, Javier y VELA TORRES, Pedro José, Derecho concursal y constitución económica. Sobre la constitucionalidad y régimen del cierre judicial de la empresa y de otras cuestiones concursales en “Estudios sobre la Ley Concursal. Libro en homenaje a Manuel Olivencia”, Unicaja - Marcial Pons - Caja Sur, Madrid, (2004) t. I, pág. 179, llama a esta concepción “darwiniana”; PEINADO GARCÍA, Juan Ignacio, La distribución del riesgo en la insolvencia en homenaje a Olivencia, pág. 431, cuyo cap. I.2. se denomina: “Derecho concursal e ideología”. Cit. por ALEGRÍA, *idem*.

⁸⁸² ARMOUR, J. *The law and economics of corporate insolvency: a review*, Centre for Business Research, University of Cambridge, march (2001), Working Paper, n.º 197.

do otros aspectos de la legislación para procurar el mantenimiento de las unidades económicas útiles y la conservación del valor de la empresa en marcha, o al menos, como un conjunto de bienes cuya explotación fuera útil para la comunidad. Se incorporaron a esta concepción la idea de que los intereses comprometidos por la situación de insolvencia no son solamente bipolares (deudor-acreedor) sino multipolares, agregándose la consideración del interés de los trabajadores y también las de clientes y proveedores y, finalmente, los de la economía en general.⁸⁸³

De esta forma, la ley 26.086 (Adla, 2006-B-1368) produjo un giro copernicano en las relaciones deudor-acreedor, en un redescubrimiento del trabajador como «una pieza en el gigantesco engranaje del mercado, que comenzaba a vislumbrarse como un nuevo leviatán, globalizado y sin ataduras de ninguna índole»⁸⁸⁴; generando nuevas perspectivas direccionadas hacia un derecho social más justo y equitativo.

No debe perderse de vista, que en ese devenir histórico entre intereses individuales y empresariales, la participación de la empresa como actividad generadora de recursos económicos y riqueza, reviste vital importancia para la economía de un país a la hora de cumplir ese rol social que le compete; admitiendo también que ésta –consciente de la crisis en la que se encuentra inmersa– requiere de la colaboración y apoyo de otros sectores y no sólo de los trabajadores para cumplir sus fines⁸⁸⁵.

Las nuevas ideas fuerza que sienta la ley 26.086 pueden resumirse en las siguientes: la existencia de mayores sistemas de control por parte del síndico: auditoría de la documentación legal y contable (art. 14 inc. 11) e informe mensual sobre la evolución de la empresa (art. 14 inc. 12); pronunciamiento por parte del síndico acerca de la situación futura de los trabajadores en relación de dependencia frente a la suspensión del conve-

⁸⁸³ WOOD, Philip R., *Principles of International Insolvency*, Sweet & Maxwell, Londres (1995), prólogo pág. viii; OROZCO PARDO, Guillermo y PEREZ-SERRABONA GONZÁLEZ, José Luis, *Sobre la unificación del derecho privado en materia de obligaciones y contratos; a propósito de la Ley Concursal*, en el Homenaje a Manuel Olivencia, ed. Marcial Pons, España, (2005), pág. 410, quienes citando al maestro sevillano dicen: “Ha señalado el propio Olivencia, que tan directamente ha participado en todo el proceso de reforma a la ley concursal, que el derecho concursal es una pieza jurídica clave en la regulación del mercado”, cit. por ALEGRÍA, *op. cit.*, pág. 1244.

⁸⁸⁴ CARNOTA, Walter F., *Descubriendo al trabajador*, L.L. 2006-C-1453.

⁸⁸⁵ MÁRMOL, Pablo E., *Ley 26.086. Algunos aspectos de la reforma efectuada al régimen de la ley de concursos y quiebras*, L.L. 2006-D-1342.

nio colectivo (art. 14 inc. 11); mayor operatividad al pronto pago laboral (art. 16) y, establecimiento de excepciones al generalizado fuero de atracción (art. 21) que contemplaba la ley 24.522, entre los lineamientos más importantes.

Con acento en estos postulados y siguiendo los modernos sistemas de derecho comparado, el legislador a puesto en las manos de los diversos operadores del derecho un remozado sistema laboral y concursal, que tiende a modificar la filosofía de la ley de quiebras (t.o. ley 24.522, Adla, LV-D-4381) al retornar a un derecho concursal más emparentado con el espíritu que pregonaba la ley 19.551 (Adla, XLIV-D-3806), priorizando la conservación de la empresa y de la fuente de empleo, como principios rectores de la legislación falimentaria. No obstante estas aseveraciones, la suspensión de ejecuciones seguidas contra bienes del deudor, la continuidad de la empresa en quiebra y la universalidad del proceso concursal se erigen en los principios cardinales de la normativa falimentaria, fortalecidos por la ley 26.086.

3.k) Ley 26.684. La solución por conducto de la cooperativa de trabajadores: ¿mero subterfugio o la verdadera respuesta del legislador a la crisis empresarial?

Tras un breve lapso de tiempo, sin que la ley concursal sufra modificaciones (2006/2011), el legislador se avocó de lleno a tratar y analizar el proyecto de reformas al régimen falimentario enviado desde el Poder Ejecutivo Nacional en el mes de marzo de 2010, convertido en Ley de Reformas a la Ley de Concursos y Quiebras 24.522, la que fuera sancionada el 1° de junio de 2011 y promulgada el 29 de igual mes y año.

Esta nueva enmienda a la Ley de Concursos y Quiebras, parcial y asistemática, es producto de la reactivación del proyecto enviado por el Poder Ejecutivo Nacional al Congreso de la Nación en el año 2004, el que perdiera estado parlamentario, pero que ya preanunciaba el interés por la incorporación de la cooperativa de trabajo al procedimiento liquidativo.

La ley de reformas toma distancia de los usuales procedimientos de análisis y discusión que tuvieron sus predecesoras (19.551 y 24.522) y que supo caracterizar, en particular, las modificaciones a la Ley de Concursos y Quiebras en otras épocas (*vide* ley 19.551), exteriorizando la

preocupación del legislador acerca de la necesidad de proteger el interés de los trabajadores y de conservar la empresa, como mecanismo hábil a los efectos de superar la insolvencia empresarial.

La novel normativa se sostiene sobre dos pilares: a) la participación de los trabajadores en la recuperación de los medios de producción y de fuente laboral en caso de concurso o quiebra⁸⁸⁶, permitiendo la activa intervención de éstos durante el trámite del proceso a través de los denominados: comité de control (arts. 14, 16, 42, 201 y 260, LCQ, t.o. ley 26.684) y b) mediante la conformación de una cooperativa de trabajo, cuando el deudor no hubiere alcanzado las mayorías necesarias dentro del trámite ordinario del concurso; en este caso (48 bis, LCQ, t.o. ley 26.684), la cooperativa constituida por los trabajadores queda habilitada para participar en la elaboración de propuestas de pago a los acreedores o, en su defecto, mediante la actuación en la quiebra en aras de continuar con la explotación (arts. 187, 189, 190, 192, 203 bis, 205 y 213, LCQ, t.o. ley 26.684), permitiendo de esta manera, la conservación de las fuentes de producción y trabajo⁸⁸⁷.

De acuerdo a la modificación operada, cuando el deudor (sociedad de responsabilidad limitada, sociedad por acciones, sociedad cooperativa, y aquellas sociedades en que el Estado nacional, provincial o municipal sea parte) durante el trámite ordinario del proceso, no pueda o no consiga las conformidades de acreedores bajo el régimen de mayorías establecido en la ley (art. 45, LCQ), los trabajadores –por intermedio de la cooperativa de trabajo o de ésta en formación– podrán presentarse y formular propuestas de arreglo, quedando habilitados para utilizar como pago del precio por las cuotas o acciones representativas del capital social de la concursada, las indemnizaciones a las que sean acreedores (art. 48 bis, primer párrafo, LCQ), las que se convertirán, producto del aporte de los trabajadores, en cuotas del capital social de la cooperativa (art. 48 bis, se-

⁸⁸⁶ De esta forma, el legislador –quien había previsto la recuperación de la empresa en manos de los trabajadores, únicamente, para la hipótesis de quiebra por medio de la cooperativa de trabajadores (art. 21, ley 25.589)– da un paso más y admite la posibilidad de que los trabajadores, por medio de la cooperativa de trabajo o de aquella que se encuentre en formación, participen del salvataje mediante la negociación con los acreedores, asumiendo ésta: la cooperativa, todas las obligaciones que surjan de las conformidades presentadas (art. 48 bis, LCQ, t.o. ley 26.684).

⁸⁸⁷ Proyecto de ley de reforma a la Ley de Concursos y Quiebras enviado por el Poder Ejecutivo Nacional en fecha 17 de marzo de 2010.

gundo párrafo, LCQ). En este caso, la cooperativa conformada por los empleados de la concursada goza de ciertos privilegios, no concedido a otros interesados: a) posibilidad de utilizar el crédito al que sean acreedores los trabajadores en caso de despido, el que podrán hacer valer a los fines de intervenir en el procedimiento de salvataje; b) en caso de que la cooperativa logre las conformidades de los acreedores, ser beneficiaria de la aprobación que pueda otorgar el Banco de la Nación Argentina o la AFIP (cuando estos sean acreedores de la concursada) a una propuesta de pago, mediante el otorgamiento de planes de refinanciación de deuda en condiciones más favorables a ésta (la cooperativa).

Haciendo a un lado eufemismos acerca de las bondades que la ley pudiere tener para la empresa, el empresario y los acreedores, no se menciona en ésta, de que forma los trabajadores podrán cumplir con los acreedores los compromisos asumidos producto de negociaciones llevadas a cabo para lograr las mayorías necesarias a los fines de obtener la homologación del acuerdo, esto es, no se expresa como la cooperativa garantizará el cumplimiento de las obligaciones asumidas en el acuerdo como que, asimismo, no se dice de que forma dará cumplimiento con las garantías que exige el art. 59 de la normativa falencial.

Frente a este panorama, se estaría poniendo al Estado (Nacional, Provincial o Municipal) en la obligación de asistir a la cooperativa de trabajo, a los fines de que esta pueda contar con metálico, no solamente a los fines de poder viabilizar la continuidad de la explotación, sino también, a efectos de poder cumplir con los compromisos asumidos.

De esta manera, la reforma acelera la sustitución del empresario que no pudo reestructurar el pasivo durante el trámite del concurso, permitiendo, de esta manera, dar rienda suelta a su reemplazo por un sujeto distinto –en caso de llegar a obtener las conformidades de los acreedores bajo el régimen de mayorías–, autorizado a relevarlo: la cooperativa de trabajo, quien lo suplantarán a los efectos de proseguir con la actividad y evitar de esta forma llegar a la etapa liquidativa.

Los permanentes cambios de rumbo en materia económica que caracterizaran la década de los 80' y 90' justificaron la preocupación del legislador por encontrar pronta respuesta a las recurrentes crisis a las que se vió sometida nuestra Nación, las que tuvieron gran repercusión –mayormente– sobre la fuerza laboral, por la falta de empleo genuino, la indisponibilidad de recursos para atender las necesidades básicas y no

poder acceder a los sistemas de salud, precarizando, de esta forma, al trabajador y su familia. Sin embargo, aquellos tiempos de incertidumbre habrían finalizado, por lo que no existe motivo alguno para que una reforma haga incapié, casi exclusivamente, en el sector laboral, únicamente, como justificativo de la transformación operada.

El empresario, que no ha logrado la conformidad de los acreedores durante el trámite ordinario, debe dar paso a la cooperativa de trabajo que se espera que con alguna ayuda desde los organismos estatales, pueda arribar a buen puerto consiguiendo el arreglo del pasivo y evitando, de esta manera, la tan temida quiebra de la hacienda.

El objetivo es claro, la intención es evitar a *ultrance* la declaración de falencia de unidades económicas que tengan posibilidades de proseguir en actividades pero, si ésta ha sido ordenada, impedir la discontinuidad de la explotación, en aras de preservar la unidad productiva y la conservación de las fuentes de empleo (art. 189, LCQ, t.o. ley 26.684) mediante la conducción por parte de los trabajadores, se transforma en una salida aceptable frente a la crisis e incapacidad del empresario en poder encontrar otra solución.

El legislador ha profundizado el modelo cooperativista otorgándole mayores responsabilidades en la adopción de soluciones a la crisis de la empresa, permitiendo de esta forma la conservación de la hacienda. El tiempo y la praxis darán fiel testimonio de los beneficios que esta legislación dispensa –en especial a los trabajadores– en aras de proteger los diversos intereses en juego; los que superan con creces los laborales, exclusivamente.

§ 4. ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA EVOLUCIÓN DE LOS PRINCIPIOS EN EL DERECHO ARGENTINO

Como mencionaba SANTO TOMÁS: la ley es obra de la razón ordenada al bien común⁸⁸⁸ y, tal como enfatizara COLMO citado por CÁMARA “un código es unidad, claridad, concisión, precisión, propiedad y hasta

⁸⁸⁸ Cfr. SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Suma Teológica*, I-IIae, c. 90.

elegancia”⁸⁸⁹. Pero, una compilación de normas que se encuentre desprovista de principios rectores, desnuda la insuficiencia de la ley para ocuparse de la bieaventuranza de los seres para lo cual está destinada a observar.

Las inconsistencias en las que incurriera el legislador potenciaron los principios del derecho concursal y, de esta forma, la universalidad, la conservación de la empresa, el interés público y la suspensión de ejecuciones sobre bienes del deudor representan el decálogo axiológico de la ley de bancarrotas.

Sin perjuicio de ello, debe reconocerse el avance logrado entre las primeras legislaciones de quiebra (Código de Comercio de 1862 y 1889) y la actual legislación, en la que se avizora cada vez más un derecho concursal menos sancionador y más protectorio. La eliminación de las disposiciones sobre calificación de conducta, las múltiples formas de evitar la liquidación de bienes de la empresa, la propuesta por terceros cuando el deudor no tiene posibilidades de lograr el acuerdo, la continuación de la explotación en la quiebra y la intervención cada vez mayor de los trabajadores en la solución de la crisis empresarial, dan cuenta de esta aseveración.

Pero, siguiendo las palabras de una de las mentes más brillantes que diera el siglo XX, “los problemas ni se crean, ni se resuelven, sólo se transforman”⁸⁹⁰ y pensar que la ley de quiebras es la única solución al problema de la insolvencia, es alimentar la idea de que la ley es perfecta –lo cual carecería de precisión porque el hombre no es perfecto– porque únicamente a través de su aplicación podremos obtener la mayor ventaja posible para el mayor número de intereses. Y, tal razonamiento, se presenta como las utopías, “el principio de todo progreso y el diseño de un porvenir mejor”⁸⁹¹.

El derecho concursal tiene la gigantesca misión de proteger una vasta gama de intereses que involucran, la mayor de las veces, a la comunidad en donde se encuentra asentada la hacienda o negocio y, en este sentido, el objetivo del legislador –en algunas épocas– fue la maximización

⁸⁸⁹ Cfr. CÁMARA, *op. cit.*, vol. III-B, pág. 664.

⁸⁹⁰ EINSTEIN, Albert, *Ley de la persistencia*.

⁸⁹¹ FRANCE, Anatole (1844-1924).

de la continuación de la actividad empresarial, frente al interés de los acreedores. Esto es, priorizó el interés social frente al interés individual.

El gran desafío para el parlamentario está en sancionar una norma que, independientemente, de los vientos económicos que corran –a veces transformados en verdaderos huracanes– mantenga indemne los principios de la quiebra y priorice la conservación de la empresa y la fuente de empleo, frente a situaciones coyunturales que pueden generar mayores convulsiones.

TERCERA PARTE

**LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO CONCURSAL:
DE LA UNIVERSALIDAD AL PRINCIPIO DE CONSERVACIÓN DE LA
EMPRESA**

CAPÍTULO VI

REAFIRMACIÓN DEL PRINCIPIO DE UNIVERSALIDAD CONCURSAL

§ 1. FISONOMÍA

Como alguna vez lo expusiera el ilustre profesor colombiano Jesús María SANGUINO SÁNCHEZ, la humanidad se ha fragmentado y se ha dividido siempre en dos grupos: el de los acreedores y el de los deudores. De un lado está aquél que tiene la potestad de exigir el cumplimiento de una determinada prestación: crédito, y del otro, aquél que debe algo; obligación de dar, hacer o no hacer, lo cual representa: una deuda (art. 496, Cód. Civ.).

Cuando el deudor no cumple con la prestación comprometida, le confiere automáticamente, por disposición legal, el derecho al acreedor a los fines de emplear los medios legales para exigir el cumplimiento, o bien hacérselo procurar por otro, obteniendo inclusive, las indemnizaciones correspondientes. Respecto del deudor, si ha cumplido la obligación la ley le otorga el Derecho de obtener la liberación de los compromisos asumidos y repeler cualquier acción que intente el acreedor (art. 505, Cód. Civ.).

En la hipótesis de que el deudor no cumpla con la prestación comprometida, uno de los medios legales con el que cuenta el acreedor para procurarse aquello a que se obligó el deudor, es la ejecución de la obligación. La efectividad de la tutela, no se ejercita por disposición de la ley, sino que la misma está dispensada a la potestad que ejercen los jueces, a los fines de no convertir los derechos o las sentencias en una mera expresión de deseos.

Una de las formas de ejercicio de la autoridad jurídica es la función jurisdiccional. Así, cuando un sujeto no cumple la prestación comprometida, alguien investido de autoridad –los jueces– se encargan de hacer efectiva esa pretensión, mediante la elaboración de un silogismo que se traduce en la aplicación de la norma al caso, cuya conclusión se traduce en el dictado de una resolución con el objetivo de poner fin a la controversia⁸⁹².

El camino al infierno está sembrado de buenas intenciones, pero existen ocasiones en que el deudor, por razones personales o bien ajenas a su voluntad –o porqué no decirlo, simplemente, porque no desea cumplir– omite hacer efectiva la prestación que debe; por lo que el acreedor precisa, con no poca frecuencia, recurrir a los estrados judiciales, para que el juez haciendo gala de las facultades que le confiere el ordenamiento, haga efectiva una determinada pretensión, a través del procedimiento de ejecución (hipótesis en la cual el Estado reemplaza la inactividad del deudor). De otro modo carecería de sentido la potestad jurisdiccional de la que se encuentran investidos los magistrados.

El término ejecución proviene del latín *exsecutio* que en su primera acepción conforme la Real Academia Española significa: “acción y efecto de ejecutar”. Desde la óptica jurídica, implica: “última parte del procedimiento judicial que tiene como finalidad dar cumplimiento a la sentencia definitiva del juez o tribunal competente”⁸⁹³.

El antiguo aforismo *iurisdictio in sola notione consistit*⁸⁹⁴, de aplicación durante el imperio romano, cedió ante el otorgamiento de atribucio-

⁸⁹² Cfr. GUIBOURG, Ricardo A., *Fuentes del Derecho* en “El Derecho y la Justicia”, ed. Trotta, (2000), pág. 183 y 184.

⁸⁹³ OSSORIO, Manuel, *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*, (24ª edición), ed. Heliasta (1997).

⁸⁹⁴ “‘El tribunal decide la norma jurídica aplicable’. La función que cumple esta locución es dejar en claro que el tribunal tiene la función única de conocer, examinar y decidir la controversia, sin poder ejecutarla. En otras palabras con la frase en cuestión se precisa que –a diferencia de lo que ocurrió en los sistemas jurídicos primitivos, donde la función es hacer justicia en su conjunto con el fin de establecer el Derecho– en el Estado moderno el juez sólo es llamado a aplicar las normas generales y abstractas puestas preventivamente por el legislador”. La ilustrada delimitación de la competencia de la jurisdicción de la corte, fue aceptada en nuestro ordenamiento jurídico, como puede deducirse de la redacción de los arts. 102 y 70 de la Constitución que, respectivamente, delimitan la función jurisdiccional al Poder Judicial, como el único que conoce, examina y decide la cuestión, no solamente, aplicando el Derecho, sino ejecutándolo (la traducción me

nes conferidas a los órganos judiciales, de tal forma, que la ejecución se materializa en la mayoría de las ocasiones como una obligada consecuencia de la actividad de decisión del *iudex*, lo que traducido en términos procesales es equivalente a la ejecución forzosa. Si el deudor no cumple –espontáneamente– la prestación, el juez lo forzará a hacerlo, incluso en contra de su voluntad, pudiendo realizar los bienes de los cuales éste es titular.

En cuanto al órgano facultado para entender en el trámite de ejecución, no cabe dudas, que ello es materia concerniente a la jurisdicción judicial. La co-existencia del Estado Nacional con los Estados Provinciales –lo que resulta del sistema de gobierno adoptado por nuestra Constitución– permite formular una división de aquélla atendiendo al poder político del que emanan las atribuciones de administrar justicia, por lo que el trámite de ejecución, se materializará de acuerdo a lo que establecen las normas sobre jurisdicción y lo que preceptúan las disposiciones sobre competencia⁸⁹⁵. Estas precisiones, tienden a concretar la responsabilidad patrimonial, distinguiendo el carácter real en contraposición con el carácter personal de la deuda que asume el deudor, lo que ha permitido distinguir el *debitum* de la *obligatio*.

El cumplimiento efectivo de una obligación se concreta materialmente a través de la ejecución, ya sea mediante la custodia (embargo) de cosas muebles o inmuebles –lo que traduce la primera manifestación de la acción ejecutiva– como, asimismo, a través de la expropiación de uno o algunos de los bienes del deudor (venta, cesión al acreedor, etc.)⁸⁹⁶, aunque con la particularidad de que el deudor, no solamente conserva la administración libre de su patrimonio, sino que también se libera por el pago o entrega del bien.

pertenece). ALBANESE, Umberto, *Máxime, Enunciazioni e Formule Giuridiche Latine*, ed. Hoepli, Milano, (1993).

⁸⁹⁵ «Desde este punto de vista existe, por un lado, una jurisdicción nacional que tiene su origen en el poder del Estado nacional (arts. 108 y sigs., C.N.) y, por otro lado, una jurisdicción provincial, ejercida por los jueces y tribunales de cada una de las provincias, que emana de las respectivas autonomías locales (arts. 5 y 121, C.N.)». Cfr. PALACIO, Lino, *Derecho Procesal Civil*, ed. Abeledo-Perrot, Bs. As., (1990), t. I, pág. 348.

⁸⁹⁶ Cfr. CARNELUTTI, Francesco, *Processo di esecuzione*, Padova, (1931), t. II, p. 178/179.; SATTA, Salvatore, *L'esecuzione forzata*, Milano, (1937), pág. 288-289.

La realización de la cosa –vía ejecución forzosa (*i. e.* venta en subasta pública)– no solamente tiende a satisfacer el interés personal del acreedor sino que, libera al deudor de la prestación comprometida. Para lograr esta concreción “liberación de deudas”, el deudor debe poseer bienes suficientes para satisfacer el interés del acreedor; lo cual permitirá advertir la intención de solucionar un problema coyuntural o puntual, o bien uno más general.

En situaciones normales, la ejecución forzosa de los bienes del deudor no plantea mayores problemas, sobre todo cuando no son muchos los invitados a la cena y la comida alcanza para todos –o, por lo menos, para algunos que pretenden cobrar, rápidamente– sin embargo, cuando los bienes resultan insuficientes a la hora de realizar la distribución del producido, resulta forzoso recurrir a un proceso de carácter colectivo.

La base estructural de todo proceso colectivo se asienta en la función de garantía que constituye el patrimonio del deudor –al decir de VÉLEZ SANSFIELD en la segunda parte del art. 2312 del Código Civil, es un atributo de la persona– frente a los acreedores. Pero, para hacer efectivo ese respaldo, el ordenamiento le brinda al acreedor la posibilidad de optar por dos vías diferenciadas: la ejecución singular o individual y la ejecución colectiva o concursal⁸⁹⁷.

La primera –ejecución singular– presume la existencia de un sujeto denominado: acreedor, que posee los instrumentos necesarios para exigir el cumplimiento de una determinada obligación, normalmente, incumplida por el deudor, destinada a que se reconozca su pretensión como, asimismo, a que se ejecuten los bienes de éste para que con su producido logre la *solutio*⁸⁹⁸ a su reclamo. Del otro lado del mostrador existen los procedimientos colectivos (concurso preventivo, acuerdo preventivo extrajudicial, quiebra), los que son articulados no en pos de lograr una satisfacción personal –individual– sino a favor de una colectividad o comunidad de sujetos; lo cual permite que todos los bienes que componen el activo sean distribuidos entre los acreedores en forma igualitaria.

⁸⁹⁷ Cfr. JUNYENT BAS, Francisco y MOLINA SANDOVAL, Carlos A., *Sistema de Ineficacia Concursal. La retroacción en la quiebra*, ed. Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe (2002), pág. 21.

⁸⁹⁸ Cfr. JUNYENT BAS y MOLINA SANDOVAL, *ibidem*.

El art. 1º párr. 2º de la ley 24.522 establece que el concurso –ya sea de naturaleza civil o comercial, de conformidad con la reforma introducida por la ley 22.917 a la ley de concursos 19.551– “produce sus efectos sobre todo el patrimonio del deudor”. De ahí que se haya subrayado, que los procesos falenciales son juicios de carácter “universal”, en la medida en que comprometen la totalidad del patrimonio del deudor⁸⁹⁹, lo cual representa en la actualidad, la piedra angular en la generalidad de los procesos de insolvencia.

La mayoría de las modernas legislaciones concursales, adoptan a la “universalidad”⁹⁰⁰ como “principio” del ordenamiento legal⁹⁰¹, toda vez que la quiebra supone –a diferencia de la ejecución individual o singular– que en ella, se encontrarán las soluciones para una comunidad de sujetos

⁸⁹⁹ Cfr. VÍTOLO, Daniel Roque, *Descentralización concursal en la ley 26.086: un regreso sin gloria*, E.D. 217-930 (2006); cfr. CApel.Civ. y Com. Familia y Trab. Marcos Juárez, 9/10/1997, “Crissi, Luis e Hijos SH”, L.L. 1999-A-448, nro. 41.186-S y L.L.C. 1998-1173; CNCom., sala C, “Compañía Swift de La Plata S.A.”, L.L. 1975-B-345.

⁹⁰⁰ Bajo el rótulo de “universalidad” nuestra ley concursal –como la mayoría de las leyes del derecho comparado–, «establece que la responsabilidad de los deudores por sus obligaciones se ejercita en su patrimonio, sin admitir otras excepciones que las que la propia ley ha fijado». GARAGUSO Horacio P. y MORIONDO, Alberto Á., *El Proceso Concursal, El Concurso como Proceso*, ed. Ad-Hoc., Bs. As., (1999), t. I, págs. 30-31.

⁹⁰¹ Ver art. 76 de la ley concursal española 22/2003; la *Insolvenzordnung (InsO)* alemana, tiene como fin la mejor satisfacción posible de los acreedores, por lo que con la apertura del procedimiento de insolvencia, la gestión y el poder de disposición sobre los bienes, la posee el liquidador (art. 80, párrafo 1º), quien pasa a tomar inmediata posesión sobre la totalidad de los bienes del deudor (art. 148) y, ello cualquiera que sea la solución adoptada: la liquidación del patrimonio del deudor, pero también el saneamiento si se trata de un deudor empresario. Además, para el caso de que el deudor sea una persona física, existe un novedoso procedimiento que permite la liberación de deudas residuales (esto es, aquellas que no son satisfechas mediante el concurso) (art. 1º, *InsO*); art. 24 de la *Loi 845-2005 de Sauvegarde des Entreprises* de Francia; art. 70 del Decreto legislativo n.º 5 del 09/01/2006 de *Riforma del diritto fallimentare* de Italia; art. 1º Decreto Lei 132/1993 modif. por Dec. Lei 53/2004, 200/2004, 76-A/2006, 282/2007 y 116/2008, del *Código da Insolvência e Recuperação de Empresas* de Portugal; *secc. 541, subchapter iii, chapter v* del *Bankruptcy Code* de E.E.U.U.; art. 4 pár. v de la ley de concursos mercantiles de México, establece que, masa: “es la porción del patrimonio del comerciante declarado en concurso mercantil integrada por sus bienes y derechos, con excepción de los expresamente excluidos en términos de esta ley, sobre la cual los acreedores reconocidos y los demás que tengan derecho, pueden hacer efectivos sus créditos”; art. 4 ap. 1º del Régimen de Insolvencia de Colombia n.º 1116/2006 el que dispone con toda claridad que entre los principios que inspiran el régimen de insolvencia se encuentra el de “universalidad”, entendiéndose por tal a la totalidad de los bienes del deudor y todos sus acreedores, los que quedan vinculados al proceso de insolvencia a partir de su iniciación.

y se dispondrá la suerte del patrimonio del deudor, concebido éste como una *universitas juris*.

Este *principio* aflora como una derivación de ser el patrimonio una universalidad jurídica (art. 2312, Cód. Civ.)⁹⁰². «Cuando se menciona la cualidad de *universitas* del patrimonio se quiere aludir a que existe una reunión no material sino ideal de cosas homogéneas –de forma tal– que constituyen una entidad compleja que trasciende las singulares cosas-componentes, sujeta a una única denominación y un único régimen jurídico, dejando subsistente la individualidad práctica y jurídica de cada una de las cosas componentes»⁹⁰³.

La peculiaridad de los juicios universales –como la quiebra y la sucesión, que revisten la particularidad de ser procesos colectivos– estriba en la resolución de toda una gama de conflictos⁹⁰⁴, normalmente, de carácter patrimonial, en un único procedimiento y ante un solo juez.

En el pensamiento del ilustre procesalista PALACIO, este tipo de procesos tienen en miras su liquidación y distribución⁹⁰⁵. Pero, tal visión de los procesos colectivos, resulta contradictoria con los actuales procesos de reestructuración: concurso preventivo y acuerdo preventivo extrajudicial (APE) –ambos de carácter reorganizativo, preventivo– que, por lo menos en origen, no poseen efectos liquidativos; aunque sí tienden a resolver conflictos que vinculan a una comunidad de sujetos.

La solución que representan los procesos colectivos como la quiebra, está dada por la posibilidad de que los *accipiens*, frente a la imposibilidad de cumplimiento de las obligaciones a cargo del *debitor*, se vean compelidos a iniciar acciones individuales tendientes a la satisfacción de sus pretensiones –la mayor de las veces– creditorias, con la posibilidad cierta y, no meramente conjetural, de producirse la realización de la máxima del

⁹⁰² Art. 2312 Cód. Civ.: “Los objetos inmateriales susceptibles de valor, e igualmente las cosas, se llaman bienes. El conjunto de los bienes de una persona constituye su patrimonio”.

⁹⁰³ Cfr. RIVERA, Julio César, *Instituciones de Derecho Concursal*, ed. Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, (1996), t. I, págs. 131-132.

⁹⁰⁴ Por ser el lugar natural donde se ventilan todas las acciones y derechos que contra los bienes de una persona física o jurídica tienen todos sus acreedores. Cfr. CNCom., sala E, “Banco Río Negro y Neuquén c.. Polimeny, Juan B.”, E.D. 92-104 (1988).

⁹⁰⁵ Cfr. PALACIO, *op. cit.*, t. I, pág. 317; ALSINA, Hugo, *Tratado teórico práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*, ed. Ediar, Bs. As., (1956), t. I, pág. 469; PODETTI, José Ramiro, *Teoría y técnica del proceso civil*, 1ª ed., ed. Ediar, Bs. As., (1963), pág. 208.



derecho romano: *qui prior est in tempore, potior est in jure*, con lo que algunos –en hipótesis– verán tornarse ilusorios sus reclamos⁹⁰⁶ por llegar, simplemente, tarde. Pero, la adopción de un procedimiento de ejecución individual o colectivo depende, en la práctica, de múltiples circunstancias fácticas que resultan condicionantes para la utilización de uno u otro sistema⁹⁰⁷.

Estas precisiones resultan importantes a la hora de justificar el carácter “universal” de los procesos colectivos, en sus tres modalidades de acuerdo a nuestro sistema legal: concurso preventivo, acuerdo preventivo extrajudicial o quiebra; puesto que, cualquiera de ellos, tiende a lograr las soluciones que de otra forma desnaturalizarían el principio de igualdad que se intenta resguardar (art. 16, C.N.).

En el caso de los procesos preventivos (concurso preventivo y acuerdo preventivo extrajudicial) que, obviamente, participan del carácter de los procesos colectivos, la universalidad no está dada, específicamente, por la realización de todos los bienes con el objetivo de cancelar el pasivo existente sino, por la maximización de esos bienes (como un todo) en aras de lograr la mejor solución para los acreedores, consistente, en la mejor propuesta concordataria. De esta forma, se logra enaltecer el “principio de universalidad”, aunque no exista venta forzada de bienes, toda vez que, no existe desapoderamiento (art. 107, LCQ) y el deudor puede continuar ejerciendo los derechos de disposición y administración bajo la atenta mirada del síndico, quien actúa como “controlador” de las actividades del concursado (art. 15, LCQ).

Además, desde sus orígenes, el efecto principal del juicio de quiebra se caracterizó: por el “principio de universalidad” activa y pasiva, lo cual se materializaba, en la obligación por parte del deudor de denunciar la

⁹⁰⁶ Bueno es mencionar, que esta situación, normalmente se presenta cuando el deudor se encuentra *in malis*, es decir, en términos quiebrísticos: en imposibilidad de hacer frente a sus obligaciones. Llanamente, se encuentra en estado de “cesación de pagos”.

⁹⁰⁷ «Las circunstancias que rodean cada caso particular ... cuando el deudor tiene varias obligaciones que cumplir y sus medios patrimoniales son escasos, la cesación de su pago tiene causas objetivas y consecuencias más amplias, de suerte que la solución del derecho común, consistente en la ejecución individual, no satisface los intereses de todos los acreedores, los del deudor ni los de la comunidad. En estos casos la aplicación de las tutelas individuales es insuficiente y éstas deben dar paso a las tutelas colectivas, entre las cuales ocupa un lugar destacado, el procedimiento concursal». Cfr. GARAGUSO y MORIONDO, *op. cit.*, t. I, pág. 30.

suma de los bienes de los que era titular, con la exclusión de aquellos necesarios para su vivienda, pudiendo incluso recurrir al tormento, para elucidar la veracidad de lo referido por éste y, en el hecho, de que los acuerdos entre deudor y acreedores se realizaban en juntas⁹⁰⁸, lo cual materializaba –por aquellos tiempos– otro principio: el de la *par condicio creditorum*.

De ahí que, respetuosamente, se discrepa con el pensamiento de ilustrada doctrina que niega “que el concurso produzca sus efectos sobre la totalidad del patrimonio”⁹⁰⁹; por cuanto, la propia naturaleza del procedimiento preventivo induce a considerar el patrimonio como una *universitas*, independientemente de la clase de proceso que se adopte para superar la crisis (concurso preventivo o su variable: APE). De lo contrario, no tendrían sentido las sanciones previstas en el art. 17 de la ley concursal (declaración de ineficacia o separación de la administración) por violación a lo normado en el art. 16 *in fine* (autorización para realizar actos sobre ciertos bienes)⁹¹⁰ o, inclusive, por ocultación de bienes (art. 17 párraf. 2º, LCQ).

Tal precepto (art. 17, LCQ), preventivo-sancionatorio, apunta a remarcar el principio de universalidad del concurso, considerando al patrimonio del deudor como un todo, lo que resulta connatural con los procesos colectivos, con algunas particularidades: “cese de acciones personales”, “universalidad patrimonial”, “tratamiento igualitario de los acreedores”, “unidad de sistema”; por lo que cualquiera que fuera la metodología utilizada para cumplir con la teleología del estatuto (concurso o quiebra), la esencia del principio, no se desvirtúa.

⁹⁰⁸ Cfr. PARRY R. y PARRY A. E., *El concurso civil de acreedores*, ed. Plus Ultra, Bs. As., (1967), t. I, pág. 37.

⁹⁰⁹ Los autores aclaran que tal criterio debe entenderse, «si con ello se quiere significar el desamparamiento total de él, y su afectación total al pago del pasivo». FASSI, Santiago C., y GEBHARDT, Marcelo, *Concursos y Quiebras*, ed. Astrea, Buenos Aires (1996), pág. 14.

⁹¹⁰ Art. 16: *Actos sujetos a autorización*. “Debe requerir previa autorización judicial para realizar cualquiera de los siguientes actos: los relacionados con bienes registrables; los de disposición o locación de fondos de comercio; los de emisión de debentures con garantía especial o flotante; los de emisión de obligaciones negociables con garantía especial o flotante; los de constitución de prenda y los que excedan de la administración ordinaria de su giro comercial. La autorización se tramita con audiencia del síndico y del comité de acreedores; para su otorgamiento el juez ha de ponderar la conveniencia para la continuación de las actividades del concursado y la protección de los intereses de los acreedores” (t.o. ley 26.086).



§ 2. CONCEPTO

La voz “universalidad” de acuerdo a su noción jurídica: “es el conjunto de bienes y, en ocasiones también de deudas, que forman un todo jurídico y que se rigen legislativamente de manera distinta de la que correspondería a cada una de las cosas que integran el conjunto”⁹¹¹. En contraposición con esta noción, la expresión “individual” o “singular”, señala aquello que es “privativo, propio, perteneciente al individuo”⁹¹². De estos dos términos se desprende la existencia de dos tipos clásicos de procedimiento: individual y colectivo.

Del concepto de universalidad podemos encontrar que el mismo presenta los siguientes elementos caracterizantes: a) un solo patrimonio; b) un sistema que se rige en forma distinta a la establecida para los procedimientos normales, individuales y habituales (unidad de sistema); c) la existencia de una comunidad de sujetos (acreedores) que persiguen la satisfacción de una pretensión y, por último, d) el tratamiento igualitario de los acreedores, lo que se vincula con la *par condicio creditoris* que caracterizara en algún momento de la historia a los procesos universales, sobre la base de la distribución del producido de los bienes en forma proporcional y equitativa entre los acreedores⁹¹³; dejando a salvo las precisiones que se efectuaran en el Capítulo VIII acerca de la igualdad de trato entre los *accipiens*.

La renuncia del acreedor al inicio de un proceso singular tendiente a obtener una solución individual, se contrapone con los rasgos que presenta el proceso colectivo, donde a diferencia del anterior, el criterio distintivo estriba en la existencia de una *solutio* para todos los *creditors*.

Esta idea permite descubrir ciertos caracteres distintivos del proceso colectivo, en relación al acreedor que recurre a esta clase de procedimientos. Así, podemos mencionar los siguientes: a) declarada la quiebra a pedido de acreedor, éste no puede desistir; b) en caso de falencia, la ejecu-

⁹¹¹ OSSORIO, Manuel, Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, (24ª edición), ed. Heliasta (1997).

⁹¹² *Idem*.

⁹¹³ Cfr. JUNYENT BAS y MOLINA SANDOVAL, *op. cit.*, pág. 22.

ción se extiende a la totalidad del patrimonio, y no a un bien determinado; c) se suman otros intereses a los del acreedor: sociales, económicos, etc.; d) existen otros valores en juego que aquellos que en exclusividad emergen de la relación acreedor-deudor, a saber: conservación de la empresa, conservación de los puestos de trabajo, interés general; e) no resultan admisibles los acuerdos privados que no se ajusten a las normas que preve el ordenamiento concursal: convalidación del principio de orden público (art. 872, Cód. Civ.)⁹¹⁴; f) una vez declarada la quiebra el deudor o un tercero por él, no puede hacer pagos en beneficio del acreedor individual (en caso de violar esta disposición, se entiende que el pago es efectuado a favor de la generalidad de los acreedores [art. 122, LCQ]); g) el proceso general tiende a poner fin a las relaciones del deudor con todos sus acreedores en función del principio de la distribución igualitaria de las pérdidas⁹¹⁵.

Bajo los lineamientos apuntados, puede conceptuarse al principio de universalidad como: “el enunciado normativo de carácter general que considera al patrimonio del deudor, omnicompreensivo de todos los bienes materiales e inmateriales que lo integran, afectado a garantizar el interés de todos los acreedores, conforme las reglas de un determinado proceso”.

El concepto se aparta de la tesis procesalista liderada por SATTÁ, quien se enrola en la calificación de la quiebra como ejecución colectiva, lo que con el tiempo le ha ido pareciendo no apropiado a la realidad; incluso el término ejecución colectiva resulta incongruente para entender el problema que plantea la quiebra⁹¹⁶.

Pero estas precisiones sobre la amplitud de la máxima “universalidad”, están íntimamente ligadas con las teorías sobre la naturaleza jurídica del concurso, por lo que a ellas se hará referencia en el acápite siguiente, a los fines de desentrañar el sentido y alcance de la voz universalidad dentro del proceso concursal.

⁹¹⁴ Art. 872: “Las personas capaces de hacer una renuncia pueden renunciar a todos los derechos establecidos en su interés particular, aunque sean eventuales o condicionales; pero no a los derechos concedidos, menos en el interés particular de las personas, que en mira del orden público, los cuales no son susceptibles de ser objeto de una renuncia”.

⁹¹⁵ Cfr. MARTORELL, Ernesto Eduardo, *Tratado de Concursos y Quiebras*, ed. Depalma, Bs. As., (1998), t. I, pág. 19.

⁹¹⁶ Cfr. RIVERA, *op. cit.*, t. I, pág. 27.

§ 3. NATURALEZA JURÍDICA

Existen distintas teorías tendientes a desentrañar el sentido y alcance de la locución “concurso”, en su acepción amplia: concurso preventivo, acuerdo extrajudicial o quiebra. Estas teorías son: a) la contractualista⁹¹⁷ y b) la procesalista.

La primera de ellas se vincula prácticamente con el trámite del concurso preventivo –como proceso de reorganización y negociación– que considera al acuerdo entre deudor y acreedores, la característica central del concurso⁹¹⁸, toda vez que el mismo se resuelve, en una suerte de imposición de la mayoría sobre la minoría, el que ofrece numerosas ventajas⁹¹⁹; mientras que la segunda de las teorías aparece como más amplia y comprensiva de todos los tipos de procedimiento.

En lo que interesa a este trabajo, se hará hincapié en la tesis procesalista, en tanto y en cuanto la misma posee estrecha vinculación con el principio de universalidad, que es objeto de desarrollo en este Capítulo aunque, algunos autores entienden que identificar al derecho concursal como derecho de naturaleza procesal *sensu stricto*, no alcanza para explicar el universo complejo del fenómeno de la quiebra, que impide circunscribirlo al ámbito procesal solamente⁹²⁰.

⁹¹⁷ Esta teoría parte del presupuesto que el contrato marco que da sustento al convenio entre acreedores y deudor posee efectos: *erga omnes*, el cual tiene fuerza de ley entre las partes y no puede ser cambiado sin su consentimiento. Las reuniones de los acreedores se definen habitualmente con el criterio la mayoría, lo cual desentona con las principales normas de la disciplina contractualista. Dos son los recaudos para arribar a esta tesis, el acuerdo de los acreedores y la homologación por el tribunal. Cfr. CANDIAN, A., *Il processo di concordato preventivo*, Padova, (1937), pág. 163; BONSIGNORI, A., *Il concordato preventivo*, Commentario Scajola-Branca, Roma, (1979), pág. 146; FRASCAROLI, Santi E., *Il concordato preventivo*, Padova, (1990), pág. 425. Merece precisar que la cuestión relativa a la naturaleza contractual no posee relevancia práctica, sino sólo desde el punto de vista doctrinario, para lo cual se considera que el concordato es un contrato de (derecho público o privado) bilateral, formal y oneroso.

⁹¹⁸ Cfr. ROCCO, Alfredo, *Il concordato nel fallimento e prima del fallimento*, ed. Fratelli Bocca, Torino, (1902), n.º 51.

⁹¹⁹ Cfr. RAMELLA, Agostino, *Trattato del fallimento*, ed. Editrice Libreria, Milano, (1904), pág. 214.

⁹²⁰ Cfr. MARTORELL, *op. cit.*, t. I, pág. 55.

Dentro de las teorías procesalistas, los autores han apuntado que la quiebra es, esencialmente, un proceso de ejecución y, en tal sentido, lo vinculan fuertemente con el proceso de ejecución individual, aunque con efectos: *erga omnes*.

Sostener, por ende, que el procedimiento colectivo de la quiebra (concurso) sea un proceso de ejecución –aunque, valga la aclaración, es de naturaleza colectiva– ha llevado en particular a la doctrina italiana, a desarrollar posturas que niegan que el proceso falimentario tenga el carácter de ejecución por un lado y que el mismo sea colectivo, por otro.

Para algunos autores italianos (AZZOLINA, PAJARDI, PROVINCIALI y FERRARA), la naturaleza estriba en que el proceso concursal es un proceso de ejecución, mientras que para otros (CARNELUTTI, FAZALARI), sostienen que el mismo cae dentro de los procesos de jurisdicción voluntaria⁹²¹.

Desde otra posición: BONELLI entiende que el proceso concursal depende del momento inicial del mismo, postulando que puede ser un proceso ejecutivo si se inicia a instancia de los acreedores, o bien, un procedimiento de jurisdicción voluntaria si al mismo lo inicia el deudor e inclusive, puede ser un procedimiento administrativo si el mismo es declarado de oficio⁹²².

Un enfoque interesante es el expuesto por ANDRIOLI, para quien la atipicidad y la originalidad del instituto conduce a una preexistente categoría jurídica que sólo capta algunos aspectos de los anteriormente mencionados (ejecución, jurisdicción voluntaria), llegando a la construcción de una figura compleja que en su esencia está dotada de caracteres propios⁹²³.

No es objetivo del presente profundizar sobre este punto por lo que, simplemente, se hará referencia a las posturas mayoritarias en torno a la discusión, para sentar posición personal.

⁹²¹ Cfr. FIALE, Aldo, *Diritto fallimentare*, (11ª edición), ed. Giuridiche Simone, Napoli, (2002), pág. 14.

⁹²² Cfr. *ibidem*.

⁹²³ Cfr. *ibidem*.

§ 4. TEORÍAS

4.a) Teoría procesalista

La consideración, de que la quiebra es un “proceso” de ejecución, prácticamente se remonta a los orígenes del instituto. En el derecho romano, «la *manus iniectio* –a través de la acción ejecutiva de la *legis actio per manus iniectioem*⁹²⁴– conducía pues, indirectamente, a una venta del patrimonio, cuyo precio se repartía proporcionalmente entre los acreedores»⁹²⁵. De allí que, por su propia raíz, la doctrina italiana (PAJARDI, ROCCO, BONSIGNORI, BONGIORNO) se ocupara del tema de la ejecución colectiva, desde el punto de vista procesal.

Para CARNELUTTI, el proceso busca la actuación de una relación jurídica, mediante una ejecución procesal, entendiéndose que ejecución significa: “adecuación de lo que es a lo que debe ser”⁹²⁶.

Pero, lo que interesa particularmente de las diversas clases de ejecución, es la forzada⁹²⁷, es decir, la especie contenciosa de la ejecución procesal, que tiene como cualidad de la litis la pretensión insatisfecha⁹²⁸.

⁹²⁴ El procedimiento de la *manus iniectio*, al principio, se aplicaba a dos situaciones procesales: la del *iudicatus*, es decir, la del demandado que, habiendo negado el Derecho del actor, era condenado por el juez y la del *confessus*, que era el demandado que había reconocido la pretensión del demandante mediante confesión expresa (...). En el proceso de la *legis actiones* la sentencia sólo podía contener la condena o la absolución del demandado. Si había condena, tratándose de *actiones in rem*, parece que la ejecución de la sentencia se garantizaba por medio de fiadores (*paredes*), que al comienzo del proceso se constituían en responsables de la restitución de las cosas y sus frutos. ARGÜELLO, Luis Rodolfo, *Manual de Derecho Romano. Historia e instituciones*, (2ª edición), ed. Astrea, Bs. As., (1981), pág. 514.

⁹²⁵ PARRY y PARRY, *op. cit.*, t. I, pág. 33.

⁹²⁶ Cfr. CARNELUTTI, *op. cit.*, vol. I, pág. 75. El autor incluyó originariamente a la quiebra dentro de los procesos ejecutivos en la obra *Natura del Processo di Fallimento*, Riv. Dir. Proc. Civ., Padova, (1937).

⁹²⁷ «El concepto de ejecución forzada (*executio parata*) es común a todas los procesos ejecutivos, pues responden a iguales principios, el proceso de ejecución es el instrumento autónomo para la realización práctica del derecho». MORELLO, Augusto, PASSI LANZA, Miguel A., SOSA, Gualberto L. y BERIZONCE, Roberto O., *Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires y de la Nación comentados y anotados*, ed. Platense, (1975), t. VI 1, pág. 4-5.

⁹²⁸ Cfr. CARNELUTTI, *op. cit.*, vol. I, pág. 77.



PROVINCIALI fue quien se ocupó, especialmente, del tema de la ejecución colectiva de la quiebra y sobre este aspecto, atribuía «carácter procesal a todas las figuras concursales; explicaba la quiebra como una ejecución forzada “colectiva”, distinguiéndola de la individual en que alcanza a todos los acreedores, afecta a todos los bienes del deudor y es más intensa la actividad estatal»⁹²⁹.

De otro lado, ROCCO entiende que la finalidad del proceso de ejecución es la obtención por parte de los órganos jurisdiccionales de una decisión (acto jurisdiccional) que agote la tarea de realizar el patrimonio del obligado⁹³⁰.

Ahora bien, existen diferencias entre el proceso de ejecución individual y la ejecución colectiva. PROVINCIALI entiende que «mientras que para promover la ejecución individual basta la mera iniciativa del acreedor, para poner en movimiento la ejecución colectiva hace falta una declaración –jurisdiccional– de sus presupuestos: la sentencia declarativa de quiebra...»⁹³¹.

De las posiciones enunciadas, se advierte, una clara preocupación por parte de la doctrina procesal italiana en buscar el medio adecuado y eficaz para la satisfacción de una pretensión, a través de la obtención de un acto jurisdiccional que efectivice el Derecho.

Definidos los rasgos de esta doctrina, podemos encontrar algunas similitudes entre el proceso de ejecución y la quiebra, en tanto esta última participa de algunos atributos que posee el primero y que lo relacionan con otros procesos así, por ejemplo: con el juicio ejecutivo, con los juicios de cognición y con los procesos de jurisdicción voluntaria.

En lo que concierne al proceso de ejecución, como denominador común al proceso de ejecución –propriadamente dicho– y a la quiebra como proceso de ejecución colectiva, existen semejanzas aunque también algunas diferencias. Entre las primeras se podría mencionar: al desapoderamiento (art. 107, LCQ), a la orden de entregar los bienes al síndico (art.

⁹²⁹ PROVINCIALI, Renzo, *Trattato di Diritto Fallimentare*, Padova, (1974), t. I, pág. 91-92.; cit. por MAFFÍA, Osvaldo J., *Crítica de la concepción del proceso falencial como ejecución colectiva*, E.D. 113-711.

⁹³⁰ Cfr. ROCCO, Ugo, *Tratado de Derecho Procesal Civil*. Parte Especial. Proceso Ejecutivo, Depalma, (1976), t. IV, págs. 90 y 91.

⁹³¹ PROVINCIALI, *op. cit.*, t. I, pág. 101.

88 inc. 3º y 177, LCQ), la inmediata realización de bienes (88 inc. 9º, LCQ). Las diferencias, por otro lado, surgen según se trate de la naturaleza del proceso: preventivo (concurso o acuerdo extrajudicial) o liquidativo (quiebra). Entre los primeros tenemos: la continuación de la empresa de la persona de existencia ideal en liquidación (art. 5, LCQ), la administración de los bienes por parte del deudor (art. 15, LCQ), la prohibición de realizar actos que alteren la situación de los acreedores por causa o título anterior a la presentación preventiva (art. 16, LCQ), la suspensión del curso de los intereses (art. 19, LCQ), la suspensión de remates y medidas precautorias (art. 24, LCQ). Entre los segundos están: la conversión del pedido de quiebra (art. 90 LCQ), la administración de bienes por el síndico (art. 109, LCQ), la suspensión del curso de los intereses (art. 129, LCQ), la continuación de la explotación (art. 189 y 190, LCQ), la prioridad en el orden de realización de los bienes: enajenación de la empresa como unidad, frente a la venta individual o singular (art. 204, LCQ).

Sin embargo, y más allá de las notorias similitudes y diferencias entre unos y otros procesos (ejecución individual y colectiva), la falencia posee características especialísimas que derivan de su naturaleza de ejecución general, como por ejemplo: puede ser dispuesta de oficio por el magistrado cuando el deudor no obtenga las conformidades en el transcurso de un concurso preventivo (art. 46, LCQ); es un proceso contencioso (art. 34, LCQ); se inicia a pedido del deudor o por requerimiento de un tercero (art. 77 inc. 2º y 3º, LCQ); ordena la interdicción de salida del país del fallido y administradores (art. 25 y 103, LCQ); los bienes son comprendidos como una “universalidad” (art. 1 y 88, LCQ); igualdad dentro de la categoría en el tratamiento de la solución concursal (art. 43, tercer párrafo, LCQ); paridad en el dividendo liquidativo (art. 218, LCQ); alcance *erga omnes* de los efectos del concurso (art. 1 y 125, LCQ), entre otros. La existencia de acciones propias en el proceso concursal, también es una característica de los procesos colectivos. A guisa de ejemplo: las acciones por dolo en la verificación de créditos admitidos (art. 38, LCQ); las acciones revocatorias (arts. 119 y 120, LCQ); la acción de extensión de quiebra (art. 165, LCQ); las acciones de responsabilidad (art. 173, LCQ) y las acciones reivindicatorias (art. 2758 y conc. del Código Civil), entre otras.

En palabras de RAGUSA MAGGIORE en la ejecución individual el objeto de la ejecución es el patrimonio, consistente en los bienes considera-

dos como valor estático, mientras que en la ejecución concursal el objeto de esta no es tanto, el patrimonio, cuanto una particular consideración de éste —esto es, la hacienda—, en el que los bienes adquieren un valor dinámico, ya que se fucionan con fines productivos⁹³².

Más allá de estas semejanzas y desigualdades, el eje central del proceso de quiebra, sigue siendo la ejecución como proceso tendiente a la realización de una pretensión que, normalmente se traduce, en el restablecimiento del crédito, cualquiera que fuera la forma en que esta se materialice: homologación y cumplimiento (art. 52 y 59 *in fine*, LCQ) o bien: liquidación, distribución y pago del dividendo (art. 218 y 221, LCQ). El objetivo perseguido es el mismo, la recuperación de la acreencia por parte del acreedor, aunque, claro está, en moneda de quiebra.

4.b) Teoría de la ejecución colectiva

Para la doctrina concursalista los procesos concursales (concurso preventivo o quiebra) son procedimientos colectivos, por cuanto este tipo de juicios no se realiza en función del beneficio que puede deparar a uno o algunos acreedores, sino de la absoluta generalidad de éstos. Adviértase esta aseveración, desde que aquellos que hasta el momento de la declaración de falencia tenían asegurada la posibilidad de cobro a través de la ejecución individual del bien de propiedad del deudor, se convierten a mérito de la apertura del proceso universal en acreedores en expectativa sujetos a la comprobación de sus títulos, lo que una vez satisfecho, les restituirá su *status* jurídico: acreedores⁹³³.

Normalmente, en un proceso con una comunidad de intereses —ejecución individual con pluralidad de acreedores— la singularidad del proceso tiende a la realización de los bienes, para satisfacción de los

⁹³² Cfr. RAGUSA MAGGIORE, G., *Instituzioni di Diritto Fallimentare*, (2ª edición), ed. Dott. Padova, (1994), pág. 4.

⁹³³ Cfr. VÍTOLO, Daniel Roque, *Iniciación en el Estudio del Nuevo Régimen Legal de Concursos y Quiebras Ley N° 24522*, ed. Ad-Hoc, Buenos Aires (1995), pág. 47; cfr. JUNYENT BAS, Francisco y MOLINA SANDOVAL, Carlos, *Cuestiones prácticas de la petición falencial directa por acreedor*, pub. por Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, disponible en la <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/artpedidodequiebra/?searchterm=Junyent%20BAs> (acceso del 04/02/09).

acreedores de acuerdo al orden de sus privilegios (art. 3875, Cód. Civ.) y condición de embargante (art. 19 de la Ley 17.801 en concordancia con los arts. 2505 y 3135 del Código Civil). Por el contrario, en el concurso, la consecuencia de la crisis económica de la empresa, esto es, la insatisfacción de los acreedores, es reparada mediante la regulación de todas las relaciones (acreedores considerados, *in totum*) en forma igualitaria⁹³⁴, aunque no se trate de una paridad en el sentido constitucional *stricto sensu*, sino en cuanto a la correspondencia de posibilidades de los acreedores para incorporarse al proceso concursal.

Sobre este particular –consecuencias de la crisis económica de la empresa– SATTÀ postula: «como los acreedores han compartido el riesgo de la empresa deben dividir en partes iguales las pérdidas, por lo que en este caso (insolvencia), debe sustituirse la clásica ejecución individual por otra destinada a satisfacer todas sus obligaciones con todos sus bienes, en la misma medida para todos los acreedores, esto es, la ejecución colectiva o quiebra»⁹³⁵.

Para distinguir la ejecución colectiva de la teoría procesalista (*vide* § 4.A), PAJARDI refiere que la sentenciación de quiebra es declarativa, en cuanto se pronuncia sobre los presupuestos subjetivo y objetivo (es decir, declara la calidad de comerciante del deudor y su estado de insolvencia); asimismo, posee contenido constitutivo, dando origen al *status* de fallido y de inicio del régimen de ejecución propio de la quiebra⁹³⁶.

Para el jurista italiano, no interesan las razones por las cuales el deudor, no cumple la prestación, lo que habilita a los acreedores a la promoción de la ejecución individual, lo importante, es que en la ejecución colectiva, el deudor se encuentra en imposibilidad patrimonial de cumplimiento, por lo que los acreedores se solidarizan involuntariamente, sometándose –en cuanto a la distribución del dividendo– a la liquidación colectiva de los bienes⁹³⁷.

⁹³⁴ Cfr. SATTÀ, Salvatore, *Instituciones del derecho de quiebra*, ed. Ejea, (1951), pág. 5, cit. por GRAZIABILE, Darío J., *La quiebra como ejecución colectiva. Notas sobre la vigencia de una postura clásica*, E.D. 207-619 (2008).

⁹³⁵ SATTÀ, *op. cit.*, pág. 5.

⁹³⁶ Cfr. PAJARDI, Piero, *Manuale di Diritto Fallimentare*, (2ª edición), ed. Giuffrè, Milano, (1976), pág. 32-33; cit. por MAFFÍA, *op. cit.*, pág. 711.

⁹³⁷ Cfr. PAJARDI, Piero, *Derecho concursal*, ed. Ábaco, (1991), t. II, pág. 206.

4.c) Teoría negatoria de la quiebra como ejecución colectiva

En nuestro país fue YADAROLA el primero en levantar voces en contra de la concepción que pretende reducir la quiebra a un proceso de “ejecución colectiva”⁹³⁸.

GARCÍA MARTÍNEZ y FERNÁNDEZ MADRID destacaban que «la quiebra es un procedimiento de ejecución colectiva, cuyo fin esencial consiste en convertir los bienes del deudor en un medio universal de pago, es decir, en dinero, para repartirlo proporcionalmente entre los acreedores, de acuerdo con el consabido principio de igualdad reflejado en la regla de la *par condicio creditorum*»⁹³⁹. Acorde a quienes sostienen esta posición, el fin es sencillo, liquidar el patrimonio del *cessatus* y hacer efectivo el derecho del que gozan los acreedores que fueron reconocidos en el proceso universal, a los efectos de que los mismos perciban sus acreencias. Esta concepción de la quiebra se remonta a las raíces históricas de evolución del instituto.

Fue mucho después, que comenzó a distinguirse: la quiebra como sanción, de la quiebra como proceso de reorganización o recuperación de la empresa. GARCÍA MARTÍNEZ, hacía referencia a que la ley mexicana de 1942 fue la primera legislación que recogía conceptos atípicos para la época sobre liquidación de la hacienda mercantil, permitiendo que en algunos casos, el síndico propusiera la continuación de la hacienda, dando

⁹³⁸ «La fundamental diferencia con la ejecución individual radica en el presupuesto –insolvencia y no incumplimiento– y en el medio de realización –organización falencial–, agregándose las limitaciones personales que existen respecto del fallido y la actividad de los acreedores, que en la etapa inquisitiva de la quiebra se ven privados del ejercicio del principio dispositivo netamente procesal; la apertura del proceso es un derecho del Estado, en razón de haberse concentrado en él, el interés inmediato o primario de asegurar la *par condicio creditorum* entre los acreedores del deudor común y en que la organización de la falencia vincula a su desarrollo efectos particulares extraños al proceso singular, pero directamente ligados a la ejecución». YADAROLA, Mauricio L., *Homenaje a Yadarola*, Universidad Nacional de Córdoba, (1963), t. II, pág 272; cit. por GRAZIABILE, *op. cit.*, pág. 619.

⁹³⁹ GARCÍA MARTÍNEZ, R. y FERNÁNDEZ MADRID, J. C., *Concursos y quiebras*, ed. Contabilidad Moderna, Buenos Aires, (1974), t. II, pág. 1140.

puntapié a lo que hoy se conoce como “principio de conservación de la empresa”⁹⁴⁰.

BONELLI distinguía la naturaleza de la quiebra según quién inicie el proceso, si lo inician los acreedores, tiene la apariencia de un proceso ejecutivo; si lo inaugura el deudor, se acerca más a los actos de lo que se denomina jurisdicción voluntaria y, determinado de oficio, se presenta como una medida de orden público que afecta al Estado. Concluye sobre el punto, que la quiebra no es, propiamente y excluyentemente, una de tales cosas, sino una mezcla de todas, un proceso *sui generis* donde se desarrolla una actividad administrativa y judicial de naturaleza voluntaria y contenciosa⁹⁴¹.

Es clásica la posición del liberalismo cuando afirma que la quiebra es una reacción del mercado que se autorregula, eliminando las empresas ineficientes y que PROVINCIALI concluiría: «la quiebra es una decisión drástica, un acto quirúrgico con el que se interviene resecaando del cuerpo vivo de la actividad comercial, la parte mal sana o necrótica»⁹⁴².

Los diversos institutos incorporados al régimen falencial, a saber: concurso preventivo, acuerdo resolutorio, continuidad de la explotación permitieron, pausada pero constantemente, acercarse cada vez más a criterios alejados de la ejecución colectiva, como vía apta para solucionar las estrechas y complicadas relaciones que se generan entre el crédito y el incumplimiento.

Estos remedios legales, lentamente, fueron socavando las raíces del pensamiento sobre la teleología de la quiebra, al punto que se fue gestando una nueva concepción de ésta, juzgándola como un instituto “residual”⁹⁴³, que consagró un *slogan* repetido muchas veces: “la gran empresa no quiebra”⁹⁴⁴.

⁹⁴⁰ Cfr. GARCÍA MARTINEZ, Roberto, *La conservación de la empresa en el derecho concursal*, L.L., núm. 657; sep., t. 84, pág. 530, con cita de la obra de RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Joaquín., *Ley de quiebras y suspensión de pagos concordada y anotada*, México, Porrúa, D. F., (1943), s/núm. de página.

⁹⁴¹ Cfr. BONELLI, Gustavo, *Del fallimento*, ed. Dottor Francesco Vallardi, Milano, (1923), t. I, págs. 112 y 436; cit. por GRAZIABILE, *op. cit.*, pág. 619.

⁹⁴² PROVINCIALI, *op. cit.*, t. IV, pág. 2209.

⁹⁴³ Cfr. MAFFÍA, *op. cit.*, pág. 711.

⁹⁴⁴ Cfr. ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Ángel José, *El estado de crisis económica en “La reforma de la legislación concursal”*, ed. Civitas, Madrid, (1982), pág. 135.

Entre los contemporáneos, fue el maestro MAFFÍA quien desde hace unos años realizó una severa crítica a la concepción del proceso falencial como ejecución colectiva⁹⁴⁵. El insigne concursadista sostiene que la quiebra como procedimiento liquidativo cedió ante la política de conservación de las empresas socialmente útiles, lo cual requiere de estrategias que procuren alcanzar soluciones alternativas⁹⁴⁶. El objetivo es “salvar la empresa” no liquidarla, para lo cual existen diversos institutos sanatorios.

Esta teoría parte de la idea que la quiebra no puede ser considerada un proceso de ejecución, cuando no se puede definir el rol de ejecutado del deudor, cuando él mismo pide su propia quiebra o cuando la quiebra es requerida por los acreedores, a lo que cabe el interrogante: ¿cual es el título ejecutivo? y, en caso de afirmar que se trate de un título ejecutivo, ¿quién o quienes son los acreedores? ya que debe aceptarse que luego del trámite verificadorio, se sabrá quienes han de integrar la masa: los que obtengan reconocimiento de su calidad de acreedores (art. 36, LCQ). Asimismo, no puede hablarse de ejecución cuando existen institutos como la conversión de la quiebra (art. 90, LCQ) –que tienen la virtualidad de transformar el proceso falencial en un trámite preventivo– o bien, la continuidad de la empresa en quiebra (arts. 189 y 190, LCQ) o el supuesto de la venta de la empresa como unidad productiva (art. 204 inc. a, LCQ), todo lo cual lleva a eliminar el rol de ejecución colectiva del proceso falencial⁹⁴⁷.

La conversión de la quiebra en concurso preventivo (art. 90, LCQ), la suspensión del ejercicio del derecho de retención sobre bienes del deudor (art. 131, LCQ), la suspensión de acciones y ejecuciones sobre bienes del deudor (art. 132, LCQ), la continuación de contratos en curso de ejecución (art. 144, LCQ), la exigibilidad de los aportes no integrados por los socios (art. 150, LCQ), la prosecución del contrato de seguro en la quiebra del asegurado (art. 154, LCQ), la continuación de la explotación de la empresa por el síndico (art. 189, LCQ) o mediante la cooperativa de trabajo (art. 190, LCQ) y el avenimiento (art. 225, LCQ), se revelan como institutos impeditivos de la pronta liquidación de los activos y que,

⁹⁴⁵ MAFFÍA, op. cit., pág. 711.

⁹⁴⁶ Cfr. *idem*.

⁹⁴⁷ Cfr. *ibidem*.

por ende, en la práctica, desnaturalizan la concepción de la quiebra como ejecución colectiva.

4.d) Teoría amplia

En la moderna concepción del derecho concursal, la quiebra –en términos lineales– ya no es más un proceso de ejecución del patrimonio del deudor insolvente; la quiebra se encuentra cada día más emparentada con la reorganización, la reestructuración, la evolución, la continuación, la conservación, la explotación, el salvataje y la conversión de la hacienda, que con la liquidación del activo como único modo de atender el interés de los acreedores, *stricto sensu*.

El proceso concursal participa de las diferentes formas que presenta un juicio: a) declarativo: desde que reconoce un estado (cesación de pagos); b) constitutivo: en tanto, establece el estado de concursado o fallido; c) voluntario: desde que requiere la solicitud del deudor o de un acreedor para su declaración; d) contencioso: desde el momento en que los acreedores y el deudor participan para delimitar o cristalizar el pasivo; e) oficioso: cuando se dicta la sentencia de quiebra, a consecuencia de una disposición legal, aunque no exista pedido de parte; f) inquisitivo: cuando los órganos actúan de oficio en la investigación de las causas de la insolvencia o para determinar el pasivo; g) reorganizativo: cuando –conforme las modernas concepciones– está orientado a la reestructuración de la empresa, a través del plan (*vide* Capítulo IV § 2); h) recompositivo: en tanto tiende a reconstruir el patrimonio del deudor con anterioridad a la fecha de declaración de falencia; i) conservativo: desde que contribuye a conservar la empresa socialmente útil; j) liquidativo: por cuanto está enderezado a la realización del patrimonio, cuando no existen posibilidades de arribar a otro tipo de solución.

Por ende, sustentar que el proceso falencial no sea un proceso de ejecución colectiva o que lo sea matemáticamente, llevaría a circunscribir el proceso de quiebra a una mera cuestión judicial –proceso de ejecución: singular o colectivo– cuando el mismo tiene muchas más aristas que las que se pueden delinear a través de la venta de bienes en una subasta para satisfacción de los *accipiens*.

Sería un error de honestidad intelectual, desconocer la posición de enjundiosa doctrina⁹⁴⁸, que reprocha el carácter de ejecución colectiva al proceso concursal. Pero, tampoco sería despreciable reconocer que, en última instancia, la quiebra como proceso en algún momento tiende a su conclusión por conducto de los mecanismos que posee para su finalización, lo cual se materializa, incontables veces, por medio de la realización de bienes, como consecuencia natural tanto como solución jurídica cuanto como económica.

Sería más preciso y actual sostener que se trata de un proceso *sui generis*⁹⁴⁹, complejo, con caracteres propios que, concluidos los trámites procesales tendientes a lograr la reorganización o reestructuración del negocio, en su última *ratio*, está orientado a la liquidación del activo para distribuir el dividendo entre los acreedores.

Las expresiones: “continuación de la hacienda”, “conservación de los puestos de trabajo”, “conservación de la empresa”, “interés de los acreedores”, “interés del deudor”, “interés del concurso” e “interés general” conspiran contra una concepción de la quiebra, mecanicista: realizar el activo para cancelar el pasivo; la quiebra no puede reducirse a una mera operación matemática. El desistimiento del concurso (arts. 6, 31 y 87, LCQ), la homologación del acuerdo preventivo (art. 52 primera parte, LCQ), el salvataje de la empresa por terceros adquirentes de las cuotas o acciones (art. 48, LCQ), la homologación de un acuerdo en el que no se alcanzaron las mayorías en todas las categorías: *cramdown power* (art. 52, LCQ), la conversión de la quiebra (art. 90, LCQ), la continuación de la explotación de la empresa (art. 189 y 190, LCQ), la no realización de bienes por obligaciones aún no vencidas a la fecha de declaración de quiebra (art. 195, LCQ), la conservación de bienes cuando ello resulte un beneficio para el concurso (art. 126, LCQ), la continuación de los puestos de trabajo (art. 196, LCQ), la realización de la empresa como unidad (art. 205, LCQ) y el avenimiento (art. 225, LCQ), confabulan contra esta idea de la quiebra como mero proceso de ejecución colectiva.

Pero, la quiebra debe finalizar y, en última instancia, cuando no fue posible alcanzar ninguno de los objetivos perseguidos: reorganización, reestructuración, continuación, conservación o salvataje, el proceso debe

⁹⁴⁸ *Ibidem*.

⁹⁴⁹ VARANGOT, Carlos J., *Verificación de créditos*, E.D. 27-965.



concluir con la liquidación del activo, por cuanto existe un interés implícito en la ley, cuál es, la protección del interés de los acreedores y el del propio fallido, que en última instancia, encuentran adecuada tutela en la distribución del dividendo concursal, los primeros y, en el eventual remanente –producto de concluir la liquidación del patrimonio– el último.

De todo lo expuesto, debe entenderse que la quiebra –en su moderna concepción– se emparenta más con la tesis amplia que admite una concepción *sui generis* del proceso falimentario en el que agotados los mecanismos para lograr una reestructuración de la empresa se endereza –en última instancia– hacia la liquidación del patrimonio. No debe perderse de vista que, cuando no existe empresa y se trata de un deudor individual que, simplemente, no puede cumplir con sus obligaciones y abonar a todos sus acreedores sus pretensiones creditorias a valores nominales, la quiebra sigue siendo la herramienta a la cual se debe recurrir para hacer efectivas las obligaciones asumidas, haciendo efectiva la máxima de Ulpiano: *suum cuique tribuere*.

§ 5. ELEMENTOS QUE INTEGRAN LA VOZ “UNIVERSALIDAD”

La voz “universalidad” esbozada en el art. 1º *in fine* de la ley concursal⁹⁵⁰ posee dos formas de exteriorización: una es subjetiva y la otra, un tanto más compleja, objetiva.

La universalidad desde el plano subjetivo, comprende tanto la faz activa como la pasiva. En cambio, desde el lado de la universalidad objetiva, se relaciona con los bienes sobre los que se hace efectiva la garantía de los acreedores, con determinadas particularidades sobre las que se harán algunas consideraciones.

Desde el punto de vista subjetivo, el vocablo se integra con el sujeto pasivo del concurso y la colectividad conformada por los acreedores, ad-

⁹⁵⁰ Art. 1: *Cesación de pagos*. “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, sin perjuicio de lo dispuesto por los artículos 66 y 69. *Universalidad*. El concurso produce sus efectos sobre la totalidad del patrimonio del deudor, salvo las exclusiones legalmente establecidas respecto de bienes determinados”.



virtiendo necesario efectuar ciertas precisiones, que permitirán considerar supuestos no contemplados en la ley.

5.a) Elemento subjetivo

5.A.1) EL DEUDOR. EL PATRIMONIO COMO PRENDA COMÚN DE LOS ACREEDORES

Dentro de los sujetos que componen este gran entramado, denominado: “universalidad”, se encuentra el deudor, ya que los efectos de la insolvencia se esparcen sobre la totalidad del patrimonio del *cessatus*.

El art. 2 de la Ley de Concursos y Quiebras⁹⁵¹ enumera el elenco de sujetos aptos para formular una presentación en concurso o acompañar un convenio con efectos *erga omnes* (APE), o bien, para requerir la declaración de su propia quiebra.

Las personas físicas y las personas jurídicas en estado de liquidación, las sociedades en las que tenga algún grado de participación el Estado en cualquiera de sus tres formas (Nacional, Provincial o Municipal), el patrimonio del *de cuius* –mientras se encuentre separado del patrimonio de los herederos– y los deudores con domicilio en el extranjero respecto de bienes en el país, están habilitados por la legislación argentina para requerir la apertura de un proceso con incidencia sobre una colectividad de acreedores.

Aunque quedaron al margen algunos sujetos que por encontrarse sometidos a control estatal, están imposibilitados de peticionar su concurso, nuestros legisladores se enrolaron en las modernas tendencias que amplían el universo de sujetos susceptibles de concursarse ya que, por el principio de universalidad, el concurso del deudor sea preventivo o liqui-

⁹⁵¹ Art. 2: *Sujetos comprendidos*. “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. Se consideran comprendidos: 1. El patrimonio del fallecido, mientras se mantenga separado del patrimonio de los sucesores. 2. Los deudores domiciliados en el extranjero respecto de bienes existentes en el país. No son susceptibles de ser declaradas en concurso las personas reguladas por las Leyes 20.091, 20.321 y 24.241, así como las excluidas por leyes especiales”.

dativo, produce sus efectos sobre la totalidad de su patrimonio, salvo las exclusiones legalmente establecidas⁹⁵².

El deudor es el titular del patrimonio afectado al trámite del proceso universal y, por tal, afectado a las resultas del procedimiento colectivo; representa la garantía para los acreedores, tanto para obtener el cumplimiento de un concordato, cuanto para lograr la recuperación de créditos en la quiebra y, por el «principio de universalidad tiene además un efecto de proyección sobre los bienes que el deudor adquiera en el futuro, esto es, más allá de la fecha del concurso, pues la quiebra supone el desapoderamiento de los bienes presentes y de los que el deudor adquiere hasta su rehabilitación»⁹⁵³.

El insolvente es el sujeto pasivo de la quiebra como el ejecutado lo es de la ejecución ordinaria, con la particularidad de que la quiebra produce sus efectos sobre todos los bienes del deudor y no sobre uno o algunos, lo cual es propio de la ejecución singular.

El procedimiento de concurso preventivo fue concebido en beneficio del deudor y, por ello, la solicitud de concurso requerida por éste prevalece sobre la petición de quiebra efectuada por los acreedores (*vide* art. 10, LCQ), aunque el concurso sea peticionado estando en trámite un proceso de solicitud de quiebra (*v. gr.* nulidad del auto de quiebra cuando se encontraba tramitando un concurso preventivo⁹⁵⁴ o, inclusive, si este trámite se inicia con posterioridad al pedido de quiebra⁹⁵⁵).

Nuestro régimen jurídico concursal, se sustenta en la “persona” como ente susceptible de adquirir derechos y obligaciones (art. 30, Cód. Civ.), como sujeto legitimado a formular una petición concursal⁹⁵⁶; pero, el patrimonio del fallecido que dejó de ser persona y que no es sujeto de derecho, puede requerir su concurso –mientras dicho patrimonio se mantenga separado del patrimonio de los herederos– a través de petición que se materializa por rogatoria de los beneficiarios declarados tales como,

⁹⁵² Cfr. SAJÓN, Jaime, *Concursos*, ed. Albeledo Perrot, Bs. As., (1974), pág. 50.

⁹⁵³ RIVERA, *op. cit.*, t. I, pág. 132.

⁹⁵⁴ CNCom., sala de feria, “Meteor S.A. s/quiebra”, J.A. 1967-III-139.

⁹⁵⁵ Capel.Civ. y Com. Rosario, sala 2ª, “Siryi Del Gerbo Azanza S.A. s/quiebra”, Rep. J.A. 2000-339, n.º 54.

⁹⁵⁶ TONÓN, Antonio, *Derecho concursal I, Instituciones generales*, ed. Depalma, Bs. As., (1992), pág. 15.

asimismo, el supuesto del concurso del agrupamiento (que no es sujeto de derecho), son hipótesis que dan cuenta de la apertura de criterio para admitir el concurso de otros sujetos, apartándose el legislador de la concepción: “sujeto de derecho” como presupuesto necesario y único para la apertura del juicio universal.

Con estas reflexiones, cabe el interrogante de si la empresa podría concursarse; con lo que se abren otras puertas en aras de lograr una solución concordataria.

De las disposiciones contenidas en los arts. 2, 5, 11, 65 y 68 de la ley concursal, se desprende que el parlamentario ha adoptado un criterio amplio, al permitir que sujetos que otrora estaban imposibilitados de requerir su concurso, puedan tramitar una solución preventiva, con lo que puede apreciarse la existencia de una tendencia, cada vez más visible, hacia un sistema de *numerus apertus* que ratifican el principio de universalidad de la quiebra.

5.A.2) OTROS SUJETOS ADMITIDOS: LA *HOLDING* Y LOS GARANTES

El mensaje del Poder Ejecutivo Nacional del 12 de mayo de 1994, de elevación al Congreso de la Nación del proyecto de Ley de Concursos y Quiebras, en su Capítulo II enunciaba las modificaciones propiciadas para obtener el cumplimiento de los fines trazados, incorporando fenómenos de la realidad económica, no solamente en el orden local, sino también internacional (ejemplo de ello, la *holding*) entre los cuales se encuentran, los denominados “agrupamientos”, normalmente constituidos por sociedades pero que, muchas veces, operan a través de personas físicas⁹⁵⁷.

El régimen concursal (ley 24.522) amplió el elenco de sujetos concursales admitiendo, el concurso en caso de agrupamiento de dos o más personas físicas o jurídicas (art. 65, LCQ) en el que el denominador común para estos supuestos es que los sujetos que integren el grupo económico lo hagan en forma permanente.

⁹⁵⁷ Cfr. GARCÍA PAZOS, Pablo L., *Conkursabilidad preventiva del grupo. Concurso del garante*, L.L. 2006-D-1314.

El concurso por agrupamiento ha sido pensado como una herramienta a la que puede recurrir el deudor a los fines de beneficiar la posición del grupo económico del que forma parte, cuando uno de los sujetos que lo integran se encuentre en cesación de pagos, con la condición de que dicho estado tenga entidad suficiente como para afectar a los demás integrantes del grupo (art. 66, LCQ). La presentación se supedita al control que realizará el juez, de que la misma comprende a todos los integrantes sin exclusiones de ninguna naturaleza. Por ende, existe una *condicio iuris* a la que queda supeditada la presentación; en primer término a la acreditación por parte del deudor de la existencia de grupo económico (art. 65, LCQ) por un lado y, por otro, que la misma comprenda a todos los integrantes⁹⁵⁸ que lo conforman.

Es precisamente en este supuesto, en el que se advierten los poderes inquisitorios del juez, al contar con la potestad de decidir si admite el concurso del grupo o, en su caso, lo rechaza por no cumplir el concursado con los requisitos de admisibilidad que exige el art. 65 de la ley concursal⁹⁵⁹.

Otro supuesto, admitido por la legislación concursal, es el que se produce con el concurso del garante, para que tramite juntamente con el del deudor garantido (art. 68, LCQ). Esta petición debe formalizarse dentro del término de treinta días contados desde la última publicación de edictos –correspondientes a los de la apertura del sujeto garantido– en los que el garante deberá efectuar la presentación.

La característica distintiva de este tipo de procesos es que no resulta necesaria la acreditación del estado de cesación de pagos por parte de todos los sujetos peticionantes para poder acceder a la solución preventiva. En ambos casos –concurso del grupo y concurso del garante (art. 68, LCQ)– resulta suficiente con que uno sólo se encuentre en estado de impotencia patrimonial, con la condición de que dicho estado, tenga entidad

⁹⁵⁸ Cfr. RIVERA, Julio César, ROITMAN, Horacio y VÍTOLO, Daniel Roque, *Concursos y Quiebras Ley 24522*, ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, (1995), págs. 116-117.

⁹⁵⁹ «La comprensión de la solicitud de concursamiento a todos los integrantes del grupo, la similitud en el objeto social, la identidad de fuentes de materia prima, así como la unidad de asesoramiento jurídico y contable plasmada en las presentaciones realizadas, son pautas que permiten acreditar la existencia de un grupo económico, a los fines del art. 65 de la ley concursal (Adla, LV-D-4381)». Juz. Nac. de 1ª Inst. en lo Comercial n.º 11, “Hormisur S. A.”, L.L. 1997-A-270, 22/05/1996.

suficiente como para afectar a los demás. La extensión a otros sujetos permitiéndoles solicitar su concurso preventivo cuando no se encuentran en cesación de pagos con la condición de que el estado de uno de ellos pueda afectarlos, es otra preocupación del legislador que ha contado con la aprobación de gran parte de la doctrina nacional, la cual exterioriza el carácter ecuménico de la quiebra.

5.A.3) LOS PEQUEÑOS CONCURSOS. LA REFORMA QUE NO FUE

Intento fallido y paradójico de nuestra legislación concursal, fue la regulación de los pequeños concursos, (art. 288, LCQ), en el que en un vano intento por establecer un trámite diferenciado con el resto de los denominados “mega concurso” o, simplemente, “concurso ordinario”, se terminó legislando de la misma forma el concurso de la gran empresa con el correspondiente al *piccolo imprenditore*.

El art. 288 de la ley concursal establece una serie de requisitos que se tienen que dar en forma indistinta para que exista pequeño concurso: “1) que el pasivo denunciado no alcance la suma de cien mil pesos (\$100.000); 2) que el proceso no presente más de veinte (20) acreedores quirografarios; 3) que el deudor no posea más de veinte (20) trabajadores en relación de dependencia”.

La normativa es clara en cuanto a que debe darse alguno de los tres presupuestos, para que exista pequeño concurso; con lo que podría darse la incongruencia de que un concursado con un pasivo de cien millones sería considerado pequeño concurso, por no presentar más de veinte acreedores quirografarios, con lo que en caso de no arribar a un acuerdo con los acreedores en el trámite del proceso ordinario, se impediría acceder al supuesto de salvataje a través de la propuesta por terceros y que luego de la reforma introducida por ley 25.589 permitiría al deudor renovar las posibilidades de concertar con los acreedores (art. 48, LCQ).

Más allá de estas consideraciones, el problema se presenta en cuanto a los requisitos formales de admisibilidad de la presentación ya que, salvo el recaudo de los inc. 3 y 5 del art. 11 de la ley concursal y la no aplicación a estos supuestos del art. 48 (supuestos especiales, salvataje o *cramdown* criollo [como lo denominara alguna doctrina aforal]), no existe ninguna diferencia entre el concurso de la “mega” empresa y el del

pequeño comerciante de barrio, lo que no permite avizorar las bondades que brindaría a este tipo de sujetos una ley concursal que se dice protectionista. Como refiriera MAFFÍA en relación al instituto «es un procedimiento especial sólo que sin procedimiento»⁹⁶⁰.

De conformidad con la normativa concursal quedarían incluidos en esta categoría: los concursos (preventivos o quiebras) en los que el pasivo es menor a \$100.000; los concursos sin activo; los concursos de personas físicas, tales como: profesionales, asalariados, agricultores, etc., y los pequeños comerciantes⁹⁶¹.

La legislación italiana en su art. 1° de la *legg. falim.* excluye como sujetos susceptibles de ser admitidos a la *procedura del fallimento* como del *concordato preventivo* a los entes públicos y los pequeños emprendedores, salvo que ejerciten una actividad comercial en forma individual o societaria que muestren incluso, alternativamente, que: a) han tenido en los tres años anteriores a la fecha de presentación de la petición de la bancarrota, o del inicio de la actividad si fuera inferior, un total de volumen de negocios anual que no exceda de trescientos mil euros; b) han logrado, por cualquier medio, en los tres años anteriores a la fecha de presentación de la solicitud de quiebra o del inicio de la actividad si fuere de menor duración, ingresos brutos por un total de volumen de negocios anual no superior a doscientos mil euros y c) tienen un importe de deudas, que no exceda de quinientos mil euros.

A su vez, el art. 2083 del *Codice Civile* italiano define al pequeño productor (pequeña empresa), como: “a) el productor directo de los fondos; b) el artesano; c) el pequeño comercio; d) los que ejercen una actividad profesional organizada predominantemente con su trabajo y la familia”. Este repertorio de sujetos, que son considerados por las condiciones de la actividad (normalmente, prestaciones de carácter personal), no son sujetos susceptibles de quiebra en los términos del art. 2221 del *Codice*.

La crítica que podría efectuarse a la legislación italiana, es que esta disposición que excluye del concordato a los pequeños productores, aten-

⁹⁶⁰ MAFFÍA, Osvaldo, *Procedimiento especial, sólo que sin procedimiento especial para los pequeños concursos*, E.D. 165-1226.

⁹⁶¹ Cfr. ALEGRÍA Héctor, *Los llamados “pequeños concursos”*. *Concurso de personas físicas, consumidores, patrimonios reducidos*, L.L. 2005-E-1353.

ta contra el interés del deudor de obtener un congelamiento de las acciones ejecutivas y de conservar la administración de su empresa; el interés de los acreedores de evitar una larga y dispendiosa actividad liquidativa y, el interés público de mantener en vida una empresa que ha conservado un margen de productividad⁹⁶², lo que para la doctrina italiana, es la esencia de las soluciones preventivas.

El art. 304 de la *InsO* alemana regula un régimen especial para pequeños deudores, habilitando a la celebración de acuerdos amistosos entre acreedores y deudor, sobre la base de un plan que ante el fracaso del convenio, en los 6 meses anteriores a la apertura del trámite y dando cuenta de los motivos del fracaso, el *cessatus* deberá acompañar un plan de ajuste de deudas y un inventario de los activos existentes y de los ingresos con una lista de acreedores y sus créditos. El Ministerio Federal de Justicia está autorizado, mediante reglamento, con el consentimiento del *Bundesrat*, a simplificar los procedimientos de insolvencia de los consumidores (art. 305, *InsO*).

Por su parte, la Ley de Salvaguarda de Empresas de Francia (*loi* 845/05) no resulta aplicable a los deudores que son beneficiados por el procedimiento establecido en los artículos 351-1 a 351-7 del Código Rural⁹⁶³, el que permite una solución amistosa a fin de prevenir y resolver las dificultades financieras de las explotaciones agrícolas, mediante la celebración de un acuerdo entre el deudor y sus principales acreedores, el cual se aplica tanto a personas físicas cuanto a jurídicas.

Por otro lado, el *Bankruptcy Code* de los EE. UU. va aún más allá y establece disposiciones para determinados sujetos, *v. gr.* ajuste de deudas de un municipio (*Chapter 9*), ajuste de deudas de productores agropecuarios y de establecimientos familiares con ingresos anuales regulares (*Chapter 12*), ajuste de deudas de una persona física con ingresos regulares (*Chapter 13*), permitiendo que en estos supuestos los mismos, a través de un plan, puedan lograr superar las dificultades económicas o financieras.

La formulación de un plan, de conformidad al análisis realizado en el derecho comparado, aparece como la *condicio* para que el deudor pueda

⁹⁶² Cfr. LO CASCIO, G., *Il Concordato Preventivo*, ed. Giuffrè, Milano, (1997), pág. 99-100.

⁹⁶³ *Loi* 93-934, 22/07/1993, *annexe* JORF 23 juillet 1993.

acceder a los beneficios que confiere la normativa. Esto se diferencia de nuestro sistema, en el que no solamente no existe un plan sino que, tampoco existe diferencia entre el concurso de la “mega” empresa y el pequeño comerciante.

De *lege ferenda* sería conveniente que en una futura reforma se contemple la posibilidad de que el deudor minoritario posea un tratamiento diferenciado, permitiendo de esta forma que el mismo pueda, verdaderamente, acceder a una solución que le permita superar las dificultades. Así, se propone simplificar los recaudos documentales para la presentación concursal; acompañar un plan juntamente con un régimen de administración del pequeño negocio que permita canalizar las negociaciones con los acreedores y prever las inversiones futuras; extender la aplicación del art. 48 al supuesto del pequeño deudor concursado y extender los plazos para la ejecución de garantías reales (art. 24, LCQ) a los fines de que el deudor pueda recuperar capacidad de pago y sortear de esta forma la insolvencia.

5.A.4) INIDONEIDAD DE LA LEY 24.522 PARA TRATAR EL CONCURSO DEL CONSUMIDOR

Los contratos de consumo tienen una marcada incidencia colectiva y tienen un primer punto de apoyo en el art. 42 de la Constitución Nacional⁹⁶⁴, el que menciona entre los derechos que son motivo de amparo: el derecho a la calidad de los servicios públicos, a la educación, a la seguridad, a la salud, a la información y a la protección de sus intereses económicos, entre otros, y pone de relieve la sujeción de los mismos a condiciones de “trato equitativo y digno”.

⁹⁶⁴ Art. 42. “Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en relación al consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno. Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y usuarios. La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control”.

En nuestro país, la ley 24.240 (Adla, 1993-D-4125) siguió los lineamientos de la impronta europea, principalmente España que posee una regulación especial en la materia, por medio de la ley 26 (BOE, 24 julio 1984, núm. 176/1984 [pág. 21.686]), con un ordenamiento tendiente a la protección y defensa de personas físicas o jurídicas en las relaciones de consumo.

Bajo el manto protector de esta nueva normativa se consolidó un nuevo derecho, mucho más tutelar, que no estuvo exento de críticas, al punto que motivó varias reformas. La primera de ellas se plasmó a través de la ley 24.787 (Adla, 1997-B-1340), que modificó el art. 8° que contempló los recaudos para la oferta efectuada mediante sistemas de compras telefónicas, asimismo, modificó los arts. 10 y 25 e incorporó el art. 30 bis, regulando los supuestos de incumplimiento y requisitos que deben acreditar empresas prestatarias de servicios. Otra modificación se llevó a cabo por medio de la ley 24.999 (Adla, 1998-C-2929), en la que se incorporaron innovaciones a los arts. 11, 13, 14 y 40 sobre garantías cuando se comercialicen cosas muebles no consumibles, estableciendo un régimen de solidaridad entre productores, importadores, distribuidores y vendedores por los daños producidos al consumidor por el otorgamiento y cumplimiento de la garantía legal. La última reforma –mucho más reciente– se hizo por medio de la ley 26.361 (Adla, 2008-B-1295), la cual modificó el objeto de la normativa consumeril, admitiendo las adquisiciones de bienes o servicios a título oneroso o gratuito (aspecto, éste último, no considerado en la legislación española), se delimitó el concepto de proveedor, trato digno, modos de rescisión, procedimientos de información, reparación del daño directo y acciones de incidencia colectiva; sin perjuicio, de diversos decretos que regularon situaciones sobre créditos prendarios, publicidad comercial y créditos hipotecarios, entre otros.

Sin lugar a dudas, el sistema se enarbola en la protección o la defensa del contratante más débil en el convenio⁹⁶⁵, esto es, la tutela de aquellas personas que intervienen en la adquisición de bienes para su consumo personal o el de su grupo familiar o social (art. 1°, ley 26.361), adoptando un criterio subjetivo que pone acento en la actuación de la persona que adquiere un bien o servicio.

⁹⁶⁵ Cfr. CROVI, Luis D., *Los consumidores y otros débiles contractuales*, J.A. 2003-I-1154.

STRATTA apunta que, históricamente, han existido partes débiles en los contratos que han recibido protección: *v. gr.* los menores, los dementes, los asalariados, los locatarios, los asegurados o las empresas del tercer mundo. La elencación de individuos pone a las claras la heterogeneidad de sujetos, de realidades y contextos que pueden llegar a presentarse, y la imposibilidad de darle a todos una única respuesta⁹⁶⁶.

Como ha sido aludido por ALEGRÍA «el excesivo endeudamiento del consumidor no incide solamente sobre la persona del deudor sino, generalmente, sobre toda la familia y las consecuencias negativas repercuten en particular sobre los niños»⁹⁶⁷, por lo que la insolvencia, no posee sólo contenido económico, sino esencialmente, social.

Por tales razones, resulta dificultoso que un mismo ordenamiento –en este caso, el concursal– contemple tal gama de principios protectores: el interés de los acreedores; la conservación de la empresa; la conservación de los puestos de trabajo; el interés social; el interés del fallido y, por último, el de los usuarios y/o consumidores que se revela como distinto al de los otros supuestos. A criterio del autor, la legislación debe contemplar en forma separada, tal pluralidad y diversidad de intereses.

De allí que pueda advertirse la necesidad de regular en un sistema independiente del régimen concursal, la protección del consumidor –toda vez que, cuando el deudor se sobreendeuda carece de la capacidad necesaria para generar una renta extraordinaria como puede sucederle a una empresa⁹⁶⁸– quien, ya sea por razones motivadas en la cesación de pagos, dificultades económicas o financieras o, simplemente, a mérito del sobreendeudamiento⁹⁶⁹, pueda acceder a un procedimiento que le permita reestructurar su pasivo y atender sus deudas, sin tener que caer en la aplicación de la ley concursal –aunque, demás está decir, el deudor consumidor

⁹⁶⁶ Cfr. STRATTA, Alicia J., *Apuntes sobre el Proyecto del Código Civil de la República Argentina (Comisión Decreto 685/1995). Su influencia en los contratos*, Publicaciones de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, (2001).

⁹⁶⁷ MIMOLA, A. Carlo, *Per una breve storia della riforma delle procedure concorsuali* en “Crisi Dell’Impresa e insolvenza”, ed. Giuffrè, Milán, (2005), pág. 51 cit. por ALEGRÍA, *op. cit.*, pág. 1353.

⁹⁶⁸ ANCHAVAL, Hugo Alberto, *Los límites de la quita concursal ¿Son recomendables para un consumidor sobreendeudado?*, Sup. CyQ (2008) (octubre), 27; L.L. 2008-E-1339.

⁹⁶⁹ Cfr. KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, *El “sobreendeudamiento” del consumidor y la respuesta del legislador francés*, Acad. Nac. de Derecho (2008), junio, 1.

es sujeto de concurso y el ordenamiento comprende tanto a la gran empresa como a la maestra, el taxista o el jubilado (art. 2, LCQ)— por lo que existirían fundadas razones para justificar esta posición:

a) En primer lugar, la ley concursal tiende a proteger una multiplicidad de intereses: interés de los acreedores, interés del fallido, interés público; mientras que la Ley de Defensa del Consumidor (LDC) apunta a un fin protectorio puntual que está dado por la relación iniciada por el vínculo jurídico entre el proveedor y el consumidor o usuario (art. 3, ley 26.361). No se regulan las relaciones entre deudor consumidor y acreedores;

b) Tal como reza autorizada doctrina, en Francia se enseña que “los procedimientos concursales aplicables a las empresas tienen un fin económico, cuál es mantener la actividad y la fuente de trabajo; en cambio, los procedimientos relativos al sobreendeudamiento de los particulares tienen un objetivo humanitario”⁹⁷⁰, lo que permite advertir las diferencias entre ambos sistemas protectorios;

c) La ley ley 24.522 admite la apertura del concurso o declaración de falencia, una vez que se encuentra acreditado el presupuesto objetivo de admisibilidad de la petición —cesación de pagos— (art. 1º, LCQ). En el caso del consumidor, el sobreendeudamiento⁹⁷¹ y la imposibilidad de incumplir con sus obligaciones, haría procedente un acuerdo de reestructuración de pasivos sin tener que esperar a la cesación de pagos, cuando tal estado, probablemente, impida atender las obligaciones futuras del deudor, sin tener que incurrir en un procedimiento liquidativo. No debe perderse de vista, que se encuentra —actualmente— en discusión en la doctrina nacional la posibilidad de acceder al proceso concursal del deudor sin activo que depende sólo de su sueldo⁹⁷²;

⁹⁷⁰ PETEL, Philippe, *Surendettement des particuliers et difficultés des entreprises*, en “Liber amicorum Jean Calais Auloy”, Etudes de droit de la consommation, Paris, ed. Dalloz, (2004), pág. 837 cit. por KEMELMAJER DE CARLUCCI, *idem*.

⁹⁷¹ El término no ha sido acuñado por la Real Academia Española, pero podría aceptarse, en términos económicos, como “el estado de carácter permanente en que se encuentra el consumidor que a consecuencia de la excesiva adquisición de bienes y/o servicios, al contado o a plazo, se encuentra impedido de hacer frente a sus obligaciones exigibles, a través de sus ingresos habituales o potenciales, razonablemente”. El concepto me pertenece.

⁹⁷² Sobre estas posiciones puede verse RASPALL, Miguel y PEREYRA, Alicia, *Rechazo de pedidos de propia quiebra de empleados públicos. Quiebras sin activo. Limpieza de suelo. Apela-*

d) El concurso posee institutos típicos que en el caso del consumidor o usuario, tornarían más gravosa su situación económica, imposibilitando el pago de sus deudas: 1) gastos para efectuar la presentación concursal, 2) gastos para la publicación de edictos, 3) verificación de créditos, inaplicabilidad del fuero de atracción a los procesos de conocimiento o juicios laborales (art. 21, LCQ), 4) honorarios profesionales, etc. El consumidor requiere de un procedimiento más ágil y efectivo que permita, verdaderamente, que pueda pagar a sus acreedores y que ello –excúseseme la expresión coloquial– no se convierta en una mera expresión de deseos, atendiendo a la protección del consumidor pero también adecuadamente del crédito;

ción, en Doc. Societaria y Concursal, n.º 247, Junio (2008), pág. 537; DE LAS MORENAS, Gabriel, *Rechazo de quiebra voluntaria por ausencia de activos. Una polémica vigente. ¿Existe un derecho a quebrar? ¿Es ejercitable ese derecho por las personas de escasos recursos?*, L.L. 2008-E-1347; PEREYRA, Alicia, *Los procesos concursales en los que el deudor manifiesta no poseer activos liquidables: sólo cuenta con su sueldo*, Rev. de Derecho Concursal, n.º VI, pág. 191-192. Una de las sentencias mencionadas por la autora, emanada de la titular del 3º Juzgado de procesos concursales del 4/4/2005, puede compulsarse en Actualidad jurídica de Mendoza, n.º 26, 2005, pág. 1663. La cuestión también gira en torno a la posibilidad de declarar abusivo, o incluso fraudulento, el concurso petitionado por el deudor con la finalidad de que, una vez transcurrido el plazo de la inhabilitación, se levanten los embargos y descuentos sobre el sueldo y se extingan esas deudas (para esta cuestión, ver entre otras sentencias, CNCom., sala C, 20/6/2007, J.A. 2007-IV-58); compulsar también MICELLI, María I., *El insoluble problema de la desnaturalización de la quiebra voluntaria*, L.L. Litoral 2008-1069; de la misma autora, *Un límite necesario al uso antifuncional de la quiebra voluntaria*, L.L. 2007-1235. A favor de la presentación existe un fallo que admite la presentación de un deudor que revele un patrimonio insuficiente. Ver Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial, Neuquén, 17/02/09, autos caratulados: "Foitzick, Pereira Leonardo s/concurso preventivo" (Expte. 376.726/08), registrado al n.º 3, Tº I, Fº 6/9. Allí se sostuvo, lo siguiente: «Debe revocarse la resolución que rechazara la apertura del concurso preventivo del deudor –trabajador en relación de dependencia– con fundamento en que la presentación 1º) no especifica el trabajo, oficio o profesión, ni lugar de desempeño; 2º) no se mencionan las causas de la cesación de pagos, ni el destino de los bienes cuya adquisición generaron las deudas ni de los mutuos contraídos; 3º) a la exigencia de acompañamiento del legajo correspondiente a cada acreedor, se limita a adjuntar hojas con los nombres de ellos, sin cumplir con lo exigido por el art. 11 inc. 5º, de la LCQ pues, encuadrándose el supuesto en lo previsto por el art. 288 y subsig. de la normativa citada, tratándose de no comerciantes, personas físicas, deben flexibilizarse los requisitos formales de la petición, para que el deudor acotado pueda acceder al régimen especial predispuesto a fin de asegurar la "par condicio" ante la insuficiencia patrimonial para afrontar las deudas asumidas, lo que se prevé en interés tanto del deudor como de los acreedores insatisfechos» (inédito). La cursiva no se encuentra en el original.

e) La utilización de la figura del APE, tampoco se revelaría útil. El deudor debe reunir un mínimo de capital y personas para homologar un acuerdo preventivo extrajudicial de la misma forma que en un supuesto de concurso preventivo. En el caso del consumidor deberían considerarse otro tipo de mayorías que permitan el pago en ciertas condiciones más equitativas;

f) La ley de quiebras establece el *dies ad quem* del término para la prescripción de todo crédito contra el deudor (art. 56, LCQ) fijado en dos años desde la presentación concursal. Este plazo es distinto que el que tiene previsto la ley de defensa del consumidor, para reclamar las obligaciones que nacen del contrato de consumo (art. 50, t.o. ley 26.361). En este último supuesto, las acciones judiciales, administrativas y las sanciones emergentes de la ley 24.240 prescriben en el término de tres años. Existiría contraposición de normas de orden público que tutelan intereses distintos.

El problema que se plantea con el vencimiento de los términos para reclamar un derecho es que, en caso de concurso, se atiende a la protección de una universalidad de sujetos, entre los que pueden existir proveedores o bien, simplemente, acreedores de cualquier naturaleza: fiscales, laborales, por servicios, etc. En cambio, en las relaciones de consumo, el plazo rige para las acciones o reclamos administrativos o judiciales que devengue en exclusividad la utilización de bienes o servicios por parte del usuario o consumidor o su grupo familiar, como destinatario final, sin contemplar otro tipo de situaciones.

La ley 24.522, a pesar del esfuerzo en vano realizado para diferenciar al mega concurso o concurso ordinario, del pequeño concurso de acreedores (art. 288 y 289, LCQ) y esa imperceptible licencia concedida al deudor: 1) inexigibilidad de los dictámenes previstos en el art. 11, incs. 3° y 5° de la LCQ, para la presentación; 2) innecesariedad de constitución de los comités de acreedores; 3) inaplicabilidad del salvataje o *cramdown* argentino (art. 48, LCQ); y 4) contralor del acuerdo a cargo del síndico, si el deudor no optó por constituir comité de acreedores (“comité de control”), controlador del cumplimiento del convenio; no ha logrado imponer un sistema singular de tratamiento para la gran empresa, de otro diferenciado y hasta simplificado para el pequeño empresario o la pequeña y mediana empresa (PyME).

El art. 59 de la Ley de Defensa del Consumidor⁹⁷³, prevé la constitución de tribunales arbitrales para resolver las controversias que se susciten en las relaciones de consumo. De la aludida disposición puede advertirse que el espíritu del legislador ha sido someter las cuestiones relativas al consumo, no a la justicia ordinaria sino al juicio de árbitros (art. 1º, Decreto 276/1998, P.E.N.)⁹⁷⁴ con una peculiaridad, las controversias que se originen por diferencias entre usuarios y/o consumidores con proveedores serán decididas –en caso de someterse al arbitraje– sobre la base de la equidad (art. 1º, Decreto 276/1998, P.E.N.)⁹⁷⁵ y ésta me parece que es la nota distintiva entre los procesos concursales (en los que la igualdad de trato de los acreedores aparece menguada) y el principio que rige en materia de defensa del consumidor.

Cuando hablamos de principios tenemos la sensación –por lo menos, a primera vista– que los conceptos de justicia, igualdad y equidad son idénticos, o bien, no hay razón alguna para establecer diferencias, lo cual sería erróneo⁹⁷⁶. En primer término, la justicia es una virtud y la igualdad es un aspecto de la justicia. Incluso, hay desigualdades que se aceptan como justas o cuanto menos, no injustas.

ARISTÓTELES en la “Ética” a Nicómaco concibe la equidad como una corrección de la generalidad de la ley: esto es, como una especie de justicia mejor que la legal, porque ésta, dada su generalidad, no puede ade-

⁹⁷³ Art. 59: “La autoridad de aplicación propiciará la organización de tribunales arbitrales, que actuarán como amigables componedores o árbitros de derecho según el caso, para resolver las controversias que se susciten con motivo de lo previsto en esta ley. Podrá invitar para que integren estos tribunales arbitrales, en las condiciones que establezca la reglamentación, a las personas que teniendo en cuenta las competencias, propongan las asociaciones de consumidores y cámaras empresarias. Regirá el procedimiento del lugar en que actúa el tribunal arbitral”.

⁹⁷⁴ Art. 1. “Créase el sistema nacional de arbitraje de consumo que tendrá como finalidad atender y resolver con carácter vinculante y produciendo idénticos efectos a la cosa juzgada, para ambas partes, las reclamaciones de los consumidores y usuarios, en relación a los derechos y obligaciones emergentes de la ley 24.240 y sus modificatorias, y de toda ley, decreto y cualquier otra reglamentación que consagre derechos y obligaciones para los consumidores o usuarios en las relaciones de consumo que define la ley citada”.

⁹⁷⁵ Art. 7. “Los árbitros decidirán la controversia planteada según equidad. Si las partes optaren expresamente por un arbitraje de derecho, todos los árbitros que conformen el Tribunal Arbitral de Consumo deberán poseer título de abogado y reunir además los otros requisitos que la autoridad de aplicación establezca para ser árbitro”.

⁹⁷⁶ Cfr. RAWLS, John, *Justicia como equidad*, ed. Tecnos, Madrid, (1999), pág. 78.

cuarse a todos los casos posibles que se hallan implícitos en la norma que enuncia la ley⁹⁷⁷.

La equidad («*fairness*») está en relación con el debido trato entre personas que están cooperando o compitiendo unas con otras, como cuando se habla de juegos equitativos (*fair games*), competencia leal (*fair competition*) y negociaciones honestas (*fair bargains*)»⁹⁷⁸.

Desde esta perspectiva, la equidad se presenta a sí misma como distinta de la justicia, opuesta a ella y hasta superior a ella, por lo que las soluciones que permitiría arribar a través de los tribunales arbitrales podrían ser mejores que las que permitiría alcanzar un acuerdo concursal, bajo el prisma de la ley 24.522⁹⁷⁹.

El “bien común”, “la razonabilidad”, “la equidad”, “la buena fe” son principios que no tienen en términos normativos reconocimiento expreso por parte del creador de la ley, pero sirven como dispositivos rectores, que ayudan al juez en la toma de decisiones. En supuestos de consumo «frente a la generalidad de la ley, es probable que los usos comerciales o la finalidad supracontractual requieran la flexibilización de los términos literales o que las partes no hayan previsto todas las vicisitudes posibles, en especial, aquéllas que se originen en otros contratos vinculados. Frente

⁹⁷⁷ ROSS, W. D., *Aristóteles*, (trad. de Diego F. Pró), (2ª edición), ed. Charcas, Bs. As., (1981), pág. 251.

⁹⁷⁸ «La cuestión de la equidad surge cuando personas libres que carecen de autoridad las unas sobre las otras se embarcan en una actividad conjunta y establecen o reconocen entre ellas las reglas que definen esa actividad y que determinan las respectivas cuotas en los beneficios y cargas. Una práctica parecerá equitativa a las partes si ninguno siente que, por participar en ella, él o alguno de los demás está sacando ventaja, o está siendo forzado a ceder ante pretensiones que no considera legítimas. Una práctica es justa o equitativa, pues, cuando satisface los principios que los que en ella participan podrían proponerse unos a otros para su mutua aceptación ... Las personas embarcadas en una práctica justa, o equitativa, pueden mirarse unas a otras abiertamente y defender sus respectivas posiciones –si parecieran cuestionables– por referencia a principios que es razonable esperar que cada uno acepte. Es esta idea de la posibilidad de mutuo reconocimiento de principios por personas libres que carecen de autoridad las unas sobre las otras la que hace que el concepto de equidad sea fundamental para la justicia. Sólo si semejante reconocimiento es posible, puede haber verdadera comunidad entre personas en el marco de sus prácticas comunes; de otro modo, sus relaciones parecerían fundadas en alguna medida en la fuerza». RAWLS, *op. cit.*, pág. 90.

⁹⁷⁹ Cfr. GUIBOURG, *op. cit.*, pág. 191.

a estos casos el juez utiliza la equidad en clave aristotélica y procura por ella interpretar, fielmente, la intención común de las partes»⁹⁸⁰.

La realidad normativa de la ley es sólo un sector del derecho y, como lo expresa LEGAZ Y LACAMBRA⁹⁸¹ éste no vive en la forma de proposición normativa, que sólo es un concepto, ni vive tampoco sólo como mandato del legislador; el derecho vive como realidad de la vida humana en su dimensión social que, en cuanto social es normativa, pero como vida transcurre en el ámbito existencial⁹⁸².

La equidad «no es distinta de la justicia (cualquiera que sea el contenido que se atribuya a este término), ni opuesta ni mejor que ella; sólo es distinta de la ley, a la que contribuye a atemperar (es decir, a interpretar o modificar para un caso, en consonancia con la justicia). Es la confusión entre justicia y ley la que ha provocado –entre otros inconvenientes mayores– la embarazosa posición de la equidad, y también, la que ha generado la idea de definir la equidad como la justicia del caso particular, ya que es en los casos individuales de aplicación de la ley donde se ejerce, más allá de la ley o aun contra ella, el poder normativo de los jueces»⁹⁸³.

De estas ideas puede concluirse que la respuesta que brinda la equidad es más precisa que la que ofrece el ordenamiento jurídico⁹⁸⁴. La superioridad de la equidad permite suplir la omisión del legislador que no tuvo en cuenta el caso inédito o nuevo, de tal manera que, si se le aplica aquella solución legal justa en general, se genera un resultado concreto injusto⁹⁸⁵.

Las leyes hacen justicia por un camino deductivo: mientras que la equidad lo logra mediante procesos inductivos. Por lo demás, esa contraposición entre justicia y equidad es sólo aparente, putativa: la falsa anti-

⁹⁸⁰ ÁLVAREZ, Georgina I., *La equidad en los contratos de consumo: máxima de protección*, D.J. 2002-3-433.

⁹⁸¹ LEGAZ Y LACAMBRA, Luis, *Filosofía del derecho*, ed. Bosch, Barcelona, (1953), pág. 199.

⁹⁸² Cfr. BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, *Función de la equidad en la realización de la justicia*, L.L. 1990-E-628, “Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales”, t. I, pág. 261; RCyS (2006), pág. 1396.

⁹⁸³ GUIBOURG, *op. cit.*, pág. 192.

⁹⁸⁴ Cfr. VIGO, Rodolfo L., *Los principios jurídicos*, ed. Depalma, Bs. As., (2000), pág. 196.

⁹⁸⁵ *Ibidem*.

nomia se supera en cuanto advertimos que ambas convergen hacia un mismo ideal: el del trato igualitario⁹⁸⁶.

Para la jurisprudencia romana clásica el derecho (*ius o aequum*) equivale a lo justo a discernir en cada caso (*ipsa iusta res*)⁹⁸⁷. Equidad “es aquella parte de la justicia legal que nos induce a la no aplicación de aquellas normas que implican consagrar una injusticia grave y evidente”⁹⁸⁸. Como expresaba CICERÓN: *summum ius, summa iniuria*. Un derecho extremo, puede conducir a una injusticia extrema⁹⁸⁹.

Formulados estos conceptos, podría adelantarse que a través del juicio de equidad podrían concederse mayores o menores ventajas a un grupo indeterminado de sujetos que frente a otro formulan una pretensión, sin las ligaduras a las que los somete la ley concursal: *v gr.* presentación de propuestas por categorías, hacer pública la propuesta en el expediente (art. 43, LCQ), mayorías para la celebración del acuerdo, mínimo o máximo de quita⁹⁹⁰, entre otras. Apelar a la utilización de tribunales arbitrales que atiendan el endeudamiento del consumidor, se presenta como una sana solución al problema de los usuarios, aunque se advierte la existencia de serios inconvenientes para lograr superar un estado de sobreendeudamiento o imposibilidad de pagos por la inexistencia de normas reguladoras de un proceso autónomo que contemple al consumidor, no ya frente al proveedor (art. 2º, ley 26.361) sino, frente a una comunidad de sujetos con interés creditorio.

El art. 134 de la ley 24.522⁹⁹¹ reconoce la preexistencia de los tribunales arbitrales y la inaplicabilidad del fuero de atracción, lo que ha sido

⁹⁸⁶ Cfr. AFTALION, Enrique R. - GARCÍA OLANO, Fernando y VILANOVA, José, *Introducción al Derecho*, (9ª edición), ed. Coop. de Derecho y Ciencias Sociales, Bs. As., (1972), pág. 191.

⁹⁸⁷ RABBI-BALDI CABANILLAS, Renato, *Actualidad sobre la jurisprudencia “De equidad” en la Corte Suprema de Justicia*, L.L. 1999-F-1148.

⁹⁸⁸ MASSINI, Carlos I., *El juicio de equidad en el sistema jurídico argentino*, en E.D. 83-836.

⁹⁸⁹ REZZÓNICO, Juan Carlos, *Principios fundamentales de los contratos*, ed. Astrea, Bs. As., (1999), pág. 344.

⁹⁹⁰ Cfr. C.S.J.N., “Arcángel Maggio S.A. s/conc. prev.”, L.L. 2007-C-38, con nota de CASADÍO MARTÍNEZ, Claudio A.; L.L. 2007-C-565, con nota de JUNYENT BAS, Francisco; L.L. 2007-F-657, con nota de RASPALL, Miguel A., L.L. 2008-A-217.

⁹⁹¹ Art. 134. *Cláusula compromisoria*. “La declaración de quiebra produce la inaplicabilidad de las cláusulas compromisorias pactadas con el deudor, salvo que antes de dictada la sentencia se hubiere constituido el tribunal de árbitros o arbitradores. El juez puede autorizar al síndi-

convalidado en épocas de vigencia de la ley 24.522 (t.o. 1995) por la Corte Suprema⁹⁹², hipótesis aplicable tanto al concurso preventivo, cuanto a la quiebra.

Pero, el sometimiento a un laudo arbitral a los efectos de atender el interés de un grupo de sujetos (acreedores) a través del “compromiso” que asumiría el deudor en dicho proceso, se distancia de la normativa concursal y está condicionado a la libertad de sometimiento voluntario, a reglas claras preestablecidas en un ordenamiento que debería dictarse a esos efectos, a la aceptación del compromiso arbitral por causas distintas a la objetiva para el concurso o quiebra (cesación de pagos), a la posibilidad de requerir la quiebra con posterioridad, si el compromiso es incumplido, a la equidad de trato entre los acreedores de acuerdo a las reales posibilidades de pago del deudor, plazo acotado de negociación, entre otros presupuestos, presupuestos éstos que se distancian de las disposiciones que contiene la normativa concursal.

El INSOL (*International Association of Restructuring, Insolvency & Bankruptcy Professionals*)⁹⁹³, organismo internacional dedicado al estu-

co para que en casos particulares pacte la cláusula compromisoria o admita la formación de tribunal de árbitros o arbitradores”.

⁹⁹² C.S.J.N., “Energomarchexport S.A. c. Establecimientos Mirón S.A.”, 11/7/96, E.D. 173-494; L.L. 1997-A-7. Cfr. C.S.J.N., “Bear Service S.A. c. Cervecería Modelo S.A. de C.V.”, D.J. 2005-2-794, L.L. 2005-D-158, con nota de Julio César RIVERA. En dicho pronunciamiento, el máximo tribunal sentenció: “La sola apertura del concurso preventivo de una de las partes no impide la constitución del tribunal arbitral cuya competencia ha sido pactada en una cláusula compromisoria -en el caso, inserta en un contrato de importación-, pues de lo contrario una de las partes podría pedir su concurso preventivo para sustraerse de la jurisdicción que libremente acordó con la otra, lo cual implicaría admitir un abuso del derecho a los beneficios del concurso preventivo y una desviación de su propio fin” (consid. 5º). “Que el art. 134 de la ley de concursos -numeración correspondiente a la ley 24.522- tiene carácter de norma específica en su relación con el art. 21 y también con el art. 132 de aquel ordenamiento. El art. 134 se refiere expresamente al arbitraje en la quiebra, que es el concurso con las mayores interferencias jurisdiccionales, pues aquí el deudor es desposeído y sus bienes están destinados a la liquidación judicial. Pero aun en esa hipótesis, el art. 134 respeta el juicio arbitral si se hubiese constituido el tribunal de árbitros o arbitradores antes de la declaración de quiebra. Ello significa que aun hallándose en trámite un concurso preventivo puede constituirse el tribunal arbitral antes del auto de quiebra y, si así se constituye, el art. 134 respeta su competencia para entender en el asunto aun después de declarada la quiebra” (consid. 4º, fundamento de Fallos: 311:2223 y 319:1287, voto de los jueces BOGGIANO y VÁZQUEZ).

⁹⁹³ *Costumer Debt Report, Insol Internacional*, mayo (2001), disponible en la *world wide web* en <http://www.insol.org/pdf/consdebt.pdf>. (acceso del 13/06/09).

dio de la insolvencia en todos los países, en el mes de mayo del año 2001, entendió que la cuestión relativa al endeudamiento del consumidor 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, discharge*);
- 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.

A este decálogo de pautas, podría incorporarse: la de solución para el deudor de “buena fe”, por cuanto, resulta razonable admitir que no todos los que se sobreendeuden para no pagar sus deudas tienen derecho a obtener un procedimiento que les otorgue beneficios o liberaciones, sin tener que pagar los costos por su actuación.

Resulta importante resaltar las diferencias existentes entre derechos de los consumidores y usuarios de bienes y servicios (art. 1º, ley 24.240), y las negociaciones que éstos mantienen con acreedores por deudas contraídas por sobreendeudamiento. En Inglaterra, por ejemplo, existe un cierto reconocimiento acerca de que la ley de insolvencia necesita adaptarse y reflejar las transformaciones descriptas en los apartados anteriores. Esto se deriva de la preocupación actual de que los sistemas, muy bien equipados para tratar las empresas, no son apropiados para hacer frente a los deudores de consumo, muchos de los cuales, tienen pocos o ningún activo. En consecuencia, los políticos británicos están desarrollando más los enfoques orientados al consumidor⁹⁹⁴.

Los límites de quita concursal impuestos por alguna doctrina judicial⁹⁹⁵, atentarían contra las necesidades del deudor consumidor y de sus acreedores de arribar a otro tipo de soluciones frente a quien, únicamente, tiene para repartir migajas: el deudor de “buena fe” pagará lo que puede

⁹⁹⁴ Cfr. OMAR, Paul J., *International Insolvency Law, Themes and Perspectives*, Sussex Institute, University of Sussex, ed. Ashgate, UK, (2008), pág. 137.

⁹⁹⁵ Ver CNCom., sala C, “Línea Vanguard S.A.”, L.L. 2002-A-394, con nota de Julio César RIVERA; C.S.J.N., “Arcángel Maggio S.A. s/conc. prev.”, L.L. 2007-C-560.

(en términos reales) y restablecerá a cero su deuda (*fresh start*), para permitirle de esta manera reencausarse en el mercado; economía de gastos y tratamiento equitativo, serían las piezas musicales para una ópera que es difícil de armonizar, no se sabe quien la va a interpretar, no tiene acompañamiento instrumental y, para colmo de males, los actores no poseen ningún libreto.

Las reflexiones precedentes permiten advertir que estamos en presencia de un supuesto al cual, si bien, le es plenamente aplicable la ley concursal –ya que acreditada que fuere la cesación de pagos y siendo persona física, el deudor (sociedad comercial, empresa o, simplemente, el maestro o el policía) puede recurrir al concurso preventivo o la quiebra–, no deja de tener aristas que tornan admisible una legislación especial, menos costosa y más ágil, que contemple las especiales circunstancias en que es colocado el deudor consumidor frente a una comunidad de acreedores.

Debe mencionarse que, en caso de quiebra del deudor consumidor, los bienes deben ser realizados sin más trámite (arts. 88 inc. 9° y 203, LCQ) y, en este supuesto, el deudor pierde la posibilidad de realizar cesión de bienes a los acreedores, como sucede en la hipótesis de concurso preventivo (art. 43, párr. 2°, LCQ), por lo que debería admitirse un criterio amplio de liquidación de bienes del activo que contemple incluso, esta posibilidad. Nuestro sistema normativo (ley 24.522) ha establecido un procedimiento cerrado de liquidación de los bienes del activo (art. 204, LCQ), lo que ciertamente atenta contra la libertad que pueden tener los sujetos interesados en proponer otras formas de realización.

Apostillando, la Ley Concursal española establece –en el Capítulo VII de la “Exposición de motivos”– un sistema flexible tendiente a que los acreedores, juntamente con la administración concursal y el deudor, propongan la forma de liquidación⁹⁹⁶ de los bienes integrantes del activo sobre la base de un plan para la realización de bienes y de-

⁹⁹⁶ La ley concursal española admite un procedimiento elástico a la hora de realización de los bienes, el cual se refleja en el plan de liquidación preparado por la administración concursal y sobre el que pueden formular observaciones el deudor y los acreedores en forma previa a su aprobación por el magistrado. La ley hace hincapié en la continuidad y conservación de las empresas o unidades productivas de bienes o servicios. Cfr. “Exposición de motivos”, punto VII, Ley Concursal de España n.º 22.

rechos, contemplando la enajenación en conjunto de establecimientos, explotaciones, etc. (art. 148, LCE), este plan de liquidación quedará a disposición de los interesados, pudiendo inclusive los trabajadores formular observaciones, las que deberán ser efectuadas a través de sus representantes.

De *lege lata*, debe entenderse que el proceso de liquidación establecido en el Capítulo VI del Título III de la Ley 24.522, no representa el único medio apto para la liquidación del activo falencial, ni atenta contra el orden público o el interés público admitir otras formas de realización del activo (sobre todo, cuando no existe el elemento “empresa” en su composición), pudiendo consistir inclusive en acuerdos de pago que impidan, de una u otra forma, la venta de los bienes en cualquiera de sus hipótesis, conforme lo tiene previsto el ordenamiento falencial (art. 204, LCQ).

La liquidación de los bienes debe hacerse de la forma más conveniente para el concurso, esto es, para los interesados en su disposición, admitiéndose que sobre el particular, el legislador ha previsto diversas alternativas previas a la fase liquidativa; debiendo entenderse que la anotada en la ley: venta de bienes mediante subasta judicial (art. 208, LCQ), no reviste carácter unitario, por lo que no cabe caer en esa única solución, para satisfacer el interés de los acreedores; teniendo como mira el interés de los acreedores.

De *lege ferenda* se propone modificar el procedimiento liquidativo establecido en la ley de quiebras y admitir un criterio amplio de liquidación a propuesta de los interesados, que contemple en forma prioritaria, la mejor satisfacción del interés de los acreedores frente a un patrimonio que se revela impotente para atender a todos los compromisos asumidos por el *cessatus*.

5.A.5) DEUDORES IMPEDIDOS DE RECURRIR AL PROCESO FALENCIAL *MOTU PROPRIO*

De conformidad con lo que se desprende del art. 2 de la ley concursal y lo dispuesto en leyes especiales, existen algunos sujetos que no se encuentran habilitados para peticionar su concurso preventivo o requerir la declaración de su quiebra. Así, por ejemplo: las agrupaciones de colaboración empresaria, la sociedad accidental (art. 361, LSC), las uniones



transitorias de empresas (art. 377, LSC), las sociedades del Estado reguladas por ley 20.705 (art. 5º, Adla, XXXIV-C-2018), los consorcios de cooperación (art. 2 ley 26.005; Adla, 2005-A-80) las asociaciones que no se hubieren constituido por escritura pública (art. 46 Cód. Civ.), la sociedad conyugal⁹⁹⁷, salvo que los esposos formen parte de una sociedad comercial (art. 27, LSC).

En el caso del art. 2 *in fine* de la ley de bancarrotas, se advierte cada vez más su reducido ámbito de excepciones: *v. gr.* la Ley Orgánica de Mutuales (Adla, 1973-B-1477) fue modificada por la ley 25.374 (Adla, 2001-A-26) que en su artículo 1º muda el criterio contenido en el viejo art. 37 y establece que las mutuales quedan comprendidas en el régimen de la ley 24.522; la ley del Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones 24.241 (Adla, 1993-D-4135) fue modificada por ley 26.425 (Adla, 2009-A-40) que crea el Sistema Integrado Provisional Argentino, que elimina el régimen de capitalización, con lo que se conforma un único sistema de reparto, con lo que habiéndose transferido los recursos que integraban las cuentas de capitalización, las sociedades que funcionaban bajo el régimen de la citada normativa (art. 72, ley 24.241) quedarían incursas en causal de liquidación (art. 94 inc. 4º, LSC), lo que debería ser resuelto –en principio– por la misma autoridad de control (art. 71, ley 24.241) aunque no se trate de una causal prevista en la citada normativa.

Más allá de consideraciones sobre este último supuesto (Administradoras de Fondos de Jubilaciones y Pensiones), lo cierto es que a futuro, estas sociedades están en vías de desaparición con lo que se produciría una abrogación por desuetudo de la última parte del art. 2 de la ley concursal, por lo menos, mientras dure su redacción actual, hasta su modificación.

La única disposición que quedaría vigente en el texto positivo, sería la relativa a la exclusión de la aplicación de la ley concursal a compañías de seguros (Ley de Entidades de Seguros y su Control 20.091, Adla,

⁹⁹⁷ Ha sido mencionado por parte de la doctrina judicial que «no cabe asignar a la sociedad conyugal la calidad de persona de existencia ideal de carácter privado –previsto en el art. 2º de la ley de concursos y quiebras (Adla, LV-D, 4381)– para ser sujeto de los concursos, pues nos sería dicho ente, sino cada uno de los cónyuges individualmente quienes aparecerían como verdaderos titulares de los bienes, créditos y deudas que integran el o los patrimonios que se pretenden someter a la situación concursal». Juz. Procesos Concursales y Registros n.º 3 de Mendoza, “Lentini, Carlos A. y otra s/conc. prev.”, L.L. 1999-E-924, (41.949-S).

1973-A-150), para la liquidación de las entidades aseguradoras, cuando la autoridad de aplicación dispusiere la revocación para funcionar. Es dable remarcar, que estas sociedades no pueden concursarse ni peticionar su declaración de falencia (art. 51, 2º párrafo), quedando sujetas a la decisión de la autoridad de contralor.

El artículo 2º excluye, asimismo, las personas reguladas por leyes especiales. Dentro de estos sujetos quedan comprendidos los normatizados por la ley 21.526 (Adla, 1977-A-121) que sistematiza el régimen de funcionamiento de las entidades financieras. En este caso, los bancos no pueden solicitar la formación de su concurso preventivo ni pedir su propia quiebra, ni ser declaradas en quiebra a pedido de terceros (art. 49, LEF)⁹⁹⁸, las que deberán poner en conocimiento del Banco Central de la República Argentina, las causales que justifican solicitar la revocación de la autorización para funcionar como entidad financiera (art. 43, LEF). Todas estas cuestiones relativas al concurso o la celebración de un acuerdo extrajudicial con efectos *erga omnes* por parte de las entidades financieras (art. 69, LCQ), es un tema que ha tenido especial repercusión en la doctrina⁹⁹⁹ y la judicatura nacional¹⁰⁰⁰, siendo mayoritaria la posición en contra de la admisión de las entidades financieras a la utilización de un instrumento concursal (concurso preventivo o APE) para la solución de la crisis.

⁹⁹⁸ Resulta de absoluta actualidad el pronunciamiento emitido por el máximo tribunal nacional *in re* “Banco Hipotecario S.A. s/acuerdo preventivo extrajudicial”, en el que la Corte denegó la presentación por parte de una entidad financiera de un APE para homologación. Ver C.S.J.N., Fallos: 2177:XLII, 22/02/2011.

⁹⁹⁹ JUNYENT BAS, Francisco y MOLINA SANDOVAL, Carlos, *Crisis e insolvencia de entidades financieras*, Rubinzal Culzoni, Bs. As., (2001), pag.197/202; VILLEGAS, Marcelo, *Una visión financiera del derecho de la insolvencia. La reestructuración de la deuda privada* en “Acuerdo Preventivo Extrajudicial”, Suplemento Especial de la revista La Ley, L.L. 2004, pág. 22.; ZANNI, Gabriel A. - ROBLEDO, Néstor D., *Entidades financieras, APE y supervisión bancaria*, L.L. 2006-E-430. Artículo que comenta el fallo de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial en la causa “Banco Hipotecario s/acuerdo preventivo extrajudicial”, sala D, 28/04/2006; MAFFÍA, Osvaldo J., *Acuerdo preventivo extrajudicial: ¿la confesión a favor es contra se pronuntiatio?*, E.D. 209-689, entre otros.

¹⁰⁰⁰ Entre los antecedentes nacionales, se pueden consultar los fallos en las causas: “Banco Suquía s/conc. prev.”, Juzgado de 1ª Inst. en lo Civil y Comercial de 13ª Nominación de Córdoba, 23/10/2002, L.L. 2003-C-766; “Banco de Entre Ríos S.A. s/conc. prev.”, Juzgado de 1ª Inst. en lo Civil y Comercial N° 4 de Paraná, 16/10/2002, E.D. 201-300 - L.L., 2003-C-746; “Banco Bisel S.A. s/conc. prev.”, Juzgado de 1ª Inst. de Distrito en lo Civil y Comercial de 9ª Nominación de Rosario, 01/11/2002, L.L. 2003-C-760.

Más allá de posturas apodícticas en pro o en contra del concurso de las entidades financieras, las modernas legislaciones mantienen la prohibición para requerir el concurso preventivo o la declaración de quiebra de ciertos sujetos de derecho que por razones de política de Estado, están exceptuadas de la aplicación de las leyes de bancarrotas.

Subsisten algunos sujetos que no se encuentran habilitados para petitionar su concurso preventivo, por cuanto no son, llanamente, sujetos de derecho. Este es el caso de las sociedades que no son reconocidas como personas en los términos del art. 31 del Código Civil, por lo que detentan una prohibición expresa para concursarse, como la sociedad accidental o en participación (art. 361, LSC), las agrupaciones de colaboración (art. 367, LSC), las uniones transitorias de empresas (art. 377, LSC) y los consorcios de cooperación creados por ley 26.005 (Adla, 2005-A-80), sobre los que pesa una importante discusión doctrinaria¹⁰⁰¹.

5.A.6) EL CASO DE LOS SOCIOS CON RESPONSABILIDAD ILIMITADA

La reforma de la ley concursal en el año 1995 contempló diversos supuestos en cuanto a los sujetos que pueden requerir su concurso preventivo y amplió el elenco permitiendo que puedan efectuar una presentación aquellos que, inclusive, sin encontrarse en estado de cesación de pagos, puedan tramitar su concurso conjuntamente con el del deudor: es el caso del concurso por agrupamiento (art. 65, LCQ) y el del concurso del garante (art. 68, LCQ).

El art. 160 de la ley concursal dispone que “la quiebra de la sociedad importa la quiebra de sus socios con responsabilidad ilimitada”. Del plexo normativo se desprende que, la quiebra del ente importa también la bancarrota *ipso facto*, de los socios que la integran. Este es el supuesto de los socios de la sociedad de hecho, los socios de la colectiva, el de él o los socios comanditados en la sociedad en comandita simple, él o los socios capitalistas respecto de los resultados de las obligaciones sociales en la sociedad de capital e industria y, por último, el de él o los socios co-

¹⁰⁰¹ YMAZ VIDELA, Martín Rafael, *Los “consorcios de cooperación” ¿Son personas jurídicas?*, L.L. 2005-C-963.

manditados en la sociedad en comandita por acciones (cfr. arts. 23, 125, 134, 141, y 315, LSC).

Estos sujetos –titulares de las participaciones o acciones sociales que revistan tal calidad– pueden requerir la conversión de su propia quiebra, a consecuencia de la declaración de la quiebra indirecta de la sociedad como, asimismo, frente a la declaración de quiebra directa de ésta; en un trámite de concurso preventivo (art. 90, LCQ). Sin embargo, estarían inhibidos, de poder petitionar el concurso preventivo propio para que tramite juntamente con el de la sociedad, si no acreditan encontrarse también en estado de cesación de pagos y que, a la misma vez (doble recaudo), integran con ésta un conjunto económico (art. 65, LCQ) o, en su caso, revisten la calidad de garantes (art. 68, LCQ).

Este modo de entender aparecería inexplicable, si la pretensión del legislador del año 1995 fue, precisamente, la de facilitar las soluciones preventivas para todas las hipótesis que puedan presentarse, con criterio amplio. La mera enunciación acerca de la individualización de los socios con responsabilidad ilimitada y la inhibición de éstos para disponer bienes registrables (art. 14 inc. 1º y 7º, LCQ), parecería insuficiente a la hora de tratar la insolvencia empresarial y sus efectos colaterales (la empresa y el empresario). No se advierte, que éstos, los socios con responsabilidad ilimitada –por tratarse de sujetos distintos al de la empresa– puedan quebrar, concomitantemente con ésta, pero no puedan petitionar su concurso preventivo, para que tramite juntamente con aquella.

La situación en que queda colocado el garante (art. 66, LCQ) que afianza las obligaciones del deudor concursado, muchas veces, se asimila al caso del socio que, a pesar de que no avala operación alguna, se ve perjudicado con el concurso o quiebra de la sociedad (empresa), cuyos efectos –con posterioridad– repercuten sobre su patrimonio. No cabe dudas que, conforme lo establecido en el art. 160 de la ley falencial (para los tipos e hipótesis descriptas), los acreedores de la sociedad son acreedores de los socios y el concurso preventivo de la sociedad lleva consigo el concurso civil de los socios¹⁰⁰² con responsabilidad ilimitada.

¹⁰⁰² Cfr. C.S.J. Tucumán, sala civil y penal, “Gálvez Hnos. o Gálvez Fernández Hnos. Soc. Civ. de hecho s/extensión de quiebra”, LLNOA 2006 (junio), 531 - IMP 2006-13-1699.

Las causas que habilitarían a tramitar el concurso del socio ilimitadamente responsable deberían aposentarse en hechos externos, distintos a los que generaron el estado de cesación de pagos de la sociedad, existiendo dudas acerca de la tramitación juntamente con ésta de su propio concurso, si no se da el supuesto del art. 65 de la ley falencial (concurso por agrupamiento).

Estas reflexiones emergen de la praxis, ya que no son pocas las ocasiones en las que se puede corroborar la presencia de sociedades en las que los bienes son insuficientes para hacer frente al pasivo, por lo que los socios ilimitadamente responsables terminan respondiendo por las deudas sociales. Por tanto, si la posición de la doctrina mayoritaria está orientada a la admisión del concurso preventivo frente a la declaración de falencia, no resultaría práctico admitir la tramitación del concurso de la sociedad, su posterior declaración de quiebra, para que, una vez declarada ésta en los términos del art. 77 inc. 1º, los socios queden recién habilitados para convertir la misma en un trámite de concurso preventivo (art. 90, LCQ). Frente a ello, cabe la siguiente reflexión con signo de interrogación: ¿por qué no hacerlo antes y simplificar el trámite?

Si la sociedad puede peticionar su declaración de quiebra, la que importa la falencia de los propios socios; los que pueden convertir la declaración de quiebra de la sociedad y la propia en concurso preventivo, no se aprecia irrazonable que puedan peticionar su concurso con el de la sociedad, en caso de que vean afectada su situación patrimonial por la eventual insolvencia de ésta para hacer frente a los pasivos. El argumento de que con anterioridad a este momento, los socios no se encontraban en cesación de pagos, resulta tan insustancial, como el que se utiliza para admitir el concurso en caso de agrupamiento, cuando uno de los integrantes se encuentra en cesación de pagos y los otros no, a condición de que ese estado “pueda afectar a los demás” (art. 66, LCQ).

Sería tal vez, tanto más oportuno, habilitar a los socios para que tramiten el concurso preventivo juntamente con el de la sociedad aplicando las reglas del concurso por agrupamiento¹⁰⁰³, que esperar impacientemen-

¹⁰⁰³ «A pesar de que la cesación de pagos de uno de los esposos significará también la del otro aunque ello no ocurriese tal circunstancia no es óbice para que puedan aplicárseles las normas del concurso preventivo del agrupamiento, en virtud de que el art. 66 de la ley de concursos y quiebras sólo requiere la cesación de pagos de uno de los integrantes del grupo». Juz. de Procesos

te –la mayor de las veces– a que concluya la quiebra de la sociedad, para que recién éstos (los socios) tengan oportunidad de reclamar la conversión de la declaración de su propia quiebra en un trámite de concurso preventivo, con el desgaste jurisdiccional que ello implica. Economía de costos y mayor celeridad en los procesos justificarían esta conclusión.

5.A.7) LA SOCIEDAD EN LIQUIDACIÓN Y LA CONSERVACIÓN DE LA EMPRESA

El art. 5 de la ley falencial amplía la nómina de sujetos listados en el art. 2 y establece que pueden solicitar su declaración de concurso: “las personas de existencia ideal en liquidación”. Conforme surge del art. 101 de la Ley de Sociedades Comerciales, las personas jurídicas conservan su personalidad a esos efectos, esto es, la liquidación del activo para la cancelación del pasivo.

El proceso liquidativo de la sociedad comienza con la disolución¹⁰⁰⁴ (art. 94, LSC) y por algunas de las causales contenidas en la mentada disposición normativa (*i. e.* por decisión de los socios, por expiración del término para el cual se constituyó, por declaración en quiebra –salvo avenimiento o conversión– entre otros), tendiente a poner fin a la existencia de la sociedad como contrato y como persona jurídica. Sin embargo, a pesar de que la sociedad conserva su personalidad, únicamente, a los fines liquidativos, la ley concursal la habilita a peticionar su concurso preventivo. Esta solución, parecería incongruente, por lo menos en principio, ya que quien se encuentra tramitando su liquidación (realización del activo para cancelar el pasivo), no podría requerir su concurso preventivo –el cual tiene por misión que el deudor continúe con la marcha de la empresa (a los fines del cumplimiento del objeto social, lo que no se

Concursales y Registros n.º 3 de Mendoza, “Lentini, Carlos A. y otra, s/conc. prev., L.L. 1999-E-924 (41.949-S), 16/10/1997.

¹⁰⁰⁴ «La disolución no es un estado que perdura en la vida de una sociedad, sino sólo un momento a partir del cual el ente conserva su personalidad jurídica a los efectos de la liquidación hasta la extinción del pasivo social y eventual distribución del remanente entre los socios (...). Es el acto jurídico que (...) abre el proceso liquidatorio conducente a la extinción de la sociedad como contrato y como persona jurídica». CNCom., sala A, “Fernández Fernández, José M. c. Boliberto S.R.L.”, L.L. 1999-C-394, 26/03/1997.

condice con el fin que persigue la liquidación)– bajo la figura de una administración vigilada (art. 15, LCQ).

Este modo de pensar del legislador de 1972 (ley 19.551) es la prueba más evidente, de la incorporación del “principio de conservación de la empresa” en el derecho concursal argentino. En efecto, desde el proyecto de ley 19.551 elaborado por los maestros QUINTANA FERREYRA, ALEGRÍA y FARGOSI, se advierte una creciente preocupación por la adopción de la solución preventiva frente a las nefastas experiencias obtenidas con la quiebra liquidativa, como única solución para paliar la insolvencia empresarial.

Durante la vigencia de la ley 19.551, GARCÍA MARTINEZ y FERNÁNDEZ MADRID admitían la posibilidad de que una sociedad que se encuentra inmersa en un trámite de realización de su activo, posea el sano interés de mantener con vida la empresa¹⁰⁰⁵, evitando la realización de los bienes, como única posibilidad de consumir el fin de la existencia de la persona jurídica.

Dentro del régimen societario encontramos dispositivos que apoyan el “principio de conservación”, el que se sustenta principalmente, en dos elementos que lo integran: a) el “interés general”: «por las perturbaciones, perjuicios y trastornos que puede producir en el mundo económico, además del daño moral que acarrea la desocupación, la disgregación de los factores productivos y la pérdida de otras muchas fuerzas económicas (v. gr. proveedores y clientes)»¹⁰⁰⁶; b) el “interés social”: por el desequilibrio que produce la disolución del ente entre sus miembros, la desaparición de la *affectio societatis*, la posibilidad de que los socios deban asumir pasivos –a pesar de la limitación de responsabilidad– por las razones previstas en los arts. 54 de la ley 19.550 y 175 de la ley 24.522, la dificultad de generar nuevos emprendimientos con el mismo objeto social, la pérdida de futuros dividendos y, por último, podría agregarse un elemen-

¹⁰⁰⁵ Cfr. GARCÍA MARTINEZ - FERNÁNDEZ MADRID, *op. cit.*, t. I, pág. 296.

¹⁰⁰⁶ La empresa a través de la utilización de una figura jurídica (sociedad comercial) resulta de interés para la economía de la nación, muchas veces, con mayor preocupación que otras instituciones. Cfr. VERÓN, Alberto Víctor, *Sociedades Comerciales*, ed. Astrea, Bs. As., (1998), t. 2, pág. 270.

to más: c) el reconocimiento de una comunidad económica denominada: empresa¹⁰⁰⁷.

La conservación de la empresa, ha sido reconocida por la judicatura, en casos en los que existía *ab initio* causal para disolver la sociedad. En este sentido se ha pronunciado la Cámara de Apelaciones en lo Comercial nacional, en la causa “I.G.J. c. Yerning S.A.” al resolver: «ante la absoluta falta de prueba que condujere a evidenciar que la sociedad fue creada a los fines de ser vendida, y sin existir pruebas concretas de la inactividad, es de aplicación la ley de sociedades (art. 100, LSC), conforme con la cual debe estarse a la subsistencia de la sociedad y no la presunción a favor de los dichos de la actora ante la incontestación de la demanda»¹⁰⁰⁸.

De acuerdo a este principio, si el liquidador –o el órgano que haga de tal– advierte la imposibilidad de abonar a todos los *accipiens* sus pretensiones totales a valores nominales, el ente podrá solicitar la apertura del concurso o pedir su quiebra, a los efectos de que éstos perciban sus acreencias mediante propuesta concordataria o a prorrata, respectivamente, priorizando la igualdad entre los acreedores. Pero, si la solución concursal exige el mantenimiento de esa unidad «su fraccionamiento por remates parciales en ejecuciones prendarias o hipotecarias importaría en alguna medida, su destrucción. No se trata de desconocer los derechos de los acreedores prendarios o hipotecarios, sino solamente, de armonizar y vincular todos los intereses, admitiendo la suspensión, por breve lapso, con las debidas garantías»¹⁰⁰⁹ en aras del mantenimiento de la actividad.

Ahora bien, puede ser –sin perjuicio de la observación realizada con anterioridad acerca de la incongruencia de “liquidar” para continuar, en el caso de una petición de concurso preventivo– que el liquidador, no solamente advierta la inconveniencia de realizar el activo (con la empresa en vías de ser declarada *in malis*), sino que encuentre sobrados motivos para continuar con la actividad empresarial, para lo cual, no sólo requerirá de la conformidad de los socios, sino que también deberá acompañar un “plan” de saneamiento o de continuidad de la explotación –juntamente con su presentación– en los términos de los arts. 189 y 190 de la ley con-

¹⁰⁰⁷ Cfr. *idem*.

¹⁰⁰⁸ CNCom., sala D, “I.G.J. c. Yerning S.A. s/sol. de declaración de disolución”, L.L. 2005-B-799.

¹⁰⁰⁹ VERÓN, *op. cit.*, t. 2, pág. 271.

curzal, informando la conveniencia de continuar con la explotación, “si de su interrupción pudiera resultar con evidencia un daño grave al interés de los acreedores y la conservación del patrimonio”.

Si el liquidador es el propio órgano de administración, no existen mayores controversias, éste debe efectuar la presentación concursal. Pero, si el liquidador es una persona distinta al órgano, que es quien dirige o conduce la persona jurídica, surge el interrogante, sobre quién está legitimado para requerir la presentación. Estímase conveniente que el liquidador presente un “plan” y sea el propio órgano de administración, quien efectúe la presentación concursal, ya que la sociedad –que mantiene su personería– no se disuelve y persisten los órganos societarios, aunque cabe reconocer que éstos, quedan con una suerte de *capitis diminutio*, hasta que culmine la realización o se reconduzca la liquidación vía presentación concursal.

Esta solución posibilitaría la formulación de propuestas concordatarias en los términos del art. 43 de la normativa falencial¹⁰¹⁰, permitiendo, no únicamente, la protección del interés de los acreedores, sino también el de la empresa, protegiendo adecuadamente a los trabajadores, ya que «la necesaria conjunción del trabajo humano y el capital, el crecimiento de una empresa y la paz social, impone su preservación aún al margen del interés particular del empresario»¹⁰¹¹.

La exposición de motivos de la Ley de Sociedades Comerciales hace referencia a este principio en el punto 11 de la Sección XII, al sostener: “la ley vuelve a hacer aplicación del principio de conservación de la empresa, que inspira todo su articulado y, particularmente, esta parte (arts. 94 inc. 6º, 8º, 9º, etc.) (...) Con este principio, en modo alguno se lesionan la libertad individual ni el principio de la autonomía de la voluntad,

¹⁰¹⁰ Art. 43: “...las propuestas pueden consistir en quita, espera o ambas; entrega de bienes a los acreedores; constitución de sociedad con los acreedores quirografarios, en la que éstos tengan calidad de socios; reorganización de la sociedad deudora; administración de todos o parte de los bienes en interés de los acreedores; emisión de obligaciones negociables o debentures; emisión de bonos convertibles en acciones; constitución de garantías sobre bienes de terceros; cesión de acciones de otras sociedades; capitalización de créditos, inclusive de acreedores laborales, en acciones o en un programa de propiedad participada, o en cualquier otro acuerdo que se obtenga con conformidad suficiente dentro de cada categoría, y en relación con el total de los acreedores a los cuales se les formulará propuesta...”.

¹⁰¹¹ VERÓN, *op. cit.*, t. 2, pág. 270.

sino que la ley fija una pauta para resolver una duda de interpretación y lo hace a favor de la perduración de la sociedad”¹⁰¹².

En los nuevos tiempos que enfrenta la economía mundial, una vez más, aparecen aquellas reflexiones con las que VARANGOT nos ilustrara hace años, ponderando la importancia que el ente social posee para el Estado, al sobredimensionarse su estructura organizativa, en pos de la economía de un pueblo¹⁰¹³.

Transcurrieron poco más de un par de décadas de aquellas reflexiones y ante la presencia de una crisis financiera y económica global desatada a fines de 2008 –de similares contornos, a las que llevara al mundo la gran depresión del año 1929–, los gobiernos preocupados por la situación crítica de las empresas, entidades financieras, aseguradoras, etc. salieron, desesperadamente, a buscar soluciones –en algunos casos, meramente coyunturales, para paliar la insolvencia que como un *tsunami* (vocablo acuñado por el maestro DASSO) se avalanza sobre la hija pródiga del capitalismo– en esa desesperada búsqueda que redescubre la necesidad protectora del Estado, cuando otrora se sostenía su ajeneidad en las negociaciones privadas. Como se puede advertir, “*vinos nuevos, en odres viejos*”.

A partir de estas reflexiones, se disiente, respetuosamente, con el insigne profesor RICHARD, en cuanto a su posición acerca de que la solución a las crisis empresariales (económicas o financieras) sea una cuestión privada reservada a los administradores y socios¹⁰¹⁴. La intervención,

¹⁰¹² Exposición de motivos, Ley de Sociedades Comerciales n.º 19.550 (Adla 1972-B-1760).

¹⁰¹³ VARANGOT, Carlos Jorge, *Principio de conservación de la empresa*, L.L. 118-307: El autor menciona que «el “ente social” es la empresa individual o colectiva (sociedad) privada, cuya función económica trasciende el campo del interés particular en la producción y cambio de bienes y servicios, y afecta al interés público, al Estado que debe tutelar por medio de sus órganos administrativos y judiciales. Hace 50 años, las empresas privadas no eran objeto de interés y control estatal, porque la estructura económica de aquella época les permitirá una función limitada al interés de pocas personas y de poca monta; pero, actualmente, las condiciones económicas, industriales y comerciales se ha transformado, multiplicado y tecnificado, al extremo que las empresas han venido a ser los “instrumentos más eficaces y más útiles para los fines de la producción económica nacional” (Sotgia)».

¹⁰¹⁴ Cfr. RICHARD, Efraín, Hugo, *Asunción de la crisis de sociedades comerciales a través del derecho específico (la conservación de la empresa es una cuestión privada, societaria)*, VI Congreso Argentino de Derecho Concursal - IV Congreso Iberoamericano sobre la Insolvencia, ed. Lux, Rosario (2006), pág. 330.

muchas veces, necesaria del Estado (por medio del Poder Judicial) en los procesos reorganizativos, la demora en la utilización de soluciones societarias por parte de los socios: *v. gr.* reducción o aumento del capital; obliga a los operadores jurídicos –la más de las veces– a la utilización de herramientas que exceden con creces, la capacidad de decisión del sujeto *in bonis*.

Sin perjuicio de ello, no siempre los remedios pueden ser utilizados cuando el paciente se encuentra enfermo, existen ocasiones en que es necesario que esté en terapia intensiva para que el medicamento resulte eficaz. La falta de conocimiento de las soluciones preventivas y las propias miserias de socios y administradores, que quieren sustentar la empresa para, eventualmente, liquidarla y repartirse migajas en una futura quiebra, atentan en contra de la adopción de soluciones “inmediatas”; sin perjuicio, claro está, de las responsabilidades en que incurran los titulares del capital social y el órgano de dirección.

Pero, frente al interrogante: ¿qué sucede si los socios reducen el capital social, se eximen de responsabilidad? Evidentemente no y reciente jurisprudencia nacional así lo ha entendido, al sostener que «es responsabilidad de los socios mantener una relación razonable entre el giro real del ente y el capital con el que éste se halle dotado»¹⁰¹⁵.

El principio de conservación de la empresa justifica que la sociedad en liquidación (art. 101, LSC) pueda reconducir el trámite administrativo-liquidativo en uno reorganizativo-preventivo por medio de la presentación concursal, como una forma de salvaguardar la actividad de la hacienda en beneficio de los trabajadores y de los terceros que contraten con ésta.

5.A.8) LA EMPRESA COMO SUJETO PASIVO DE BANCARROTA

La legislación extranjera avanzó mucho más que nuestra doctrina concursal y societaria, que mira con ciertos reparos a la “empresa” como sujeto de derecho, apegada a una vieja tradición civilista (art. 31, Cód. Civ.).

¹⁰¹⁵ CNTrab., sala III, “Arancibia, Nora y otro c. Rodríguez, Ricardo Marcos y otro”, L.L. 2008-F-529, 22/09/2008.

En efecto, el art. 1° de la *Legge Fallimentare* italiana admite la presentación de una demanda de concordato preventivo al emprendedor¹⁰¹⁶ que ejercita profesionalmente una actividad económica organizada a los fines de la producción o intercambio de bienes o servicios. Este concepto no debe ser entendido, exclusivamente, como de aquel sujeto que realiza actos de comercio (art. 8, Cód. Com.) o como de aquella persona jurídica que realiza actividad comercial en los términos del art. 1° de la ley 19.550. La doctrina italiana, amplió la noción de emprendedor, quedando comprendidos en la locución, todos los sujetos que realicen actividad económica¹⁰¹⁷, estando incluidas las fundaciones, asociaciones, el patrimonio del difunto y los incapaces.

La legitimación se asienta en la actividad del empresario (actividad económica organizada a los fines de la producción e intercambio de bienes o servicios)¹⁰¹⁸, más que en el objeto –empresa– lo que resulta determinante para la admisibilidad del sujeto a la presentación concursal. La crítica que se le efectúa a la legislación italiana es que define al empresa-

¹⁰¹⁶ Art. 2082. Imprenditore. E' imprenditore chi esercita professionalmente un'attività economica organizzata (2555, 2565) al fine della produzione o dello scambio di beni o di servizi (2135, 2195). Codice Civile italiano, R.D. 16 marzo 1942.

¹⁰¹⁷ «In una necessaria ricostruzione del presupposto soggettivo delle procedure concorsuali, devono stabilirsi i criteri per il riconoscimento di questo soggetto. Dalla legge si deduce che deve trattarsi di "imprenditore commerciale, non piccolo e non ente pubblico". Chi sia imprenditore commerciale è stabilito in base alla individuazione di un soggetto che opera economicamente, cioè senza erogare puramente il proprio denaro, na ciò non basta, dovendo l'esercizio svolgersi in un certo settore. Ocorre dunque che alla definizione generale del soggetto, ai sensi dell'art. 2082 cod. civ. si aggiunga una successiva qualificazione e questa qualificazione non può venire se non dall'art. 2195 cod. civ. che nel consenso comune Della doctrina, nell'imporre l'obbligo Della registrazione per alcuni imprenditori, si riferisce esclusivamente agli imprenditori commerciali. La categoria oggi comprende sia i veri e propri commercianti, cioè coloro che si interpongono nella circolazione dei beni, sia coloro che prestano servizi nel settore commerciale, sia coloro che fabbricano i beni destinati a soddisfare le esigenze di clienti nei più svariati settori, economico e non (...) Poiché l'art. 2082 cod. civ. va coordinato con l'art. 2195 cod. civ. ricostruzione Della figura d'imprenditore, ai fini Della legge fallimentare, deve necessariamente tenere conto del disposto dei due articoli, sia per quanto concerne la professionalità, sia per quanto concerne l'organizzazione dei beni, sia per quanto concerne l'inizio o la fine dell'impresa, sia per quanto concerne un elemento non apparente dal contesto delle norme, ma che comunemente si accetta per la identificazione della figura dell'imprenditore e cioè lo scopo di lucro o profitto, o, se si vuole indicare con altra espressione, l'esercizio di un'attività obiettivamente economica».

RAGUSA MAGGIORE, *op. cit.*, pág. 35 y 36.

¹⁰¹⁸ Art. 2082. Codice Civile italiano.

rio, pero no contiene una definición o noción de empresa, como si lo han hecho otros ordenamientos.

Por su parte, el *Bankruptcy Code* americano, dispone en su Secc. 109 que "...sólo la persona que reside o tiene domicilio, lugar de operación de sus negocios, o propiedad en los EE. UU. puede ser deudor bajo éste título", con exclusión de las siguientes: un ferrocarril, compañía de seguros, banco o caja de ahorro, un individuo con un ingreso regular". De ello se sigue que el concepto es amplio (persona), pero sigue el criterio personalista de la quiebra para admisión de una presentación concursal.

La nota distintiva en torno a la empresa como sujeto susceptible de concurso la da la nueva legislación de *Falências* del Brasil, La cual habilita a solicitar la apertura del procedimiento: al empresario y a la sociedad empresaria.

Esto surge como consecuencia de la entrada en vigor de la ley 10.406, del 10 de enero de 2002, por la que se aprobó el nuevo Código Civil brasileño, que ha unificado el derecho privado (civil y comercial) y, en el que se adopta la "teoría de la empresa", por lo que las figuras del comerciante y de la sociedad comercial han dado lugar al empresario y la sociedad empresaria¹⁰¹⁹, (art. 1º, *Lei de Falências*), con las siguientes precisiones: a) la "recuperación judicial" exige que el deudor se encuentre efectivamente en actividad al momento de pedirla y que esa actividad se haya desarrollado en los dos años anteriores (art. 48, LF)¹⁰²⁰, lo cual plantea el interrogante de si la empresa debe estar en marcha, a lo que podría responderse, afirmativamente; y 2) la quiebra (*falência*) no puede decretarse si el deudor ha inscripto la cesación de su actividad empresarial más de dos años antes del pedido y, en caso de sociedad anónima, no

¹⁰¹⁹ El Código Civil del Brasil dejó sin efecto la primera parte del Código de Comercio de 1850 (arts. 1 a 456). Para los empresarios civiles existe un proceso diferente de ejecución concursal, la insolvencia, civil, regulada en los artículos 748 y siguientes del Código de Proceso Civil. El art. 966 redefine el concepto de sujeto empresarial.

¹⁰²⁰ «El mismo art. 48 excluye de la recuperación judicial a quien esté fallido, a quien obtuvo otra recuperación judicial en los cinco años anteriores, o en los ocho años anteriores si se trata de empresa de pequeño porte. También lo excluye para el administrador, socio controlador o persona condenada por cualquiera de los delitos previstos en esta misma ley. El artículo 51 inc. V exige la presentación de la certificación de la regularidad del deudor en el Registro Público de Empresas, lo que hace pensar en la imposibilidad de acceder a la recuperación judicial por los deudores no inscriptos o de las sociedades no regulares». ALEGRÍA, Héctor, *Noticia sobre la nueva ley de concursos brasileña (Lei de falências)*, L.L. 2005-B-1366.

será decretada su quiebra, después de la liquidación y partición de su activo (art. 96 inc. VIII, LF)¹⁰²¹, lo que distaría de lo preceptuado por el art. 5 de nuestro régimen concursal (ley 24.522)¹⁰²², en consonancia con el art. 101 y siguientes de la Ley de Sociedades Comerciales (ley 19.550).

El art. 967 del Código Civil del Brasil, dispone como obligatoria la inscripción del empresario en el registro de empresas mercantiles antes del inicio de su actividad. Esta inscripción, requiere acreditar los siguientes recaudos: a) nombre, nacionalidad, domicilio, estado civil y si es casado el régimen de bienes; b) la firma del solicitante; c) el capital; y, d) el objeto y la sede de la empresa (art. 978, Código Civil de Brasil)¹⁰²³.

A pesar de que el Código Civil de Brasil en concordancia con la *Lei de falências*, hacen referencia al empresario por su actividad¹⁰²⁴ para aludir a quien ejerce profesionalmente actividad económica organizada para la producción o circulación de bienes o servicios, dicho concepto debe entenderse comprensivo tanto del que ejerce actividad civil como comercial. De ello se sigue que, cualquier empresa o, el titular de la hacienda: el empresario (persona física o jurídica), podrá petitionar una presentación para su recuperación judicial, previa acreditación de los extremos indicados en la normativa referida.

Esta presentación tendiente a la recuperación tiene por objeto que la empresa supere la situación de crisis económica-financiera, permitiendo mantener la fuente productora de empleo de los trabajadores y el interés de los acreedores, promoviendo así la conservación de la empresa, su función social y el estímulo de la actividad económica (art. 47, LF Brasil).

¹⁰²¹ Cfr. *idem*.

¹⁰²² Art. 5. *Sujetos*. “Pueden solicitar la formación de su concurso preventivo las personas comprendidas en el artículo 2, incluidas las de existencia ideal en liquidación” (ley 24.552).

¹⁰²³ Art. 968. Código Civil. *A inscrição do empresário far-se-á mediante requerimento que contenha: I - o seu nome, nacionalidade, domicílio, estado civil e, se casado, o regime de bens; II - a firma, com a respectiva assinatura autógrafa; III - o capital; IV - o objeto e a sede da empresa. § 1º Com as indicações estabelecidas neste artigo, a inscrição será tomada por termo no livro próprio do Registro Público de Empresas Mercantis, e obedecerá a número de ordem contínuo para todos os empresários inscritos. § 2º À margem da inscrição, e com as mesmas formalidades, serão averbadas quaisquer modificações nela ocorrentes.*

¹⁰²⁴ Art. 966. Código Civil. *Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.*



Por otro lado, el art. 1º de la ley concursal 550¹⁰²⁵ de Colombia (Ley de Reestructuración de Empresas)¹⁰²⁶, dispone que la misma es aplicable a “toda empresa que opere de manera permanente en el territorio nacional, realizada por cualquier clase de persona jurídica, nacional o extranjera, de carácter privado, público o de economía mixta, con excepción de las vigiladas por la Superintendencia de Economía Solidaria que ejerzan actividad financiera y de ahorro y crédito, de las vigiladas por la Superintendencia Bancaria, de las Bolsas de Valores y de los intermediarios de valores inscriptos en el Registro Nacional de Valores e Intermediarios sujetos a la vigilancia de la Superintendencia de Valores...”. La observación que puede realizarse al sistema colombiano, es que la ley circunscribe su aplicación al caso de las empresas que desarrollen actividad bajo el prisma de personas jurídicas –sean estas nacionales o extranjeras, de carácter público o privado– por lo que la normativa deja de lado a las personas físicas que realizan actividad empresaria, lo cual sería, cuanto menos, opinable.

A los fines de la consideración de un sujeto que en forma amplia recepte los elementos integrativos de la empresa, cuya protección pretende un sistema que contemple los diversos intereses en juego, sería conveniente empezar a poner el acento en la consideración de la empresa –definido en el art. 5, primera parte, de la Ley de Contrato de Trabajo 20.744¹⁰²⁷ (Adla, 1974-D-3207) conforme nuestro sistema jurídico– como sujeto de derecho, para admitir su presentación concursal, sin hacer tanto hincapié, en la persona física o jurídica que desarrolla la actividad (art. 2, LCQ).

¹⁰²⁵ La ley fue promulgada el 30 de diciembre de 1999 y establece un régimen que promueve y facilita la reactivación de las empresas y la reestructuración de entes territoriales, en orden a resguardar y asegurar la función social de las empresas y lograr el desarrollo armónico de las regiones.

¹⁰²⁶ Dejo a salvo que el rótulo brindado a la ley 550/1999, es de autoría del suscripto, ya que la ley no lleva título alguno. Esta concepción se desprende de los fines protectorios consabidos en la norma en cuestión.

¹⁰²⁷ Art. 5. “A los fines de esta ley, se entiende como ‘empresa’ la organización instrumental de medios personales, materiales e inmateriales, ordenados bajo una dirección para el logro de fines económicos o benéficos. A los mismos fines, se llama “empresario” a quien dirige la empresa por sí, o por medio de otras personas, y con el cual se relacionan jerárquicamente los trabajadores, cualquiera sea la participación que las leyes asignen a éstos en la gestión y dirección de la ‘empresa’”.



Para esto, también sería necesario reformular el concepto de empresa o, en su defecto, establecer los recaudos –siguiendo la experiencia brasilera– bajo los cuales quedaría configurada la empresa y tendría reconocimiento, a los efectos de la aplicación de la ley concursal.

5.A.9) ¿EL SUJETO DEBE ESTAR EN ACTIVIDAD PARA PODER ACCEDER A LA SOLUCIÓN PREVENTIVA Y AL SALVATAJE (ART. 48, LCQ)?

Un tema vinculado con el punto precedente es si la empresa debe contar con sus órganos de producción, en pleno funcionamiento, para poder acceder al trámite preventivo. A primera vista esto sería o debería ser así, *ma non troppo*.

La *lei* 11.101/2005 de Brasil que *Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária*, exige para que el deudor pueda acceder a la recuperación judicial que el mismo se encuentre efectivamente en actividad al momento de pedir la solicitud, agregando que esa actividad debe haberse desarrollado en los dos años anteriores (art. 48, *Lei de Falências*).

Es claro que si la empresa ya fue liquidada (en los términos del art. 105 y conc. de la ley 19.550) –por lo menos, en lo que respecta, a su principal matriz productiva– resulta una tarea estéril, tratar de salvarla apelando al remedio preventivo; salvo que se opte por la solución liquidativa (quiebra), con el fin de que los acreedores cobren *pari passu*, por resultar insuficientes los bienes para pagar a todos sus acreencias, a valores nominales.

Dicho ello, no sería imprescindible que la empresa se encuentre en pleno funcionamiento sino, simplemente, que tenga o posea virtualidad de hacerlo a partir de la presentación concursal. Y, tal modo de razonar, resulta consustancial con el espíritu que impregna la legislación de bancarrotas: continuidad de la explotación bajo la atenta vigilancia de la sindicatura y del juez (art. 15, LCQ). Es una verdad sabida, que si la empresa no posee recursos mínimos para poder proseguir con su actividad productiva, podrá recurrir a la liquidación mas no, a la solución concordataria. Para acceder a esta debe contar, necesariamente, con un plan de continuidad de la explotación, ya que es lógico pensar que el concurso pre-



ventivo, está estructurado para permitir la prosecución de las actividades de la hacienda y no su detención o paralización.

Pero, resulta factible que al momento de la presentación, se haya detenido un proceso productivo como consecuencia de medidas judiciales: secuestro de un bien indispensable, o circunstancias económicas o de política administrativa: suspensión en un registro como importador o exportador (art. 97 de la ley 22.415; Adla, 1981-A-1325); lo que con buen criterio mereciera, no solamente, la crítica implacable de la doctrina¹⁰²⁸ sino, inclusive, la tacha de inconstitucionalidad por parte de la justicia nacional¹⁰²⁹.

A pesar de ello, es probable que la empresa pueda revertir esa situación coyuntural y continuar o retomar un proceso productivo o una explotación, momentáneamente, paralizada. La circunstancia de que la hacienda se encuentre detenida o en una virtual parálisis de su proceso productivo no obsta a su presentación en concurso preventivo, siendo recomendable la presentación de un plan en ocasión de llevarse a cabo la audiencia informativa¹⁰³⁰.

El interrogante se genera en orden a desentrañar: ¿si éste plan debe ser presentado y puesto en marcha, mucho antes de llegar a la audiencia informativa? Algunos dispositivos de la ley concursal indicarían que esto debería efectuarse de esta manera. Así, por ej. cuando el síndico debe “emitir el informe mensual sobre la evolución de la empresa, si existen fondos líquidos disponibles y el cumplimiento de normas legales y fisca-

¹⁰²⁸ TRUFFAT, E. Daniel, *Una norma contrapuesta con la solución preventiva de un importador-exportador: el art. 97 del código aduanero - Comentario Breve*, E.D. 171-204 (1997).

¹⁰²⁹ Ver el fallo de la Cámara Nacional de Comercio, en el que se dispusiera que «la aplicación del art. 97 de la ley 22.415 –que establece la suspensión en la matrícula de importadores y exportadores mediando concurso preventivo– sin que se haya decidido todavía homologar acuerdo alguno y no habiéndose prestado garantía de terceros, obsta a que la deudora pueda continuar el tráfico mercantil al cual se dedica, resulta procedente que se declare de oficio la inconstitucionalidad de dicha norma. En efecto, existiendo colisión entre ésta y la garantía constitucional de comerciar, prevista en el art. 14 de la Constitución Nacional, el Tribunal no puede dejar de aplicar la norma de rango superlegal, aun de oficio, desechando la de rango inferior (...) La decisión del Juzgado se basó en la necesidad de proveer medios para conservar la empresa como tal, y en razones de interés general...». CNCom., sala B, “Leger, S.A. s/concurso preventivo”, E.D. 171-204, 30/05/1996.

¹⁰³⁰ Cfr. CNCom., sala A, “Southern Winds S.A. s/conc. prev.”, 22/04/2008, pub. en: L.L. Sup. CyQ 32, 15/08/2008, 8, con nota de Claudio Alfredo CASADÍO MARTÍNEZ; IMP 2008-17-1531.

les” (art. 14, LCQ), es dable imaginarnos que la empresa debe encontrarse, operativamente, en movimiento o cuando el síndico debe “afectar el 1% (uno por ciento) del ingreso bruto de la concursada” (art. 16, LCQ), para destinarlo al abono del pronto pago laboral, debe suponerse que la empresa tiene que encontrarse caminando, en marcha, esto es, en actividad. De allí que, sería recomendable requerir tal recaudo –plan de empresa– al momento de la presentación y previo al informe que debe emitir el síndico en los términos del art. 14 inc. 12° de la ley 24.522.

Pero, una pregunta trae la otra: ¿qué sucede si el síndico no puede realizar éste informe, por falta de actividad de la empresa? Simplemente, nada, ya que el incumplimiento por parte del deudor a las normas legales y fiscales (art. 14, *in fine*) o la imposibilidad de afectar fondos para el pago de créditos laborales, no acarrea sanción alguna¹⁰³¹, salvo la eventual posibilidad de separar a los administradores conforme lo prevé el art. 15 de la ley concursal.

Este criterio, de admitir el concurso preventivo, inclusive, cuando no existe actividad empresaria¹⁰³², no ha sido unánime en la doctrina judicial. En este sentido, resulta interesante la posición del magistrado KÖLLIKER FRERS de la Cámara Nacional Comercial, quien en la causa “Southern Winds S.A. s/conc. prev.”, mantuvo posición en orden a que «la inexistencia de actividad productiva actual o potencial del deudor constituye un impedimento para acceder a la solución preventiva, pues tal solución presupone la posibilidad de prosecución del giro comercial con el cual generar los recursos que hagan factible el pago de la deuda concordataria porque, de otro modo, tal pago sólo podría provenir de la liquidación de los bienes que componen el patrimonio del deudor o bien de

¹⁰³¹ Cfr. MÁRMOL, Pablo E., *Algunos aspectos de la reforma efectuada al régimen de la ley de concursos y quiebras*, D.J. 28/06/2006, 667; L.L. 2006-D-1342.

¹⁰³² La justicia capitalina ha considerado impropio negar el acceso del deudor a la apertura de su concurso, con fundamento en la inexistencia de actividad productiva actual y la imposibilidad de proseguir con el giro comercial, si se encuentran reunidos los requisitos formales (art. 11 LCQ), requeridos para acceder a la solución preventiva, por la amplitud de alternativas que prevé el régimen concursal para afrontar la crisis empresarial. CNCom., sala C, “Rocayapa S.A. s/conc. prev.”, 01/10/2002, L.L. 2002-F-883 - IMP 2003-A-1471.

endeudamientos post-concursales, contingencia que precipitaría a una quiebra segura»¹⁰³³.

Sin perjuicio de otro tipo de consideraciones, la ley concursal no impide el concurso de una empresa que se encuentre paralizada; de lo contrario, no podría concursarse una sociedad que se encuentre en estado de liquidación (art. 105, LSC), cuyo único objeto –en principio– sería la realización de actos tendientes a la liquidación del activo para hacer frente al pasivo y cancelar la inscripción de la sociedad (art. 112, LSC). Sin embargo, es posible que aún cuando ello suceda, la compañía trate de lograr un acuerdo con sus acreedores, lo que le permitirá, eventualmente, reconstruir el giro empresarial o en su defecto, evitar la no deseada liquidación del activo, negociar con los acreedores laborales la continuación de la hacienda, otorgándoles alguna participación en las ganancias, obtener aportes de terceros y de esta forma, llevar adelante un plan de saneamiento.

Situación similar es la que puede plantearse en relación a otros supuestos como es el que se produce con el patrimonio de la persona fallecida (art. 8, LCQ)¹⁰³⁴, que no posee actividad, se encuentra paralizada y sin embargo, puede acceder a la solución preventiva, o más aún se puede citar el caso de la empresa que encontrándose ya concursada, no logra las conformidades y cae en un supuesto especial de salvataje (art. 48, LCQ). Como postulara con precisión actuarial DASSO, cuando el art. 48 inc. 1º (ley 24.522, t.o. 1995), referenciaba a “empresa en marcha”, tal expresión se identificaba con el humo de las chimeneas. Hoy muchísimas hipótesis de empresas detenidas por diversas causas, no excluyen el *cramdown* criollo¹⁰³⁵, con lo que se aprecia un criterio de avanzada sobre situaciones, otrora incuestionables: “empresa en marcha” era sinónimo de concurso; “empresa paralizada” análogo de quiebra.

Pero, en relación al art. 48 de la ley 24.522, tal vez el error incurrido fue que el legislador del año 1995 identificó empresa con persona jurídica.

¹⁰³³ CNCom., sala A, “Southern Winds S.A. s/conc. prev.”, 22/04/2008, pub. en: L.L. Sup. CyQ 32, 15/08/2008, juez Alfredo A. KÖLLIKER FRERS, ampliación de fundamentos, consid. 1.

¹⁰³⁴ ANICH, Juan A., *La actividad de la concursada y su incidencia respecto del concurso preventivo*, L.L. 2002-F-883.

¹⁰³⁵ Cfr. DASSO, Ariel A., *La inactividad de la empresa no es óbice al cramdown*, Sup.CyQ 2004-B-807; comentario al fallo CNCom., sala C, “Automundo S.A. s/conc. prev.” 09/09/2003.



ca, por cuanto lo que se transmite no es la hacienda en sí misma o el conjunto de bienes que la integran, sino las cuotas o acciones representativas del capital social, criterio que se mantuvo con la reforma posterior (art. 48 inc. 1º, ley 25.589).

Más allá de precisiones terminológicas sobre estas relaciones entre empresa y sociedad, conforme lo ha entendido la doctrina nacional, «el art. 48 abarca tanto a una empresa que no esté operando pero que sea recuperable como, a la inversa, otra mantenida artificialmente, en movimiento. Lo de empresa “en marcha” no debe entenderse como un condicionante normativo. En marcha en el sentido de la ley es, más bien, que sea “capaz de marchar”, continuando o reiniciando según los casos, la actividad»¹⁰³⁶.

Si bien es cierto que la modificación al art. 48 por la ley 25.589 mudó el criterio originario del legislador, *aggiornandolo* a una idea tendiente a evitar la quiebra, más que a la posibilidad de mantener la empresa en actividad como presupuesto de solución, la conjunción de diversos elementos (establecimiento, trabajo, mercado, organización, clientela) se multiplican, en aras a la prevalencia de la solución concursal. Aún cuando la empresa no se encuentre en pleno funcionamiento, pero tenga potencialidad para interesar al público inversor, es suficiente para que resulte viable el concurso y/o el salvataje, ya que la potencialidad de mantener una actividad productiva justifica la adopción de medidas que impidan la licuación de emprendimientos, necesarios para el desarrollo de una comunidad.

Dicho todo esto, debe admitirse que, existiendo actividad económica (empresa) o una organización de medios personales, materiales e inmateriales destinados a la obtención de algún fin (art. 5, LCT), resulta de aplicación las disposiciones de la ley 24.522 pudiendo incluso acceder al salvataje (art. 48, LCQ) la empresa cuyo titular persona física o jurídica no incluida en la elencación del art. 48, no haya logrado las conformidades de los acreedores, a los fines de lograr por conducto de terceros (trabaja-

¹⁰³⁶ «Y quien, en la realidad de los hechos, en definitiva lo dirá, no es la norma sino el mercado. La empresa tendrá o no interesados que postulen por ella según el específico posicionamiento de aquella en el ramo de actividad respectivo, su armadura tecnológica, las expectativas futuras, el cálculo de riesgo a tomar, en fin, un complejo de variables tanto endógenas como exógenas que harán atractiva o no la inversión». MOSSO, Guillermo, *El cramdown y otras novedades concursales*, ed. Rubinzal-Culzoni, (1998), pág. 39.

dores, cooperativa de trabajo, acreedores o acuerdo de cesión del capital social) un acuerdo que posibilite evitar la liquidación de los activos.

5.A.10) ¿QUIEN DECIDE EL TIPO DE PROCEDIMIENTO: PREVENTIVO O LIQUIDATIVO?

Nuestra ley concursal no deja margen de dudas acerca de los sujetos legitimados para tramitar un concurso preventivo: “las personas autorizadas para concursarse, incluidas las de existencia ideal en liquidación” (arts. 2, 5 y 90, LCQ), pueden pedir su concurso o convertir un pedido de quiebra en un trámite preventivo.

Los acreedores tienen una única opción cual es la de petitionar la declaración de falencia de su deudor (art. 77 inc. 3, LCQ), encontrándose impedidos de requerir el inicio de un trámite preventivo que evite la liquidación de los bienes del *cessatus*.

Este modo de apertura del procedimiento preventivo –según el sujeto presentante– admitiría ciertos reparos. En efecto, si bien es cierto que el acuerdo preventivo será alcanzado producto de una negociación entre deudor y acreedores, no menos cierto, es que es el magistrado que entiende en el proceso universal quien se encuentra en mejores condiciones de poder establecer la suerte del deudor y permitirle el acceso a la solución preventiva, sobre todo, cuando ello es requerido por los *accipiens*.

La *InsO* (*Insolvenzordnung*) alemana de 1994 en vigencia a partir del año 1999, regula en un solo procedimiento todo lo atinente a la insolvencia y la crisis empresaria. El mismo presenta dos etapas: una etapa es la del acuerdo para la conservación de la empresa y en protección de los deudores dignos y la otra es la que regula la quiebra. En el caso de un deudor *onesto, ma sventurato* (como menciona DASSO en relación al deudor desafortunado en sus negocios), éste es liberado de pagar saldos insolutos por quitas o remisiones, en caso que demuestre que es merecedor a obtener dicha liberación.

La *Legge Fallimentare* italiana puesta en vigencia mediante Decreto Legislativo n.º 5/2006 –a diferencia de la tendencia en otros ordenamientos– impide el acceso a la solución preventiva a los no comerciantes, a los empresarios agrícolas, ni a las entidades públicas. La quiebra es de-

clarada a solicitud del deudor, uno o más acreedores o a petición del fiscal.

El art. 3 de la ley concursal española 22/2003, legitima al deudor o los acreedores para petitionar la declaración de concurso¹⁰³⁷, por lo que una vez comprobado por el juez los requisitos que tornan procedente la presentación, procede a la apertura del preventivo, el que podrá presentar en términos generales, dos fases:

a) la fase común de declaración de apertura del concurso (Título I), sea este voluntario: a pedido del propio deudor, o necesario: a pedido de acreedor (art. 21), lo cual produce en el primer caso, la conservación de la administración y disposición sobre su patrimonio (art. 40 inc. 1º), mientras que en el segundo opera la suspensión en la administración de los bienes, siendo sustituido por los administradores concursales. En estos supuestos, el juez no pierde la legitimación de disponer la separación en caso de concurso voluntario o la mera intervención de la administración en un supuesto de concurso necesario, ponderando para ello, los riesgos y/o ventajas que se pretenden alcanzar con dicha medida (art. 40 inc. 3); y, en segundo término;

b) la fase de convenio o liquidación (Título V). En caso de existir propuesta por parte del deudor o de los acreedores, de la misma se dará traslado a los interesados a los fines de su aprobación (art. 99). Con posterioridad se convocará a la junta de acreedores (art. 116) luego de lo cual, de encontrarse reunidas las mayorías necesarias, el juez aprobará el convenio (art. 139). De lo contrario, si el deudor no presenta propuesta de

¹⁰³⁷ Art. 3 ley 22/2003. “1. Para solicitar la declaración de concurso están legitimados el deudor y cualquiera de sus acreedores. Si el deudor fuera persona jurídica, será competente para decidir sobre la solicitud el órgano de administración o de liquidación; 2. Por excepción a lo dispuesto en el apartado anterior, no está legitimado el acreedor que, dentro de los seis meses anteriores a la presentación de la solicitud, hubiera adquirido el crédito por actos ínter vivos y a título singular, después de su vencimiento; 3. Para solicitar la declaración de concurso de una persona jurídica, están también legitimados los socios, miembros o integrantes que sean personalmente responsables, conforme a la legislación vigente, de las deudas de aquélla; 4. Los acreedores del deudor fallecido, los herederos de éste y el administrador de la herencia podrán solicitar la declaración de concurso de la herencia no aceptada pura y simplemente. La solicitud formulada por un heredero producirá los efectos de la aceptación de la herencia a beneficio de inventario; 5. El acreedor podrá instar la declaración judicial conjunta de concurso de varios de sus deudores cuando exista confusión de patrimonios entre éstos, o, siendo éstos personas jurídicas, formen parte del mismo grupo, con identidad sustancial de sus miembros y unidad en la toma de decisiones”.

convenio (art. 142 inc. 1.2) o no la mantiene durante el trámite de concurso (art. 142 inc. 1.3), o bien esta fuera rechazada o incumplida (art. 143 inc. 1.2 y 1.5), el *iudex* abre la fase de liquidación de los bienes.

La ley francesa 846/2005 denominada *Loi de sauvegarde des entreprises* posee la figura del *conciliateur* o mediador (art. 611-7, *Code Commerce*) quien tiene la misión de promover la concertación –entre el deudor y sus principales acreedores– de un acuerdo destinado a poner fin a las dificultades de la empresa. También, podrá presentar cualquier propuesta relativa a la salvaguardia de la empresa en el ejercicio de la actividad económica y para mantener el empleo.

El art. 6 de la ley 555/1999 de Colombia admite los acuerdos de reestructuración a solicitud de los siguientes sujetos legitimados: a) los representantes legales del respectivo empresario o empresarios, b) de uno o varios acreedores; c) promovidos de oficio por las Superintendencias de Valores, de Servicios Públicos Domiciliarios, de Transporte, Nacional de Salud, del Subsidio Familiar, de Vigilancia y Seguridad Privada, de Economía Solidaria y de Sociedades, tratándose de empresarios o empresas sujetos, respectivamente, a su vigilancia o control, de conformidad con las causales previstas en las normas en vigor.

Desde la visión del derecho uruguayo, el art. 6 en concordancia con el 19 de la ley concursal 18.837 posee un único procedimiento que es el de “concurso” a pedido de deudor o acreedor y es el juez quien, teniendo en cuenta la situación de la empresa puede disponer el “cese o clausura de la actividad”, en cualquier momento, a pedido de los acreedores, deudor, síndico o de oficio (art. 44, LCU). De esta forma, la presentación concursal siempre admite la inmediata continuación de la empresa, salvo motivo fundado para suspender la misma.

Como se puede colegir, no existe un criterio unificado en los diversos ordenamientos sobre la modalidad que puede adoptar el trámite, independientemente del sujeto que requiera la apertura de un proceso con una multiplicidad de intereses.

Retornando a nuestro sistema legal, más allá de las previsiones contenidas en el art. 90 de la LCQ (conversión de quiebra a pedido del deudor) y, cuando tenga acreditada la existencia de una unidad económica: empresa, el magistrado debería gozar de amplias facultades para decidir la admisión de un pedido de quiebra a pedido de acreedor, bajo la forma de un trámite preventivo. Esto, no solamente permitirá disminuir los cos-

tos operativos que genera el trámite de la quiebra sino, a la misma vez, atender la situación de insolvencia de la empresa, lo que permitirá adoptar medidas saneadoras más efectivas y rápidas.

La preocupación y atención que merece la insolvencia por parte de los órganos judiciales, amerita la adopción de remedios que permitan al enfermo, rápidamente, su curación. Para ello, el magistrado deberá tener en cuenta los siguientes factores: a) la condición de empresa del sujeto concursado; b) la posibilidad de continuar con la actividad de la hacienda en funcionamiento, sin contraer nuevos pasivos; c) la trascendencia de la empresa para la economía de la región o la economía del Estado; d) el plan de empresa que se implementará durante el procedimiento de saneamiento y que se requerirá al deudor; e) el mantenimiento de los puestos de trabajo; y f) el interés de los acreedores.

Tal vez, la receta, no logre curar al enfermo pero, cuanto menos, permitirá avizorar una mayor posibilidad de encaminar un proceso de reestructuración y reorganización que permita superar las dificultades que plantea la cesación de pagos, toda vez que la continuación de la explotación favorece la adopción de soluciones concordatarias, las que siempre son más beneficiosas que las que ofrece la quiebra liquidativa.

5.A.11) ¿EXISTE UN RECAUDO MÍNIMO DE CUMPLIMIENTO PARA LA PROCEDENCIA DE LA PRESENTACIÓN CONCURSAL?

WIEACKER sostiene que “el deudor ha de efectuar la prestación y el acreedor ha de exigirla conforme a la buena fe”¹⁰³⁸. Con lo que se sigue que si éste principio de las relaciones contractuales resulta exigible (art. 1198, Cód. Civ.) cuando el deudor se encuentra *in bonis*, el mismo toma mayor fuerza cuando estamos en presencia de un sujeto cuyo patrimonio se revela impotente para atender todas las obligaciones contraídas.

El art. 11 de la ley concursal (t.o. ley 24.522) establece una serie de recaudos formales de admisibilidad de la presentación concursal preventiva¹⁰³⁹, los que requieren ser cumplimentados según el sujeto que solicite

¹⁰³⁸ WIEACKER, Franz, *El principio general de la buena fe*, (trad. J. L. Carro) ed. Civitas, Madrid, (1977), pág. 97.

¹⁰³⁹ Cfr. Art. 11. Ley 24.522. “Requisitos del pedido”.

la presentación. Tanto las personas físicas¹⁰⁴⁰ como las de existencia ideal, deben cumplimentar requisitos mínimos de presentación que sirvan para poder delimitar el pasivo y recomponer el activo.

En el caso del deudor comerciante y las personas jurídicas regularmente constituidas, el art. 11 inc. 4° y 6° de la ley 24.522 les exige acompañar documentación que ponga de manifiesto como han llevado sus negocios. No podemos poner a todos los sujetos en igualdad de condiciones, sino establecer la igualdad entre los iguales. De allí, que no sea lo mismo, ser un comerciante o una sociedad (civil o comercial) regular, que un sujeto que no lleva contabilidad alguna, ya que la veracidad de la información que pueda acompañarse con la presentación hace a la buena fe negocial.

El ordenamiento falimentario que regula las alternativas de remedio a la crisis de la insolvencia, ha sistematizado los recaudos para la presentación concursal preventiva pero, en el caso del deudor persona física no comerciante, escapa en un silencio sepulcral acerca de las consideraciones de las causas que generaron su situación de insolvencia¹⁰⁴¹.

El atrasado –como solía mencionarse en épocas de la colonia– que no posee contabilidad y que su negocio se limita casi al salario que obtiene como contrapartida por colocarse a disposición de un empleador (en la hipótesis, existen muchos sujetos que podrían aparentar cierta condición

¹⁰⁴⁰ «Los comerciantes no matriculados no están exceptuados de la obligación de dar cumplimiento a ciertos requisitos estipulados en el art. 11 de la ley concursal, y, si bien no se les exige inscripción en el Registro Público de Comercio, tal circunstancia no los exime de presentar –en el caso, a los efectos de la pretendida homologación de un acuerdo preventivo extrajudicial– los registros o estados contables que deben llevar de acuerdo a su giro comercial». JNCom. n.º 7, “Guzmán de Larralde, Inés Nélica”. También se ha sostenido que: «si bien no se les exige inscripción en el Registro Público de Comercio, tal circunstancia no los exime de presentar los registros o estados contables que deben llevar de acuerdo a su giro comercial». Cfr. art. 11, inc. 6°; CNCom., sala B, “Martínez Leira, Nicanor T.”, del 15/6/2001, L.L. 2001-F-203; id., sala E, “Al-davec, Mario y otros”, del 20/3/1997, E.D. 125-526; CCivCom. Mercedes, sala II, “Bottaro, Alberto J.”, del 21/5/1987, J.A. 1988-I-588 y E.D. 125-527; CCivCom. Posadas, sala III, “Viveros Blas Wilson”, del 5/2/1997, LLLitoral, 1998-1-669; CCivCom. San Martín, sala II, “Ochoa, Claudia”, del 31/3/1998, LLBA. 1998-1132. «Es que si bien se los dispensa de la exigencia de regularidad, de ahí a reputar que el recaudo de presentación de libros no rige en absoluto “hay un trecho demasiado largo”». CCivCom. Rosario, Sala I, “Paolini, Juan C.”, del 19/12/1985, L.L. 1987-D-27.

¹⁰⁴¹ Cfr. MÁRMOL, Pablo Ernesto, *De requisitos y poderes se trata. En derredor de la presentación concursal preventiva*, LLNOA., 2005 (junio), 752.

empresarial, aunque se trate de pequeños deudores o, simplemente consumidores: profesionales, empleados públicos o privados, etc.), no puede ser asimilado a la gran empresa.

Si bien es cierto que la legislación concursal exige ciertos requisitos de cumplimiento por parte del deudor, también es cierto que la ley 22.917 ha unificado el procedimiento para los deudores civiles o comerciantes, permitiendo que aquél sujeto que no posee contabilidad alguna, simplemente, porque no está obligado a llevarla pueda tener el mismo trato; es decir, formular una propuesta de acuerdo a sus acreedores, que aquél otro que lleva teneduría de libros (art. 44, Cód. Com.). Pero, esta dispensa otorgada al deudor que realiza actividad exenta de las exigencias establecidas para los comerciantes, no puede transformarse en una liberalidad que, por lo menos, tienda a la recomposición patrimonial y a la delimitación del pasivo en aras, aunque más no sea, de la buena fe que debe revestir toda presentación judicial.

La ley 26.684 de reformas al régimen concursal, retomó la vieja senda trazada por la ley 19.551, la que en el art. 11 inc. 8° imponía al deudor la obligación de dar cuenta del pago de las remuneraciones de los empleados en relación de dependencia al momento de efectuar la presentación¹⁰⁴², lo cual normalmente se tornaba de cumplimiento imposible.

El legislador del año 2011 tomo distancia de la normativa del año 1972 –puesto que no exige el pago del salario a los trabajadores– e impuso al deudor la obligación de acompañar con su presentación nómina de los empleados, debiendo indicar, además, los datos personales y laborales de estos, juntamente con una declaración que acredite la existencia de deuda laboral y de deuda con los organismos de seguridad social, debiendo ser adjuntada dicha información con una certificación efectuada por contador público nacional (art. 11 inc. 8°, LCQ, t.o. ley 26.684).

Sin embargo, es posible que el deudor en el apuro o la urgencia o bien, la dificultad en juntar la documentación requerida, omita cumplir este recaudo. En tal supuesto, teniendo en consideración que el síndico con posterioridad a recibirse del cargo debe pronunciarse sobre los pasivos laborales (art. 14 inc. 11° a, LCQ, t.o. ley 26.684); la eventual omi-

¹⁰⁴² Art. 11 inc. 8° ley 19.551. "...Acompañar la documentación que acredita el pago de las remuneraciones y el cumplimiento de las disposiciones de las leyes sociales, del personal en relación de dependencia, actualizado al momento de la presentación...".

sión por parte del deudor sobre este recaudo, perfectamente, puede ser suplida con la información que acompañe el funcionario concursal al brindar su informe dentro de los 10 días de haber aceptado el ministerio para el que fue desinsaculado (art. 14 inc. 11º.a, LCQ, t.o. ley 26.684), acerca del pasivo laboral.

Resulta de mayor valor axiológico y económico que el deudor de cuenta de sus negocios, de los bienes integrantes del activo y de las modificaciones sufridas por éste, que la información adicional sobre la eventual deuda que mantiene con sus empleados; la cual puede, luego, ser corroborada por el síndico.

Así, quien pretenda acceder a la solución concursal –por los beneficios que le depara la posibilidad de abonar menos de lo que debe a sus acreedores– está, en cierta forma, compelido a ser veraz en su presentación y acompañar toda la documentación de la que disponga (aunque no cumpla con todos los recaudos que requieren los diversos incisos del art. 11, LCQ) para intentar realizar, la tan mentada, recomposición patrimonial. La entrega de los papeles que hagan a su oficio o negocio, el inventario de los bienes, la correspondiente publicación de edictos, la orden de anotar la inhibición general de bienes del deudor, hacen a la *good faith* con la que debe actuar el *debtor* durante el transcurso del proceso desde su iniciación hasta su culminación.

La buena fe debe garantizarse desde la misma presentación concursal¹⁰⁴³ y el deudor debe actuar, de tal forma, que el proceso se enderece a que éste sea merecedor de una solución concordataria, y no que se utilice como recurso técnico para eludir principios del ordenamiento. De allí que la veracidad con la que actúe el *cessatus*, entregando la documentación relativa a sus negocios¹⁰⁴⁴, acompañando un inventario de sus bienes y

¹⁰⁴³ Ha fijado posición en este sentido alguna doctrina judicial al sostener: «El consejo de administración goza de una apariencia de legitimidad para iniciar el proceso de concurso preventivo de una cooperativa, ello lo exige la buena fe y la seguridad jurídica, evidenciándose la representación que detenta y la administración que ejerce en virtud de que la sociedad se encuentra en funcionamiento y los actos que realizan se exteriorizan frente a terceros». Juzgado de Procesos Concursales y Registros n.º 2 de Mendoza, “Cooperativa de Trabajo Transporte Automotores de Cuyo T.A.C.”, LLGran Cuyo (2001), 715.

¹⁰⁴⁴ «La conducta del concursado de desistir de su presentación en concurso preventivo y efectuar una nueva presentación en el lapso de 24 hs. con ocultación de datos es contraria a los deberes de lealtad, probidad y buena fe y es pasible de sanción en los términos del art. 34 inc. 5º d) del Cód. Procesal, pues importa la desnaturalización de las figuras concursales para violar la

haciendo conocer la existencia del proceso concursal a sus acreedores, tiende a la acreditación de los extremos necesarios para admitir una presentación preventiva; sobre todo, por cuanto el concursado mantiene la administración de su patrimonio (art. 15, LCQ) y es a través de la presentación, el plan de administración y de pagos, y la propuesta que formule a los acreedores que podrá justificar la *bona fides* de su proceder.

La teleología de algunos recaudos formales de la presentación consagrada en el art. 11 de la ley de quiebras es permitir un adecuado conocimiento del cuadro económico global del deudor¹⁰⁴⁵. Por ende, si el *debitor* se encuentra en condiciones de acreditar el manejo de sus negocios (lleva contabilidad, posee bienes registrables, posee libros de comercio, etc.) está constreñido a cumplir con esta carga, por cuanto, la acreditación de tales extremos posee estrecha vinculación con el principio de universalidad concursal.

El principio de universalidad se materializa a través de la veracidad con la que actúe el deudor en su presentación y en relación con los actos cumplidos por éste ya que, la violación al principio de inalterabilidad de la situación de los acreedores de causa o título anterior a la presentación (art. 16, LCQ) o, en su caso, en relación a los bienes que garantizan el interés de éstos, la ley los fulmina con la ineficacia (art. 17, LCQ)¹⁰⁴⁶ en aras de garantizar la consabida integridad patrimonial.

Es por estas razones que los procesos concursales son procedimientos universales, colectivos o generales para diferenciarlos de los procesos ejecutivos, por cuanto, no se realizan en beneficio de uno o algunos sino, en el interés de todos los acreedores, quienes revisten la calidad de eventuales hasta que requieren su incorporación al pasivo mediante la revalida de sus pergaminos y obtienen el reconocimiento de tal condición: acreedores, en el concurso; lo que les permitirá tener una activa intervención en éste y participar de la votación de una propuesta de pago¹⁰⁴⁷.

competencia en razón del turno (del dictamen del fiscal que la Cámara comparte)». CNCom., sala E, “Argencitrus S. A. s/conc. prev.”, L.L. 2000-F-593, D.J. 2001-2-719.

¹⁰⁴⁵ CNCom., sala C, “Álvarez, Osvaldo Roberto, s/Concurso preventivo”, 30/03/2001, Lexis n.º 11/33003.

¹⁰⁴⁶ Cfr. VÍTOLO, “Iniciación...”, *op. cit.*, pág. 46.

¹⁰⁴⁷ Cfr. *idem*, pág. 47.



La ley concursal alude a la buena fe únicamente en los arts. 140 y 146, en relación a la actuación de los terceros para con el deudor y, en cuanto resulta atinente, a los bienes que fueron objeto de desapoderamiento. Sin embargo, la normativa falencial no protege, exclusivamente, el interés del tercero de buena fe, también resguarda el interés de los demás acreedores, a mérito del interés público que rige en la materia.

Permitir sancionar a terceros que actuaron de mala fe para con el deudor y/o los terceros acreedores, sin que exista tal contrapartida para quien recurre a la justicia a los fines de reestructurar sus deudas –con el fin de obtener el beneplácito de sus acreedores en admitir una propuesta concordataria que le permita pagar menos de lo que debe– sería sin más, admitir que la ley concursal es discriminatoria. Y tal aseveración, se revela inaceptable en un estado de derecho.

5.b) Elemento objetivo

5.B.1) DE LA CESACIÓN DE PAGOS A LA CRISIS EMPRESARIAL

Nuestro régimen concursal mantiene, en forma invariable, a pesar de las sucesivas reformas introducidas en los últimos cuarenta años (leyes 19.551, 22.917, 24.522, 25.563, 25.589, 26.086), el presupuesto objetivo de la “cesación de pagos”¹⁰⁴⁸, como requisito ineludible para acceder a la apertura del concurso o declaración de quiebra.

La ley 19.551 reformada por ley 22.917, no solamente amplió el elenco de sujetos concursables incorporando al comerciante no matriculado, sino también a las sociedades irregulares y de hecho (art. 11 inc. 1) y, entre las ventajas que ofrecía el sistema, estaba la de haber suprimido la obligación impuesta al deudor de concursarse dentro de los tres días de conocida la cesación de pagos flexibilizando, notoriamente, el sistema anterior¹⁰⁴⁹, lo cual se advertía como una sentida necesidad en orden a

¹⁰⁴⁸ «Para la apertura del proceso concursal se requieren tres presupuestos básicos. El primero ellos, la existencia del sujeto pasivo –el cual debe calificar para el proceso–; el segundo, un presupuesto objetivo, cual es que el deudor se encuentre en estado de cesación de pagos y, finalmente, un presupuesto activo, cual es que el sujeto legitimado solicite la apertura del proceso». Cfr. VÍTOLO, “*Descentralización...*”, *op. cit.*, pág. 930.

¹⁰⁴⁹ Cfr. MARTORELL, *op. cit.*, t. I, pág. 284.

compatibilizar la solución preventiva con los efectos que la negligencia en la pronta presentación imponían al *cessatus*.

Este recaudo de admisión (*cessation des paiements*, conforme la legislación francesa) a la *procédure collective* tuvo con el correr de los años, diversas posiciones doctrinarias que trataron de desentrañar el verdadero sentido y alcance de lo que debe entenderse por estado de “cesación de pagos” y, en tal sentido, se desarrollaron tres teorías: a) tesis materialista: incumplimiento de una obligación a su vencimiento; b) tesis intermedia: impotencia del patrimonio para afrontar las obligaciones que son exigibles, hasta llegar a la concepción más extendida: c) tesis amplia –ideada por BONELLI– y admitida por la doctrina nacional¹⁰⁵⁰, que se sustenta en la manifestación del estado de impotencia patrimonial, a través de los denominados: hechos reveladores (art. 79, LCQ).

YADAROLA –reproducido por CÁMARA– afirmaba que «la insolvencia es un concepto económico de sentido preciso; es el estado de desequilibrio entre los valores realizables y las prestaciones a cumplir. Para apreciar el estado de solvencia o insolvencia (...) se parte de la realizabilidad de los bienes (...), y se la compara con las obligaciones exigibles: si lo que se ha realizado de bienes –o de crédito– cubre estas deudas, se está en estado de solvencia»¹⁰⁵¹.

La comisión informadora del Primer Congreso Nacional de Derecho Comercial de 1940, concluyó: «sostenemos, con el Dr. YADAROLA, que la cesación de pagos no es una noción legislativa, sino un concepto doctrinario, que el mismo YADAROLA sintetiza en su ponencia, diciendo que “debe mantenerse el principio de que la cesación de pagos es el presupuesto al cual se condiciona la declaración de quiebra”»¹⁰⁵².

La expresión “cesación de pagos”, para el hombre común, tiende a confundirse con la voz “incumplimiento” pero, no siempre un incumpli-

¹⁰⁵⁰ Cfr. CÁMARA, Héctor, *El Concurso Preventivo y la Quiebra*, ed. Depalma, Bs. As., (1990), vol. III-B, págs. 764-765.

¹⁰⁵¹ El maestro cordobés cita un fallo del Dr. Cermesoni, en el que se lee: «La cesación de pagos es un estado patrimonial de impotencia frente las deudas, que tanto puede ser determinado por el incumplimiento de una obligación como por la confesión expresa o implícita del deudor, o por los procedimientos ruinosos, ficticios o fraudulentos a que puede recurrir el deudor para ocultar su estado de insolvencia” (1938, L.L., t. 15, p. 819). CÁMARA, *op. cit.*, vol. III-B, pág. 765, nota 4.

¹⁰⁵² *Idem*, pág. 766, nota 8.

miento o varios, acreditan la existencia de un estado que habilita a petitionar la apertura de un proceso colectivo: concurso o quiebra. Se trata, más bien, de un sujeto que no puede pagar, y que no podría hacerlo, en rigor de verdad, aunque quisiera¹⁰⁵³, con los bienes normalmente realizables, sin perjuicio de ocasionar un serio deterioro patrimonial.

Es compartida la posición del insigne CÁMARA quien sostuviera que no es propio del legislador exponer la naturaleza de lo que significa “cesación de pagos”, ni mucho menos, señalar cuales son los hechos que revelan la exteriorización de aquél estado (art. 78, LCQ), lo que debe quedar reservado al ámbito, estrictamente, académico¹⁰⁵⁴. No obstante ello, lo cierto es que nuestra ley concursal, admite un *numerus apertus* (art. 79, LCQ) de situaciones reveladoras que pueden corroborar tal circunstancia, la que puede no identificarse *stricto sensu*, con incumplimiento; *v. gr.*: ocultación o ausencia del deudor, clausura o cierre de la administración, venta a precio vil, entre otros. Aunque, valga la aclaración, tales actitudes hacen suponer la imposibilidad de cumplir.

Este criterio objetivo de apreciación del supuesto requerido por la ley concursal se ha mantenido hasta nuestros días como recaudo ineludible de admisión a la *procedura*, aunque con algunas excepciones luego de la modificación implementada por la ley 24.522. Es el caso del concurso por agrupamiento, el concurso del garante y el del acuerdo preventivo extrajudicial.

La crisis internacional y en particular las crisis sistémicas desatadas, singularmente, en la República Argentina, justificarían abandonar el criterio de estado de cesación de pagos, y acercarnos más a un concepto más *aggiornato* de “crisis patrimonial” o, simplemente “insolvencia”, que permita la intervención judicial efectiva y oportuna *ex ante*, lo que permitirá lograr *ex post*, conservar la empresa y adoptar las soluciones necesarias para reestructurar el pasivo¹⁰⁵⁵.

Años atrás, en épocas de imperio de la ley 19.551 ya se profesaba acerca de la necesidad de recurrir a nuevos conceptos, tales como: “crisis económica”, un tanto más distanciado del tradicional: “cesación de pagos”; aunque esta imprecisa expresión llevaría a una multiplicidad de in-

¹⁰⁵³ Cfr. MARTORELL, *op. cit.*, t. I, pág. 303.

¹⁰⁵⁴ Cfr. CÁMARA, *op. cit.*, vol. III-B, págs. 767-768.

¹⁰⁵⁵ Cfr. *idem*, pág. 769.

terpretaciones de acuerdo al criterio personal de cada juez, cada deudor y la coyuntura económica existente al momento de la presentación, a los fines de establecer si el *cessatus* se encuentra en estado de insolvencia¹⁰⁵⁶.

La injerencia de la quiebra en la dimensión económica de la empresa siempre ha instado al intérprete al estudio y comprensión de los principios y fenómenos que gobiernan la problemática jurídica y económica de la hacienda, a los fines de verificar en la práctica, la dinámica de las condiciones que pueden determinar el estado de insolvencia y los mecanismos necesarios para evitar la quiebra.

El art. 5 *in fine* de la *Legge Fallimentare* italiana dispone que el estado de insolvencia “se manifiesta por el fracaso a falta de otros acontecimientos externos, que demuestren que el deudor ya no está en condiciones de cumplir regularmente con sus obligaciones”¹⁰⁵⁷. Para la doctrina judicial italiana, el presupuesto objetivo de la situación de insolvencia no se diferencia en el proceso de concordato preventivo de aquél que se requiere en la quiebra, sino en términos de que en el concordato, la insolvencia, no debe ser tal que evite un pronóstico favorable a fin de pagar a los acreedores en tiempo y, por lo menos, el mínimo previsto por la ley, sin embargo, aún cuando esta posibilidad se aprecia favorablemente, la insolvencia no difiere de la que se requiere para la quiebra, ese hecho debe ser declarado cuando faltan otras condiciones para la admisión al procedimiento¹⁰⁵⁸.

Este criterio, de incumplimiento regular, admitido por la ley italiana no discrepa de nuestro sistema jurídico, pero la *InsO* alemana avanza hacia un concepto más amplio para la admisión al proceso concursal. En efecto, la ley del país germano requiere la existencia de, por lo menos, una de tres posibilidades consideradas necesarias para la admisión de un pedido de quiebra: insolvencia, amenaza de insolvencia o sobreendeudamiento:

¹⁰⁵⁶ Para el profesor ROJO ya no se habla de insolvencia, sino de situación de crisis económica, concepto metajurídico y –lo que es más importante– sin posibilidad de ser confundido con los que habitualmente usan las leyes concursales (...). Cfr. *ibidem*, nota 17.

¹⁰⁵⁷ La traducción me pertenece.

¹⁰⁵⁸ Cfr. *Corte di Apelo di Cassazione*, Italia, sentenza 8 ottobre 1999, n.º 11288 in *Fallimento*, (2000), 1258.

a) El presupuesto general es la insolvencia (*Zahlungsunfähigkeit*) (art. 17.I), definida como la imposibilidad del deudor de cumplir con las obligaciones exigibles (art. 17.II) y “se supone como regla cuando el deudor ha cesado en los pagos” (art. 17.II, *in fine*);

b) La segunda posibilidad es la amenaza de insolvencia (*Drohende Zahlungsunfähigkeit*). Ésta es una alternativa que sólo puede ser hecha valer por el deudor, y que se manifiesta por una situación de insolvencia potencial, cuando “es previsible que el deudor no se encontrara en condiciones de cumplir con las obligaciones de pago, pendientes en el momento del vencimiento” (art. 18.I y II). Esto posibilita anticipar la apertura del procedimiento y reflotar una situación de crisis, sin que por ello se vea menoscabado el derecho de los acreedores a la satisfacción de sus créditos (art. 18). Constituye un presupuesto que hace viable el procedimiento, solamente, cuando lo peticiona el propio deudor (si fuere persona jurídica o sociedad sin personalidad. La petición debe ser formulada por la totalidad de los miembros del órgano de representación y por todos los socios personalmente responsables, o por todos los liquidadores, salvo autorización expresa para hacerlo el representante) (art. 18);

c) Por último, se refiere al “sobreendeudamiento”: el que está definido como existente “cuando el patrimonio del deudor no cubre las obligaciones contraídas” (art. 19.I y II)¹⁰⁵⁹. «Este presupuesto que obliga a los administradores a solicitar el concurso ha sido dejado de lado por la reforma del 20 de octubre de 2008 (*FMStG*) que introduce un cambio fundamental al exceptuar del concepto de sobreendeudamiento, “aquellos casos en los que la continuidad de la empresa es, bajo todas las circunstancias, bastante probable (o verosímil)”. El cambio acontecido en este presupuesto del concurso, tiene por objetivo, excusar a los administradores de la obligación de presentar en concurso a las empresas que, como consecuencia del deterioro sufrido en el valor de sus activos financieros o inmobiliarios, como consecuencia de la crisis global, quedaron atrapados en el concepto legal primigenio del sobreendeudamiento»¹⁰⁶⁰.

¹⁰⁵⁹ DASSO, Ariel A., *Derecho Concursal Comparado*, inédito, ed. Legis, Bs. As., (2009). El artículo me fue facilitado por el autor, previo a su publicación.

¹⁰⁶⁰ DASSO, Ariel A., *La primera respuesta del derecho concursal a la crisis global; la reforma de la Insolvenzordnung*, L.L. Sup. CyQ, febrero (2009), 1.

Los alemanes, a pesar de que la ley ya lleva 10 años de vigencia, pero 15 años desde su promulgación, han sido precursores y diseñaron un procedimiento, que le permite al deudor anticiparse a la cesación de pagos y reclamar la aplicación de la ley, cuando advierta que no se encontrará en condiciones de cumplir con las obligaciones a su vencimiento, lo que importa deducir que está un paso adelante, a que se instale, definitivamente, la insolvencia.

Bélgica posee un sistema similar al alemán que habilita la presentación concursal del deudor: “si no puede temporalmente pagar sus deudas o si la continuidad de su empresa es amenazada por dificultades que pueden conducir, más o menos, a breve plazo, a un cese en los pagos” (art. 9 *Loi relative au concordat judiciaire*), aunque condiciona el mismo a que la empresa pueda superar la crisis financiera y su recuperación económica sea posible.

España, en el art. 2 de la ley de concursos 22/2003, incorpora diversos presupuestos objetivos: a) insolvencia; b) cuando el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles; c) cuando el deudor justifique una situación de insolvencia actual o inminente, en la que “prevea que no podrá cumplir regular y puntualmente sus obligaciones; y d) a pedido de los acreedores.

En general, las modernas legislaciones concursales apuntan a la atención y protección de la empresa antes de que se instale la insolvencia, finalmente, se vuelva irreversible y sea evidente que el deudor no podrá cumplir con sus compromisos. La utilización de «los vocablos “crisis” e “insolvencia”, han sido empleados de distintas maneras por los numerosos autores que abordan el tópico»¹⁰⁶¹. Ahora bien, el vocablo crisis, proviene del latín *crisis*, y este del griego *κρίσις*, y significa en su 4ª acepción: “momento decisivo de un negocio grave y de consecuencias importantes”¹⁰⁶².

Como menciona el profesor ALEGRÍA, «la globalización no implica necesariamente la adopción, a la *page* de normas que rigen para mundos económicos sociales y culturales diferentes, cuya transposición o trasplante no cuenten con aceptación del cuerpo al que se integren (Nathalie

¹⁰⁶¹ ALEGRÍA, Héctor, *Reflexiones sobre la concursabilidad*, L.L. 2007-A-678.

¹⁰⁶² Diccionario de la Real Academia Española, 4ª acepción, (22ª edición), ed. Espasa-Calpe.

Martin)»¹⁰⁶³, pero la adopción de un criterio en el que el deudor, verdaderamente, justifique la existencia de una situación de crisis que importe la adopción de medidas de protección o de solución preventivas, no infiere apartarse, sin motivo, de nuestra tradición concursal.

La crisis de la empresa puede conceptuarse como la situación económica-financiera en la que se produce una caída significativa y larga del nivel de actividad económica, con mayor preponderancia en el corto plazo que determina el riesgo de insolvencia, lo cual justifica la adopción de medidas correctivas o protectorias (a veces), tendientes a preservar la actividad económica y, por ende, la empresa. Y, en tal dirección, se puede admitir que acreditada la existencia de una “empresa”, la crisis de esta que podría llevarla a la insolvencia irreversible con la consecuente liquidación de los activos, habilitaría a aceptar un criterio amplio en cuanto a la consideración del elemento objetivo de admisión del proceso universal.

5.B.2) LA PRESENTACIÓN EN CONCURSO: ¿DÉBE SER OPORTUNA?

Si se partiera del presupuesto de que el estado de crisis de la empresa es el postulado necesario para la presentación o declaración del estado concursal, deberíamos preguntarnos si conocido que fuere tal estado, existe obligatoriedad en efectuar la petición concursal: sea preventiva o liquidativa.

Nuestro sistema legal, desde la sanción del Código de Comercio para la Provincia de Buenos Aires en 1857 (art. 1522) y convertido en Código de Comercio para la Nación Argentina en 1862, pasando por el texto luego de la reforma de 1889 (art. 1389), continuando por el art. 1384 de la ley 4156 (Adla, 1889-1919-564), siguiendo por el art. 11 de la ley 11.719 (Adla, 1920-1940, 325) y por los arts. 10 de la ley 19.551 y 236 inc. 5° del texto reformado por ley 22.917 (Adla, XLIII-D-3771)¹⁰⁶⁴, imponía al deudor insolvente la obligación de presentarse en la jurisdicción denunciando su estado de cesación de pagos y someterse a las disposiciones de la ley de quiebras. El incumplimiento de esa obligación aparejaba califi-

¹⁰⁶³ ALEGRÍA, *op. cit.*, pág. 678.

¹⁰⁶⁴ Cfr. IGLESIAS, José A., *La filosofía de la ley de concursos y quiebras*, L.L. 1995-E-1188.

car la conducta del deudor como culpable, sistema que se mantuviera incluso, durante el régimen de la ley 22.917 (art. 236, inc. 5).

El régimen implementado bajo la vigencia de la ley 11.719 (t.o. 1933) era severo; el deudor debía efectuar la presentación concursal dentro del plazo de tres días de conocido el estado de cesación de pagos y el incumplimiento a tal deber, conllevaba juzgar su conducta como culpable. Esta sanción extrema de la ley obligó a su reforma, por lo que la comisión redactora del proyecto de modificación a la ley concursal 11.719, lisa y llanamente, suprimió el plazo de tres días que fijaba la ley anterior.

Este requisito, como aquél que imponía al deudor la obligación de “acompañar la documentación que acredita el pago de las remuneraciones y el cumplimiento de las disposiciones de las leyes sociales del personal en relación de dependencia” (art. 11 inc. 8° ley 19.551 reformada por ley 20.595 [Adla, XXXIV-A-30]), a lo que MAFFÍA denominara: “la maldición de la momia”¹⁰⁶⁵, era de cumplimiento casi imposible, por lo que no existieron mayores reparos en promover su posterior derogación¹⁰⁶⁶.

La ley 24.522 no establece ningún límite temporal para la presentación concursal y mucho menos fija algún tipo de sanción por la falta de presentación oportuna de la petición, por cuanto, por un lado derogó el régimen de “calificación de conducta” (Capítulo IX, ley 19.551) y, por otro, priorizó el concurso preventivo frente a la quiebra (art. 10, LCQ). La utilización del remedio preventivo es una potestad del deudor (art. 5, LCQ), quien que puede optar por la solicitud de convocatoria tendiente a negociar un acuerdo con los acreedores, o bien, escoger derechamente solicitar su quiebra; y tal actitud, no puede merecer reproche alguno. Pero también, si así lo estima adecuado, puede no recurrir a ningún método de recomposición o liquidación, ya que puede estimar que podrá superar el estado crisis sin apelar a recursos técnico-jurídicos (concurso preventivo o quiebra) para sortear una situación coyuntural; requiriendo por ejemplo: aportes de los socios a los fines de hacer frente a las obligaciones.

¹⁰⁶⁵ Cfr. MAFFÍA, Osvaldo J., *El famoso “inciso octavo” y la maldición de la momia*, L.L. 1979-B-577.

¹⁰⁶⁶ El docto CÁMARA enseñaba que esta exigencia resulta inoficiosa en la vida real, ya que no se cumple... «basta penetrar superficialmente (rasgar apenas) la realidad económica y jurídica de nuestra sociedad, para comprobar que la posibilidad de encontrar un solo comerciante o sociedad comercial que se presente dentro del tercer día de tener conocimiento de su estado de cesación de pagos es, lisa y llanamente, una utopía». Cfr. CÁMARA, *op. cit.*, vol. III-B, pág. 482.

Ahora bien, si el deudor decide apelar al concurso, resta por desentrañar si dicha opción de presentación, debe ser o no oportuna. De acuerdo a la Real Academia Española, “oportuno” proviene del latín *oportūnus*, y en su primera acepción significa “algo que se hace o sucede en tiempo a propósito y cuando conviene”. De otro lado, “oportunidad” proviene del latín *opportunitas*, *-ātis*, el que en su primera acepción implica: sazón, coyuntura, conveniencia de tiempo y de lugar¹⁰⁶⁷.

Con la depuración de estas expresiones, puede seguirse que el concurso –más que tempestivo¹⁰⁶⁸– debe ser conveniente, esto es, eficaz, apropiado, beneficioso y no necesariamente realizado en forma temporánea o tempestiva¹⁰⁶⁹, léase rápida.

En las modernas legislaciones, el estado de crisis económica o financiera que amenace gravemente el interés de los acreedores en la satisfacción normal de sus acreencias¹⁰⁷⁰ es presupuesto suficiente para admitir la presentación concursal y éste estado puede presentarse en el corto o mediano plazo y no en forma imprevista o súbita. Si bien es cierto –como señala el profesor RICHARD– el problema del tiempo de apertura del procedimiento concursal (*timing problem*)¹⁰⁷¹ es tema de preocupación de los concursalistas, no menos cierto es que, la urgencia no siempre es sinónimo de oportunidad o conveniencia, como reza el refrán popular.

La adopción de medidas oportunas: contención o disminución de los costes operativos, reducción de horas extras, rebaja salarial, diversificación de las inversiones, refinanciación de deudas, aumento de capital, etc., pueden convertirse, en ocasiones, en instrumentos idóneos, tanto o más útiles, que una presentación concursal inmediata, con los inevitables costos que paga un concursado al formular su presentación: imposibilidad de acceder al crédito, cierre de cuentas, descrédito, conflictos laborales, problemas con proveedores; por mencionar sólo algunos.

¹⁰⁶⁷ Diccionario de la Real Academia Española, (22ª edición), ed. Espasa-Calpe.

¹⁰⁶⁸ RICHARD, Efraín H., *Tempestividad en la presentación en concurso*, ed. Astrea, ISBN: 950-508-630-X, pág. 1.

¹⁰⁶⁹ Cfr. ESCUTI, Ignacio A., *El derecho en crisis y las empresas en dificultades en el mundo globalizado*, RDCO, 2002-3, pág. 720; RICHARD, *op. cit.*, pág. 1.

¹⁰⁷⁰ ARROYO MARTÍNEZ, Ignacio, *La disciplina de los procesos concursales. Criterios de reforma*, en “Derecho mercantil de la comunidad económica europea. Estudios en homenaje a José Girón Tena”, ed. Civitas, Madrid, (1991), pág. 119.

¹⁰⁷¹ RICHARD, *op. cit.*, pág. 3.

Si bien es una realidad –como menciona el profesor ROJO– que en ocasiones el concurso llega tarde, al punto que el patrimonio prácticamente ha desaparecido, lo cual resulta óbice para la solución preventiva¹⁰⁷², también es cierto que otras tantas veces, a pesar de que llega en forma tempestiva, se adormece en el letargo judicial, lo que también hace que la solución tampoco llegue a tiempo.

En España, la ley concursal 22/2003 impone al deudor la obligación de solicitar su declaración de concurso dentro del plazo de dos meses siguientes a la fecha en que hubiera conocido o debido conocer su estado de insolvencia (art. 5, LCE). La violación a esta disposición genera la presunción en contra del deudor, sus representantes legales, administradores o liquidadores, de haber actuado con dolo o culpa grave (art. 165, LCE).

Pero a contrapelo con esta disposición, por Real Decreto-Ley del 31 de marzo de 2009, la Jefatura de Estado del gobierno español dispuso la modificación parcial de la ley concursal 22/2003 y en referencia al artículo 5 dispuso agregar el inciso 3, el que reza, conforme sigue: “El deber de solicitar la declaración de concurso no será exigible al deudor que, en estado de insolvencia actual, haya iniciado negociaciones para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio y, dentro del plazo establecido en el apartado 1 de este artículo, lo ponga en conocimiento del juzgado competente para su declaración de concurso. Transcurridos tres meses de la comunicación al juzgado, el deudor, haya o no alcanzado las adhesiones necesarias para la admisión a trámite de la propuesta anticipada de convenio, deberá solicitar la declaración de concurso dentro del mes siguiente”.

Como se advierte, ante la crisis global, el gobierno español acudió a la inmediata modificación de la ley concursal, tratando de esta forma de paliar la crisis por la que atraviesan las empresas, atemperando de esta forma la obligatoriedad de presentación inmediata de concurso.

En el caso de Alemania, la *InsO* impone a los administradores la obligación de solicitar la apertura del concurso cuando la sociedad se en-

¹⁰⁷² Afirma el maestro español, que «el concurso de acreedores debe ser un instrumento técnico para curar enfermos y no para enterrar cadáveres». Cfr. ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Ángel, *La reforma del derecho concursal español* en “La reforma de la legislación concursal”, ed. Marcial Pons-Registadores de España, Madrid · Barcelona, (2003), pág. 113.



cuentre incursa en algún supuesto objetivo de admisión al procedimiento, sancionando con pena privativa de la libertad de hasta tres años o con multa, a quien (...) no presente una solicitud de concurso, no la presente correctamente o no la presente temporáneamente (art. 15.1, *InsO*). Pero, esta expresión de deseos del legislador germánico se vio empañada por la crisis del año 2008, lo que obligó a una pronta reforma de la ley concursal (soluciones puntuales para situaciones de coyuntura).

Esta vertiginosa respuesta vino de la mano de la ley del 20 de octubre de 2008 publicada en el *Bundesblatt* (Boletín Oficial de Alemania) y que fuera sancionada por el Parlamento Federal de Alemania denominada: “Ley para la estabilización del mercado financiero” (*Finanzmarktstabilisierungsgesetz*), por la cual se excusa a los administradores de formular la presentación concursal en “aquellos casos en los que la continuidad de la empresa es, bajo todas las circunstancias, bastante probable (o verosímil)”¹⁰⁷³.

Como es fácil advertir, las consecuencias de la crisis impusieron nuevos criterios, menos sancionatorios para los administradores, cuando exista la posibilidad de proseguir con el negocio. Basado en estas circunstancias, es que cabe el interrogante acerca de la aceptación de una teoría que obligue a efectuar, “tempestivamente”, una presentación concursal¹⁰⁷⁴, *soprattutto* cuando el supuesto objetivo de admisión del proceso universal sigue siendo, el ya en crisis: estado de cesación de pagos.

Cada vez más, el centro de gravedad se traslada de la cesación de pagos a la situación de crisis, económica o financiera; o sea, a aquel estado patrimonial que lesione o amenace gravemente con lesionar el interés de los acreedores, a la satisfacción normal y ordenada de sus créditos¹⁰⁷⁵.

La *nouvelle loi* francesa remarca, muy especialmente, la necesidad de informar, tempestivamente, las “señales de alarma” (*procédure d’alerte*), lo cual permite iniciar un trámite colectivo no al margen de la voluntad del empresario, sino oportuno y de acuerdo a la efectiva comprobación de los problemas que ameritan el inicio del procedimiento¹⁰⁷⁶.

¹⁰⁷³ Cfr. DASSO, “La primera respuesta...”, *op. cit.*, pág. 1.

¹⁰⁷⁴ Cfr. ESCUTI, *op. cit.*, pág. 720; RICHARD, *op. cit.*, pág. 1.

¹⁰⁷⁵ ARROYO MARTÍNEZ, *op. cit.*, pág. 119 y 123.

¹⁰⁷⁶ Cfr. MAFFÍA, Osvaldo J., *Francia. La ley del 26/julio/05 sobre salvaguarda de la empresa*, E.D. 214-993 (2005).

Como lo refiere el maestro DASSO en relación a las proyecciones en el derecho comparado: el objetivo ya no es sólo impedir la quiebra, sino evitar la crisis, y esto importa afrontar el fenómeno cuando éste se insinúa en la gestión, antes que sedimente la indeseada: cesación de pagos¹⁰⁷⁷.

No descarto que existen posiciones que vinculan la presentación –lo más temprana posible– con la responsabilidad que cabe a los administradores por tal incumplimiento¹⁰⁷⁸, pero se aprecia que, tal criterio de relacionar conveniencia con obligación o responsabilidad, no sería lo más adecuado para lograr el tan anhelado deseo de superar el estado de crisis empresarial o de cesación de pagos.

Tal vez sería visto con buenos ojos para una futura reforma, que el deudor formalice la presentación concursal mientras tenga posibilidades concretas de ofrecer propuesta concordataria, factible de cumplimiento; pueda formular un plan de administración y reestructuración de pasivos; el objeto sea posible y, por último, que exista cierta relación proporcional entre activo y pasivo, aunque no se encuentre en estado de cesación de pagos y no obstante no haga la presentación concursal en forma tempestiva, esto es, con la primera señal de alarma.

No deberá perderse de vista que la no presentación concursal no genera ninguna sanción, como que la no adopción de cualquier otra medida tendiente a superar la situación de crisis merece recompensa alguna¹⁰⁷⁹. La permanencia del deudor que ha cesado en sus pagos es una cuestión que concierne exclusivamente a él y a sus acreedores, quienes tendrán la facultad de solicitar la declaración de su quiebra frente al incumplimiento por parte de éste a sus obligaciones. Precisiones aparte, bueno es recordar que las cuestiones entre deudor y acreedores, en origen, sigue siendo la esencia del problema entre el crédito y la obligación.

¹⁰⁷⁷ Cfr. DASSO, Ariel A., Un “nuevo” Derecho Concursal en el Derecho Comparado. En ocasión de la reforma al régimen italiano (2005/2006), L.L. 2007-A-957.

¹⁰⁷⁸ Cfr. ESCUTI, *op. cit.*, pág. 720; RICHARD, *op. cit.*, pág. 1.

¹⁰⁷⁹ Cfr. IGLESIAS, *op. cit.*, pág. 1188.

5.B.3) EL PATRIMONIO. GARANTÍA DE SATISFACCIÓN PARA LOS ACREEDORES

El art. 1º *in fine* de la Ley de Concursos y Quiebras adopta el principio de universalidad activa, en tanto, establece que el proceso concursal extiende sus efectos sobre todo el patrimonio del *cessatus*¹⁰⁸⁰, con excepción de las disposiciones sobre determinados bienes¹⁰⁸¹. Para GARAGUSO y MORIONDO la legislación Argentina no ha acogido en forma textual aquella frase trillada en el mundo del derecho de que “el patrimonio es la garantía general de los acreedores”. Pero que no esté expresado en el Código Civil o surja de otros textos legales, no puede llevarnos a sostener que se trate de un principio general nacido de una construcción interpretativa, pues, la ley 24.522 lo ha regulado de manera incontrastable¹⁰⁸².

Nuestro régimen concursal concretizó como principio instrumental la unidad patrimonial y la simplificación de los métodos de recomposición del patrimonio del deudor. Estos objetivos cumplen con el sacro deseo de garantizar a los acreedores el cobro de sus pretensiones creditorias, protegiendo en última instancia, el tan consabido: “interés de los acreedores”.

De esta forma, el ordenamiento concursal repara en dos principios rectores: «a) el de universalidad patrimonial que desde el polo activo procura establecer la unidad del patrimonio y la proyección de los efectos del proceso concursal sobre la totalidad de ese conjunto de bienes y desde el polo pasivo involucra a la generalidad de las deudas e implica el llamamiento a todos los acreedores por causa o título anterior a la presenta-

¹⁰⁸⁰ Art. 1. *Cesación de pagos*. “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, sin perjuicio de lo dispuesto por los artículos 66 y 69”. *Universalidad*. “El concurso produce sus efectos sobre la totalidad del patrimonio del deudor, salvo las exclusiones legalmente establecidas respecto de bienes determinados”.

¹⁰⁸¹ Art. 108. *Bienes excluidos*. Quedan excluidos...: 1) Los derechos no patrimoniales. 2) Los bienes inembargables. 3) El usufructo de los bienes de los hijos menores del fallido, pero los frutos que le correspondan caen en desapoderamiento una vez atendidas las cargas. 4) La administración de los bienes propios del cónyuge. 5) La facultad de actuar en justicia en defensa de bienes y derechos que no caen en el desapoderamiento, y en cuanto por esta ley se admite su intervención particular. 6) Las indemnizaciones que correspondan al fallido por daños materiales o morales a su persona. 7) Los demás bienes excluidos por otras leyes.

¹⁰⁸² Cfr. GARAGUSO y MORIONDO, *op. cit.*, t. I, pág. 32-33.

ción concursal; b) el de concursalidad (que es derivación lógica de la universalidad), merced al cual la apertura del proceso colectivo genera la carga procesal de los sedicentes titulares de acreencias de concurrir y hacer valer esos derechos de conformidad al régimen concursal»¹⁰⁸³.

La importancia de la determinación del activo reviste particular interés si se abreva en que es, precisamente, el patrimonio la garantía más inmediata y directa de satisfacción que poseen los acreedores frente al concurso o quiebra de su deudor, lo cual posee sustento tanto para la hipótesis de concurso preventivo cuanto para la de quiebra.

En efecto, en caso de concurso, la entidad del patrimonio del deudor determinará el límite de quita a la que estarían tentados a renunciar los acreedores puesto que, la cantidad de bienes de los que es titular el *cessatus* en la ecuación: activo sobre pasivo, determinará, normalmente, el porcentaje de sacrificio que los acreedores serán seducidos a renunciar y que el deudor propondrá para lograr el acuerdo. Empero, en caso de quiebra, la maximización de los bienes del fallido posee relación directa con el mejor beneficio que de su liquidación se pueda lograr para satisfacer el interés de los acreedores.

Desde algún punto de vista, la eficiencia económica, la reducción de costes de transacción y el mejor resultado a través de la obtención de un mayor valor de los bienes para satisfacer el interés de los *creditors* se sustenta en la teoría que analiza el derecho desde el punto de vista económico¹⁰⁸⁴, aunque existen otras posiciones que protegen otros intereses.

El patrimonio resulta de vital importancia para el interés general comprometido en el proceso universal. Si el deudor hubiere dispuesto de sus bienes para ocasionar un perjuicio a sus acreedores en clara contra-

¹⁰⁸³ «Esto es, de insinuar sus créditos para obtener el reconocimiento de la cuantía y graduación de los mismos a través de un procedimiento típico (arts. 32 y 125, 200, ley 24.522) o mediante la utilización del proceso incidental de la verificación tardía. Estas y otras reglas monitoras impregnan la integralidad del ordenamiento específico, que se esmera en marcar diferencias según se trate de un concurso preventivo o de un proceso falencial». TSJ Córdoba, sala civil, “Bank Boston Nacional Association I.V.T. en Sánchez, Ricardo Noel s/conc. prev. s/recurso de casación, elDial.com - AA2C0E, 20/04/2005.

¹⁰⁸⁴ ALEGRÍA, Héctor, *Diálogo de economía y derecho y convergencias culturales y sociales en la insolvencia*, comunicación dada en la Academia de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires en sesión privada del 14 de setiembre de 2006, pub. en Anticipo de “Anales”, año LI, segunda época n.º 44 y en L.L. 2007-C-900.

dicción con los preceptos protectorios de la ley, tal acto –contrario a la norma– resultará ineficaz respecto de los acreedores.

En el preciso momento en que el *debitor* solicita la apertura del proceso universal (concurso o quiebra), el mismo pierde la libre disponibilidad material de su patrimonio, el que queda bajo un régimen de “administración controlada” por el síndico y el juez (art. 15, LCQ). Durante el trámite del preventivo, la administración la ejerce el propio deudor en los límites de los arts. 16 y 17 de la ley 24.522. No obstante, en hipótesis de quiebra, opera el art. 107 y el fallido es desapoderado de sus bienes a la fecha de la sentencia que declara la falencia como, asimismo, de todos los que adquiera hasta su rehabilitación.

Dentro de los efectos que encontramos en todo proceso falencial, la quiebra produce efectos sobre todo el patrimonio del deudor; también aquellas entidades que no tienen autonomía, o que de por sí no presentan un valor económico o no presentan un valor económico inmediato: derechos, poderes, facultades, potestades, expectativas, situaciones, de derecho o de hecho –aun complejas, como las contractuales–, acciones y cuanto la nomenclatura jurídica haya acuñado para clasificar los factores del patrimonio¹⁰⁸⁵.

Conforme lo refiere el art. 2311 del Código Civil todas las cosas susceptibles de tener un valor se reúnen en forma ideal bajo un mismo régimen de control y vigilancia, las que juntamente con aquellos objetos inmateriales (art. 2312, Cód. Civ.) constituyen los bienes que en su conjunto conforman el patrimonio de una persona.

El concurso supone que «en él se ha de ventilar la suerte del patrimonio concebido como *universitas juris*, por lo que en principio quedan comprendidos todos los bienes que lo integran»¹⁰⁸⁶, salvo las excepciones expresamente excluidas por el legislador, congruente con lo que se desprende del art. 108 de la Ley de Concursos y Quiebras.

La conveniencia –según criterio del legislador– de excluir bienes determinados: *v. gr.* bienes inembargables, estriba en la necesidad de permitir que el deudor pueda cubrir sus necesidades básicas asistenciales (*vide*

¹⁰⁸⁵ Cfr. KLEIDERMACHER, Arnoldo, *Los efectos de la Quiebra para el Fallido*, en “Derecho Concursal, Efectos universales y administración de la quiebra”, (dir) Arnoldo KLEIDERMACHER, ed. Ábaco de Rodolfo Depalma, Bs. As., (1999), t. 2, pág. 104.

¹⁰⁸⁶ RIVERA, *op. cit.*, t. I, pág. 132.

arts. 799 y 3474; Cód. Civ.), para lo cual goza del “beneficio de competencia”, que se concede a ciertos deudores para no obligárseles a pagar más de lo que buena o humanamente puedan, permitiéndoles guardar aquellos necesarios para una subsistencia decorosa; lo cual no significa que el deudor que viva en una lujosa manción de varios cientos de miles de dólares, pueda hacer uso del beneficio que le otorga la legislación para conservar su nivel de vida; todo lo contrario, lo que se pretende es que el mismo no quede en situación tal, que ello le impida su manutención.

Los bienes inembargables referidos en el art. 108 inc. 2º de la ley 24.522, esto es, los que resultan imprescindibles para su vida personal, como por ej. el lecho cotidiano del deudor y de su familia, las ropas y muebles de su indispensable uso y los instrumentos necesarios para su profesión, arte u oficio (art. 3878, Cód. Civ.), quedan exceptuados del desapoderamiento, lo cual se justifica en razones humanitarias.

En caso de sociedad conyugal, los bienes propios y los gananciales adquiridos con el trabajo personal de alguno de los cónyuges, sometidos a un régimen de libre administración y disposición por cada uno de ellos (art. 1276, Cód. Civ.), no responden por las obligaciones contraídas en relación al otro (art. 5, ley 11.357). Sin embargo, este carácter sólo resulta relevante entre ellos, mientras se encuentren *in bonis* ya que, en caso de insolvencia de uno de los esposos, el patrimonio (sin distinguir entre gananciales de administración reservada y/o propios del cónyuge fallido) queda afectado a garantizar el interés de todos los acreedores¹⁰⁸⁷, conforme la disposición contenida en el art. 1275 del Código Civil que obliga a la sociedad conyugal por todas las deudas contraídas por uno de los esposos¹⁰⁸⁸.

Existen otros derechos que no caen bajo al órbita del desapoderamiento y, por ende, no se encuentran sometidos al régimen concursal, como son los derechos no patrimoniales: *v. gr.* nombre, honor, filiación, patria potestad, etc.; como, asimismo, las indemnizaciones que correspondan al fallido por daños materiales o morales a su persona, los que quedan excluidos ya que estos derechos no se transmiten *mortis causa*.

¹⁰⁸⁷ CNCom., sala A, “M. C. B. s/quiebra”, RSC 33-114.

¹⁰⁸⁸ Art. 1275. Son a cargo de la sociedad conyugal: “...3º) Todas las deudas y obligaciones contraídas durante el matrimonio por el marido, y las que contrajere la mujer en los casos en que puede legalmente obligarse...”.

Ahora bien, la quiebra por sí sola, no resulta suficiente para resguardar el interés de los acreedores, aparece impostergable la estratificación del activo, en orden a resguardar la satisfacción de los *creditors*, lo cual posee justificado sustento en razones de seguridad jurídica y paz social, lo que impone que frente a la declaración de falencia se actúe instantáneamente¹⁰⁸⁹.

A pesar de que el patrimonio del deudor representa la prenda común de los acreedores y que el mismo como principio no es absoluto –en relación a ciertos bienes necesarios para para la subsistencia material y moral del deudor y de su familia y para llevar una vida digna y mínimamente decorosa¹⁰⁹⁰–, el principio de universalidad no se evanesce, ni pierde fuerza cuando el legislador respecto de ciertos bienes los exceptúa del principio general (el patrimonio del deudor es la garantía de los acreedores). Por tales razones, el patrimonio sigue siendo pieza fundamental y parte necesaria del principio de universalidad ya que su determinación, cuantificación y estratificación hacen al interés del concurso.

5.B.4) OPORTUNIDAD EN QUE DEBE EFECTUARSE LA DETERMINACIÓN DEL ACTIVO

El art. 11 in. 3º de la ley 24.522 exige para la presentación concursal que el deudor suministre información relativa a sus bienes, para lo cual, el legislador exige que el mismo “acompañe un estado detallado y valorado de 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”.

Esta información reviste fundamental importancia, para conocer altas, bajas y modificaciones sustanciales de los bienes, la composición de activo y pasivo, y el conocimiento de la evolución de los negocios del deudor, ya que «con la apertura del concurso preventivo se cristaliza –por lo menos, en principio– el pasivo y el activo del deudor *in malis*...»¹⁰⁹¹.

¹⁰⁸⁹ Cfr. CNCom., sala B, “B., N. C. s/quiebra”, L.L. 2006-E-582.

¹⁰⁹⁰ Cfr. CNCiv., sala F, L.L. 1980 A, pág.454, 09/02/79.

¹⁰⁹¹ MARTORELL, *op. cit.*, t. II-A, pág. 288.

Pero, esta primera aproximación al conocimiento de los bienes que posee el *cessatus* no es definitiva. La misma representa una mirada fugaz de lo que *ex post* con mayor detenimiento y profundización de análisis y estudio podrá establecerse, teniendo en cuenta algunos de los siguientes elementos: a) las actividades del concursado; b) la época en que se produjo el inicio del estado de cesación de pagos; c) los bienes que dispusiera antes de la presentación concursal; c) el informe general del síndico; d) los actos que hubiere efectuado en perjuicio de los acreedores (arts. 16, 118 y 119, LCQ); e) los informes que puedan arrimarse por parte de los distintos registros; f) el informe general del síndico (art. 39 inc. 2º y 8º, LCQ), entre otros.

La masa concursal no se circunscribe a los bienes denunciados por el deudor y que la conformaban al tiempo de la apertura del concurso o quiebra, sino que se acrecienta en base a un doble aporte: el primero, es que el deudor adquiera, normalmente, producto de la continuación de las actividades, nuevos bienes que pasen a engrosar el activo; el segundo, se produce por conducto de las acciones de recomposición (arts. 118 y 119, LCQ), por lo que regresan bienes que habían salido en forma espuria¹⁰⁹². De esta forma, y teniendo en cuenta las indagaciones que puedan efectuarse por parte del deudor, síndico, acreedores y, eventualmente, terceros, el *iudex* podrá reestructurar la composición del activo del deudor a una fecha determinada que, en origen, será la de la presentación concursal y luego variará de acuerdo a las modificaciones de activos que se hubieren producido en los dos años anteriores a la presentación (art. 116, LCQ).

Siguiendo estos lineamientos es factible admitir que la determinación del activo no tendrá carácter definitivo sino, hasta que los acreedores participen del proceso de determinación del mismo, a través de las observaciones que puedan hacerse al informe general, las altas y bajas de activos que se produzcan durante el trámite concursal y las resoluciones de ineficacia de ciertos actos que puedan ser decididas en el *iter* del trámite preventivo o liquidativo.

Por ende, la delimitación del conjunto de bienes que componen el activo tiene dos momentos: a) inicial: surge con la presentación concursal

¹⁰⁹² Cfr. FASSI y GEBHARDT, *op. cit.*, pág. 14.

a partir de la denuncia que formule el deudor; b) secundario: aparece con el informe general y las investigaciones que puedan llevarse a cabo, en orden a recomponer el activo durante el trámite del proceso. Ambos hacen al derecho de información que poseen los acreedores quienes, en última instancia, valoraran sus posibilidades de cobro en base a la masa de bienes existentes.

Pero, normalmente, la importancia en la composición del activo del deudor adquiere mayor relevancia en caso de quiebra, cuando el procedimiento se endereza a la liquidación. Sería conveniente, por ende, para una buena administración de justicia, que la recomposición patrimonial comience *ex ante*, cuando el deudor se encuentra administrando el patrimonio para poder obtener toda la información necesaria para lograr, luego, la tan anhelada reconstrucción o recomposición patrimonial.

5.B.5) ACTOS INEFICACES RESPECTO DE LOS ACREEDORES

El art. 118 de la ley 24.522 fulmina con la ineficacia respecto de los acreedores, ciertos actos que por haber sido celebrados durante determinado período (fase de sospecha), resultan inoponibles, por cuanto, tal declaración tiende a resguardar el interés de los *accipiens* y hace a la reconstrucción patrimonial. Así tenemos: “1) actos a título gratuito; 2) pago anticipado de deudas cuyo vencimiento según el título deba producirse en el día de la quiebra o con posterioridad; 3) constitución de hipoteca o prenda o cualquier otra preferencia, respecto de obligación vencida o no vencida que originariamente no tenía esa garantía”.

Particular relevancia merecen en los procesos concursales la reconstrucción del patrimonio del deudor, ya que ello permitirá enaltecer el principio de universalidad y la importancia que posee el activo en el proceso colectivo.

El fin que persigue tal objetivo: declaración de ineficacia del acto que permitió que ciertos bienes salieran de la órbita patrimonial de deudor, es hacer regresar objetos de valor que se encuentran en poder de terceros y que salieron ilegítimamente, para someterlos a ejecución forzada juntamente con la totalidad de los bienes que integran el activo. El acto – eficaz entre las partes que lo celebraron– resulta ineficaz respecto del res-

to de los sujetos que componen la masa pasiva, frente los cuales resulta inoponible¹⁰⁹³.

De esta forma, así como en el proceso ejecutivo –en relación a un bien singular– el acreedor posee los medios técnicos para hacer retrotraer los actos que hubieren permitido el empobrecimiento del deudor en perjuicio de su acreedor, lo cual posee efectos, únicamente, respecto de ese bien y no de otros; en la quiebra, por el contrario, en virtud del “principio de universalidad” y siendo el objeto de la ejecución la totalidad del patrimonio, la ineficacia no puede tener lugar, sino lo es respecto de todos los actos perjudiciales y de todos los bienes en relación a la masa concursal¹⁰⁹⁴.

Por otra parte, la universalidad también posee efectos *ex post* a la presentación, y no solo en relación a los anteriores ya que, en aquellos casos en que el deudor dispusiera de sus bienes, en violación de la normativa que le restringe o lo priva del poder de disposición (art. 16, LCQ), dicho acto resultará ineficaz (art. 17, LCQ) frente a los acreedores que son llamados a participar del concurso¹⁰⁹⁵.

Sin embargo, todos estos conceptos acerca de la ineficacia de ciertos actos respecto de los acreedores se concretizan a partir de la declaración de falencia, oportunidad en que reviste especial interés la recomposición patrimonial. Debería tenerse presente que la declaración de ineficacia de un acto en perjuicio de los acreedores puede ser resuelto durante el trámite del preventivo (art. 17, LCQ), al punto que la violación a la prohibi-

¹⁰⁹³ El autor con cita de PROVINCIALI, da los fundamentos que justifican la reconstrucción patrimonial y menciona que el carácter de relatividad, algo inseparable de la acción, demuestra cómo el concepto de revocación (“*idesit*”, ablación del acto) es sustituido por otro bien diverso, el de ineficacia (relativa) (“*idesit*”, inoponibilidad a determinados sujetos del acto mismo, que subsiste tal cual), al menos como regla –entre las partes que le dieron vida–. Cfr. CÁMARA, *op. cit.*, vol. III-B, pág. 721.

¹⁰⁹⁴ Cfr. KLEIDERMACHER, *op. cit.*, t. 2, pág. 98.

¹⁰⁹⁵ “La propia naturaleza jurídica del proceso concursal determina que el pedido de falencia no esté dirigido al cobro de créditos individuales sino hacia la sustanciación de un juicio de carácter universal. En éste se encuentra comprometido el orden público y la comunidad toda”. CNCom., sala D, E.D. 74-299, 5/6/76. “La expresión ‘todos los acreedores’ contenida en art. 33 de la LCQ (ley 19.551), es terminante y no permite hacer distingos. Absolutamente todos, deben someterse al proceso de verificación instituido, atento la universalidad sin excepciones a que alude el texto legal. CNCom., sala C, E.D. 60-382, 28/8/74. Cfr. VÍTOLO, “*Descentralización...*”, *op. cit.*, pág. 930.



ción contenida en los art. 16 y 25 podría conllevar la separación de los administradores. De allí, que resulten ineficaces los pagos efectuados por el concursado a un acreedor hipotecario, cuando fueron realizados sin haber obtenido la debida autorización¹⁰⁹⁶, puesto que tal conducta por parte del deudor importa una clara violación al deber de colaboración que le impone el proceso universal.

Los actos realizados por el deudor antes, durante y después del inicio del trámite del preventivo y, hasta la declaración de cumplimiento (art. 59 *in fine*, LCQ) o de quiebra (art. 77 inc. 1º, LCQ), merecen especial atención, en aras de proteger el interés de los acreedores. El deudor conserva una capacidad de administración atenuada de los bienes durante el concurso y la pierde a partir de la sentencia de quiebra, inmovilizando su patrimonio pasado, presente y futuro¹⁰⁹⁷, para proteger el interés de los acreedores enderezado hacia la mayor satisfacción de sus pretensiones.

La importancia que posee no solamente la identificación de los bienes de los que el deudor es titular –al momento de la presentación– sino, eventualmente, la incorporación de otros que habiendo salido de la esfera de su titularidad deben ser reintegrados en beneficio de los acreedores, para maximizar sus opciones de cobro, potencia el principio de universalidad concursal.

§ 6. ALGUNAS DERIVACIONES DEL PRINCIPIO DE UNIVERSALIDAD CONCURSAL

6.a) Universalidad y concurso preventivo

Tal como sucede con la sucesión hereditaria (arts. 3281 y 3469, Cód. Civ.)¹⁰⁹⁸, en el concurso debe distinguirse entre patrimonio y masa concursal¹⁰⁹⁹. Si es cierto, como menciona MAFFÍA¹¹⁰⁰, que en el concurso no

¹⁰⁹⁶ CamApel. Santa Fe, sala I, “Bonaglia, Héctor L. s/conc. prev.”, LLLitoral 2001, 1094.

¹⁰⁹⁷ Cfr. KLEIDERMACHER, *op. cit.*, t. 2, pág. 100.

¹⁰⁹⁸ Art. 3281: “La sucesión a título universal es la que tiene por objeto un todo ideal, sin consideración a su contenido especial, ni a los objetos de esos derechos”.

¹⁰⁹⁹ FASSI y GEBHARDT, *op. cit.*, pág. 14.

¹¹⁰⁰ MAFFÍA, Osvaldo, *¿Qué es...? “Par conditio”, “masa”, “abstracción”, “junta”*, L.L. 2007-F-1187.

existe la utilización del término masa –en el sentido de la existencia de un “cuerpo o todo de una hacienda u otra cosa tomada en grueso” y de “gran conjunto de gente que por su número puede influir en la marcha de los acontecimientos¹¹⁰¹– salvo en lo que respecta al supuesto de masas que se conforman en la hipótesis de extensión de quiebra (arts. 167 a 170, LCQ), lo verdadero es que comúnmente mencionamos masa, tanto para referenciar al activo cuanto al pasivo, respectivamente.

Si bien nuestra ley concursal eliminó toda referencia al término masa para relacionarlo con los bienes o acreedores que la componen *sensu stricto*, VÉLEZ SANSFIELD utilizó en los arts. 3469, 3477 y 3604 del Código Civil, el vocablo “masa”, en clara alusión al conjunto de bienes y créditos de la herencia en sentido amplio. La existencia del concurso preventivo o de un trámite sucesorio, denotan la comunión en un mismo proceso de bienes y créditos que aunque, con inespicidad normativa, dan cuenta del tratamiento dentro de un mismo proceso de bienes y créditos como una universalidad.

De todo esto se colige, que el patrimonio del deudor compuesto por “el conjunto de bienes que posee una persona” sea determinante para la declaración de quiebra, ya sea que el deudor tenga su domicilio en el país o en el extranjero, toda vez que el principio de universalidad del patrimonio, queda acotado a la masa de bienes situados en el país (art. 2 inc. 2º, LCQ), sin que la norma requiera para la procedencia de la apertura del concurso, que exista una agencia, representación o sucursal del deudor domiciliado en el país¹¹⁰².

La existencia de una pluralidad de concursos debido a la diversificación de actividades del deudor en más de un Estado, es presupuesto para la conformación de una multiplicidad de concursos (art. 4, LCQ) pero, teniendo en cuenta que nuestro sistema mantiene el criterio de la subsistencia de bienes para la apertura concursal, el mentado principio no sufre menoscabo alguno, por la existencia de otros procesos en el exterior.

¹¹⁰¹ Sexta y octava acepción, Diccionario de la Real Academia Española, (22ª edición), ed. Espasa-Calpe.

¹¹⁰² Cfr. CNCom., sala B, “Belforte Uruguay S.A. s/conc. prev.”, L.L. 2003-E-593 - IMP, 2003-19-184.

6.b) Universalidad y acuerdo preventivo extrajudicial

Durante la década de los ochenta surgieron en diversos países, entre ellos, en Argentina, los arreglos privados entre el deudor en dificultades económicas y sus acreedores más importantes¹¹⁰³, bajo el velo del principio de derecho privado: libertad de las convenciones.

Si bien estos acuerdos preconcursales tendientes a superar dificultades económicas o financieras de carácter general (art. 125-1, ley 19.551 modif. por ley 22.917, Adla, XLIII-D-3771), podían ser celebrados por el deudor con todos o parte de sus acreedores, el inconveniente que presentaban –deterioro del principio de universalidad– estaba dado en que los acreedores que no participaran de él o que no fueran incluidos en el acuerdo podían proseguir con sus acciones individuales de cobro (art. 125-2, ley 19.551), lo que limitó la utilidad práctica que deparaban estos convenios.

Así fue como aparecieron los denominados: clubes de bancos, destinados a lograr esta especie de salvataje empresarial¹¹⁰⁴. Ésta nueva alter-

¹¹⁰³ Cfr. CÁMARA, *op. cit.*, vol. III-B, pág. 624.

¹¹⁰⁴ Cfr. ALEGRÍA, Héctor, *Notas sobre el Acuerdo Preventivo Extrajudicial*, Revista de Derecho Privado y Comunitario, n.º 10, pág. 257; ALBERTI, Edgardo Marcelo, *Redescubrimiento del concordato extrajudicial*, L.L. 1981-D-1106; ARGENTI, Saúl A., *El Acuerdo Preventivo Extrajudicial introducido en nuestra legislación concursal*, L.L. 1984-A-787; CÓRDOBA, Carlos D. y GIATTI, Gustavo J., *Acuerdo Preventivo Extrajudicial*, J.A. 1996-III-885; CHOMER, Héctor Osvaldo, *La convocatoria parcial de acreedores*, L.L. 1986-C-832; ENZ, Gustavo, *Acuerdo Preventivo Extrajudicial*, Derecho y Empresa, Rosario, 4-1995-198; FARINA, Juan M., *El “acuerdo preventivo extrajudicial” de la ley Argentina y la “solución amistosa de las dificultades de la empresa” de la ley francesa*, L.L. 1999-F-1109; FUSARO, Bertelio, *Acuerdos preconcursales y su problemática*, RDCO, t. A 1993-28-47; GAMES, L. M., *El “acreedor interesado” según el artículo 74 de la ley 19.551*, J.A. 1978-II-345; GAGLIARDO, Mariano, *Acuerdos preventivos extrajudiciales*, “Derecho y Empresa”, Rosario, 4-1995-205; GARCÍA CAFFARO, José L., *Acuerdos preconcursales admitidos por la ley 22.917, propósitos, objeciones, posibilidades*, L.L. 1984-C-1236; LETTIERI, Carlos A., *Acuerdos preconcursales*, E.D. 109-829; MAFFÍA, Osvaldo J., *Los clubes de bancos, llamados “Acuerdos Preconcursales” desde 1983 (I)*, E.D. 135-968; MAFFÍA, Osvaldo J., *Los clubes de bancos llamados “Acuerdos Preconcursales” desde 1983 (2ª Parte)*, en E.D. 144-871; MAFFÍA, Osvaldo J., *Nueva oportunidad perdida: más de los mismo en materia concursal (IV)*, en L.L. 1996-A-978; MILBERG, Eduardo F. M., *Acuerdos preconcursales*, en E.D. 120-880; RADKIEVICH, Oscar S., *Concurso extrajudicial preventivo. ¿Los clubes de bancos son lícitos o ilícitos...?*, en L.L. 1983-B-932; RIBERA, Carlos Enrique, *El Acuerdo Preventivo Extrajudicial, antecedentes y la nueva legislación concursal*, en E.D. 167-1163; RIVA, Jorge Luis, *Los acuerdos preconcursales*, en L.L. 1983-D-1154; BULMES, Facundo Roldán, *Dimes y diretes sobre el Acuerdo Preventivo Extrajudicial*, E.D. del 8-8-2000; ROUILLON, Adolfo A. N., *Acuerdo precon-*

nativa (acuerdo preconcursal) constituyó una salida privada para solucionar la crisis económica o financiera de la empresa mercantil. La magnitud de los sujetos afectados, la cuantía de los pasivos involucrados, o ciertas previsiones propias de los acreedores perjudicados, no parecieron satisfiables mediante los sistemas concursales establecidos legislativamente para solucionar la insolvencia¹¹⁰⁵.

Para CÁMARA los acuerdos preconcursales constituían un nuevo instituto para dar solución a las situaciones de crisis empresariales que no sean irreversibles¹¹⁰⁶, los que presentaban ciertos beneficios, pudiendo mencionarse los siguientes: a) el principal era que permitía la continuidad de la explotación por el deudor, para lo cual podía tenerse en cuenta un plan propuesto por expertos, que incluía la reforma del estatuto social, si por ej. el tipo adoptado no se ajusta a las exigencias comerciales, puesto que el ropaje utilizado podía ser chico o grande; b) la posibilidad de implementar un plan de financiamiento que podía incluir: el aumento del capital social mediante la incorporación de nuevos socios; cesión de partes del capital a favor de los acreedores; etc.; c) venta de bienes innecesarios para el desarrollo de los negocios; d) elaboración de un plan de factibilidad de la empresa; e) negociación con los trabajadores para implementar un plan de crisis; f) restricciones al órgano ejecutivo para contraer nuevos contratos, obligaciones y garantías; g) conformación de un consejo de acreedores para controlar, la gestión de los administradores durante el plazo de cumplimiento, entre otras ventajas¹¹⁰⁷.

cursales: algunas cuestiones conflictivas no legisladas, J.A. 1985-III-810; ROUILLON, Adolfo A. N., *Acuerdos preconcursales: el problema de la ineficacia en la quiebra*, en E.D. 115-855; *El procedimiento homologatorio de los acuerdos preconcursales*, en L.L. 1985-C-1007; *Los acuerdos preconcursales antes y después de la reforma de la ley 19.551 por la ley 22.917*, en J.A. 1985-II-836; *Nueva etapa para los métodos alternativos de solución de la insolvencia y de las crisis empresariales. ¿La tercera será la vencida?*, "Derecho y Empresa", Rosario 4-1995-210; SAJÓN, Jaime V., *Los arreglos extrajudiciales y la ineficacia de los actos perjudiciales en el período de sospecha*, E.D. 91-899; SEGAL, Rubén, *Acuerdos preventivos extrajudiciales*, Abeledo-Perrot, Bs. As., (1997); *El régimen legal de los acuerdos preconcursales*, en L.L. 1984-D-1186; TONÓN, Antonio, *El acuerdo preconcursal*, RDCO 1984-17-167, *Para una polémica entorno a la ineficacia del acuerdo preconcursal*, en L.L. 1985-D-825.

¹¹⁰⁵ Cfr. CÁMARA, *op. cit.*, vol. III-B, pág. 625.

¹¹⁰⁶ *Idem*, pág. 626.

¹¹⁰⁷ Cfr. *idem*, pág. 646.

En lo que respecta a la legitimidad de los acuerdos preconcursales, existen discrepancias doctrinales. Por ejemplo, LETTIERI citado por CÁMARA recuerda que estos convenios podrían tener vigencia en un régimen ‘privatista’ de los concursos –cuestión librada– exclusivamente al deudor y los acreedores¹¹⁰⁸, en los cuales prima la autonomía de la voluntad negocial. Por su parte, CÁMARA adoptaba la posición que veía en estos acuerdos plena validez¹¹⁰⁹.

RADKIEVICH resistió estos acuerdos y mencionaba que para borrar la cesación de pagos es menester la votación unánime de los acreedores, lo cual –muchas veces– no sucede aunque el deudor sea muy prolijo en la información y documentación que lleve de su negocio. De lo contrario se produce una alteración en el principio de igualdad que debe regir entre ellos¹¹¹⁰.

La mayor crítica que podía efectuarse a esta modalidad de acuerdos en tiempos de la ley 22.917, se apoyaba en que los bancos –normalmente, garantes de las obligaciones asumidas por el deudor– exigían garantías especiales (hipoteca o prenda), trasladando el resguardo del crédito de los acreedores a la seguridad del crédito de las entidades financieras¹¹¹¹ aunque, en cierta forma, resguardando la conservación de la empresa.

A pesar de que la doctrina nacional ha aplaudido estos acuerdos, éstos requerían de una inminente reforma para poder viabilizar la presentación de arreglos en los que el deudor por causas –no exclusivamente basadas en la cesación de pagos– pueda requerir la homologación de un acuerdo celebrado con todos o parte de sus acreedores con efectos *erga*

¹¹⁰⁸ *Idem*, pág. 654.

¹¹⁰⁹ Rebate varios argumentos en contra de las posiciones que se oponen a los mismos y concluye recurriendo a la exposición de motivos de la ley: «la prevención de que esta clase de acuerdos tenga por objeto violar la igualdad y sustraer al deudor o sus bienes de las reglas concursales, no puede ser afirmada como presunción. En realidad, y de conformidad a la experiencia nacional y de otros países en tiempos recientes, las alternativas de saneamiento de situaciones empresarias, las refinanciaciones genéricas y el redimensionamiento de las unidades económicas son variables válidas y hasta aconsejables cuando de ellas se puede razonablemente esperar una superación de la situación, dado que los nuevos plazos de pago y las condiciones estipuladas pueden indicar una superación del estado de cesación de pagos». Cfr. *idem*, pág. 662.

¹¹¹⁰ Cfr. RADKIEVICH, Oscar S., *Concurso extrajudicial preventivo. Los clubes de bancos: ¿Son lícitos o ilícitos ...?*, L.L. 1983-B-932.

¹¹¹¹ Cfr. GARAGUSO, Horacio P., *Ineficacia concursal*, ed. Depalma, Bs. As., (1981), pág. 148.

omnes. La reforma se hizo esperar y recién llegó con la ley 25.589 (Adla, 2002-C-2862), que modificó la ley concursal, abriendo la puerta de ingreso a los acuerdos preventivos extrajudiciales (APE) en cascada.

Sin perjuicio de las bondades que podrían encontrarse para este tipo de convenios, los mismos no estuvieron exentos de críticas referidas en particular, a la falta de control en la admisión de acreedores al pasivo concursal¹¹¹² (con los que ya había negociado el deudor), en los sujetos habilitados para votar el acuerdo¹¹¹³, en el abuso del derecho en la utilización de la figura¹¹¹⁴, la igualdad de los acreedores¹¹¹⁵, entre muchísimos otros.

Han transcurrido, a la fecha de este trabajo, poco más de veintiseis años desde la sanción de la ley 22.917 que reformara la ley 19.551 y siete desde la reforma introducida por ley 25.589 a la ley 24.522 y, a pesar de los avances legislativos, el APE –típicamente– ha logrado contener y resolver en parte la crisis que presenta la insolvencia para el deudor en dificultades económicas o financieras o en cesación de pagos.

Los efectos de la homologación para todos los acreedores (los que participaron y los que fueron renuentes o, simplemente, no quisieron votar), se erige como el estricto puente de conexión entre la figura (APE) y el principio de universalidad, imprescindible, para reconocer al acuerdo como un instituto o subtipo concursal.

¹¹¹² MÁRMOL, *op. cit.*, pág. 377.

¹¹¹³ KUIYAN, María R. y RUBIO, Alberto, *¿Quiénes deben votar un acuerdo preventivo extrajudicial?*, III Congreso Iberoamericano sobre la Insolvencia, V Congreso Argentino de Derecho Concursal, ed. Ad Hoc, Bs. As., t. I, pág. 363; SEGAL, Rubén - DÍAZ CORDERO, Ezequiel - CASAZZA, María Soledad, *Sujetos activos legitimados, acreedores y mayorías requeridas en los acuerdos preventivos extrajudiciales*, L.L. 26/05/2005, 1

¹¹¹⁴ BERTUNE, Stella M. y BOLLERO, Florencia, *Aplicación del instituto del abuso del derecho en la homologación del acuerdo preventivo extrajudicial*, III Congreso Iberoamericano sobre la Insolvencia, V Congreso Argentino de Derecho Concursal, ed. Ad Hoc, Bs. As., t. I, pág. 463

¹¹¹⁵ JUNYENT BAS, Francisco y MACAGNO, Ariel G., *La igualdad de trato también rige en el acuerdo preventivo extrajudicial*, E.D. 206-895 (2004).

6.c) Universalidad y quiebra

El art. 1, segundo párrafo, en consonancia con el art. 125 de la ley 24.522, establecen una pauta de carácter indisponible: “el concurso produce sus efectos sobre la totalidad del patrimonio del deudor” y “todos los acreedores quedan sometidos a las disposiciones de esta ley y sólo pueden ejercitar sus derechos sobre los bienes desapoderados en la forma prevista en la misma”.

Sin lugar a dudas, el principio de universalidad se magnifica frente a la quiebra del deudor puesto que, sin excepciones, los acreedores: *v. gr.* todos, quedarán sometidos al proceso falimentario y únicamente podrán hacer efectivas sus pretensiones (art. 125, LCQ) sobre los bienes desapoderados (art. 107, LCQ), en la forma prevista en la ley y en la medida en que fuere dispuesto por el *a quo*. De allí que la universalidad –activa y pasiva– impida que los *accipiens* puedan agredir el patrimonio del *cessatus* a través de procedimientos individuales para la satisfacción de sus acreencias. Es precisamente esa *universitas* del patrimonio, en cuanto reunión ideal de cosas que poseen un valor económico, la que sufre el impacto de la apertura del concurso o la declaración de quiebra¹¹¹⁶, puesto que los bienes representan la garantía de cumplimiento de las obligaciones asumidas por el deudor *in malis*.

Técnicamente «el patrimonio falencial integra la categoría de los denominados “patrimonios separados”, porque el *totus* de lo poseído por el deudor *in malis* queda escindido, a causa del hecho concursal o falencial, en dos masas: de un lado, los bienes afectados por el desapoderamiento, que serán administrados por la quiebra mediante sus órganos (es decir, la sindicatura, con el apoyo del “comité de acreedores”), y que consisten en los bienes existentes a la fecha de declaración y los recibidos por el fallido durante el desarrollo del procedimiento; del otro, los bienes de naturaleza estrictamente personal y demás exclusiones...»¹¹¹⁷.

Las medidas cautelares¹¹¹⁸ tendientes a resguardar el patrimonio del *cessatus*, antes, durante y después de la homologación del acuerdo pre-

¹¹¹⁶ Cfr. MARTORELL, *op. cit.*, t. I, pág. 262.

¹¹¹⁷ *Ibidem*.

¹¹¹⁸ Cfr. BARACAT, Edgar J., *Medidas cautelares en los concursos*, ed. Rubinzal - Culzoni, Bs. As., (2009).

ventivo y durante la tramitación de la quiebra hasta la liquidación del activo, tienden a potenciar los efectos del principio de universalidad, toda vez que tales medidas –tuitivas, recompositivas, restitutivas, prohibitivas o suspensivas– no son ordenadas a favor de un acreedor, sino en beneficio de todos. Los efectos del tratamiento del patrimonio como una universalidad se extiende en beneficio del interés de todos los acreedores.

En la quiebra, en virtud de la desposesión que sufre el deudor¹¹¹⁹, éste pierde la administración y disposición de su patrimonio. Desapoderamiento (art. 107, LCQ), pérdida de legitimación para estar en juicio respecto de bienes desapoderados (art. 110, LCQ) y, sometimiento de todos los acreedores al trámite concursal (art. 127, LCQ) se erigen como elementos integradores del principio de universalidad. Aunque, es dable advertir que el deudor no pierde la propiedad de la absoluta totalidad de los bienes que integran su patrimonio; éste mantiene una suerte de *capitis diminutio* sobre los mismos al verse imposibilitado de su libre disposición y administración con motivo de la sentencia de quiebra (art. 88, LCQ). A raíz del desapoderamiento, los bienes son confiados a los órganos del concurso (síndico, comité de control [art. 201, LCQ, ley 26.684] y juez), quienes administraran, informaran y realizaran los bienes, conforme lo dispone la ley concursal (art. 204, LCQ), en la forma más conveniente para el interés de los acreedores.

Una vez que los bienes son liquidados, salvo los supuestos de avenimiento (art. 225, LCQ) o pago total (art. 228, LCQ), el saldo debe entregarse al fallido, previo pago a los acreedores reconocidos, los pendientes de resolución y los gastos y costas del concurso (art. 228, LCQ).

Conforme los argumentos expuestos, la falencia produce la fractura de las relaciones obligacionales e impide la continuidad de la actividad de la empresa en manos del deudor (persona física o jurídica), por lo que la paralización o prolongación de las actividades de éste (art. 189, LCQ) a consecuencia de la declaración de quiebra, obliga a los acreedores a actuar “en colegio”¹¹²⁰, en aras de obtener la satisfacción de sus acreencias.

¹¹¹⁹ La ley concursal utiliza el término desapoderamiento en el art. 107. Para el Diccionario de la Real Academia Española, desapoderamiento significa en su segunda acepción “quitar a alguien el poder que para el desempeño de un encargo o una administración se le había dado”. Diccionario de la Real Academia Española, (22ª edición), ed. Espasa-Calpe.

¹¹²⁰ Cfr. GARAGUSO, Horacio P., *Cuando la coherencia es una virtud. Aportes de José Iglesias a la “reforma concursal”*, E.D. 207-572 (2004).

En virtud de ello, todos encuentran como denominador común: potenciar la realización de bienes del deudor en pos de obtener el mayor beneficio posible. Para ello, el juez recurrirá a las disposiciones de la ley concursal (art. 204, LCQ), que le indican un orden preferente de realización de los bienes, priorizando la enajenación de la empresa como unidad, cuando se hubiere continuado con su explotación. Es en este punto donde encuentra adecuada relación, el principio de universalidad con la quiebra.

La circunstancia de que un mismo juez entienda en una generalidad de situaciones que podrían presentarse: a) declaraciones de ineficacia respecto de actos realizados por el deudor que resultan inoponibles para los acreedores (arts. 118 y 119, LCQ); b) solicitudes de declaración de quiebra por extensión a otros sujetos (art. 162, LCQ); c) pedidos de extensión de responsabilidad a representantes y/o terceros (art. 173, LCQ); d) restitución de bienes en poder de terceros (art. 188, LCQ); e) continuación inmediata de la explotación (art. 189, LCQ); e) solicitud de realización de bienes que poseen garantías reales (arts. 126 y 209, LCQ), etc., nos brinda una idea aproximada de que el régimen concursal se presenta, como un sistema general omnicompreensivo, en el supuesto de crisis o insolvencia de un deudor (o de un conjunto)¹¹²¹, en el que los vínculos que nacen a consecuencia de la apertura del trámite concursal son multilaterales e imponen métodos y soluciones diferentes¹¹²² escapando, en consecuencia, este modelo de un sistema sobre la persona del deudor, para enderezarse hacia un derecho sobre el patrimonio¹¹²³, mucho más amplio y genérico.

§ 7. ¿PUEDEN EXISTIR EXCEPCIONES AL PRINCIPIO DE UNIVERSALIDAD?

VIGO siguiendo a ALEXY enseña que existen elementos caracterizantes para quienes sostienen distinciones fuertes entre normas y principios,

¹¹²¹ Cfr. RICHARD, Efraín Hugo, *En Torno a la Concursalidad en la Nueva Ley de Concursos. Fuero de Atracción, suspensión de acciones de contenido patrimonial y verificación de créditos* en Revista de Derecho Privado y Comunitario, Concursos y Quiebras I, Jurisprudencia civil y comercial, Mercosur, ed. Rubinzal - Culzoni, Santa Fe, (1996), n.º 10, pág. 45.

¹¹²² Cfr. *idem*, pág. 46.

¹¹²³ *Ibidem*.

entre las que se podrían mencionar su naturaleza de universales, absolutos, objetivos o permanentes¹¹²⁴.

La condición de ser el proceso concursal precisamente: “universal”, alberga una idea de completitud del sistema por lo que por vía de principio, no podrían existir excepciones. Sin perjuicio de ello, a poco de andar, puede advertirse que existen ciertos bienes que en la *mens legislatoris* quedan excluidos del desapoderamiento.

Esta supresión se encuentra motivada en razones de política legislativa, que el parlamentario consideró necesario proteger o bien resguardar, por lo que más que una excepción al “principio de universalidad”, representan una regla de regímenes tendientes a resguardar otros intereses: *v. gr.* 1) los derechos no patrimoniales; 2) los bienes inembargables; 3) el usufructo de los bienes de los hijos menores del fallido, pero los frutos que le correspondan caen en desapoderamiento una vez atendidas las cargas; 4) la administración de los bienes propios del cónyuge; 5) la facultad de actuar en justicia en defensa de bienes y derechos que no caen en el desapoderamiento, y en cuanto por esta ley se admite su intervención particular; 6) las indemnizaciones que correspondan al fallido por daños materiales o morales a su persona; y, por último, 7) los demás bienes excluidos por otras leyes (art. 108, LCQ).

Se trata de supuestos en los que resulta de aplicación las limitaciones impuestas por los arts. 498¹¹²⁵ y 1445¹¹²⁶ del Código Civil, puesto que los derechos inherentes a la persona no pueden ser transmitidos. La característica principal de los derechos personalísimos, es su dependencia de la persona misma del titular impidiendo, de esta forma, que puedan ser ejercidos por los acreedores¹¹²⁷. Entre tales supuestos, se pueden mencionar, las acciones de estado: divorcio, patria potestad, reclamación de alimentos; derechos que no poseen valor económico, bienes indisponibles por ser inalienables, bienes indisponibles por ley: bien de familia, bienes

¹¹²⁴ VIGO, *op. cit.*, pág. 15.

¹¹²⁵ Art. 498: “Los derechos no transmisibles a los herederos del acreedor, como las obligaciones no transmisibles a los herederos del deudor, se denominan en este Código: “derechos inherentes a la persona, obligaciones inherentes a la persona”.

¹¹²⁶ Art. 1445: “Las acciones fundadas sobre derechos inherentes a las personas, o que comprendan hechos de igual naturaleza, no pueden ser cedidas”.

¹¹²⁷ Cfr. HEREDIA, Pablo D., *Tratado Exegético de Derecho Concursal*, ed. Ábaco de Rodolfo Depalma, Bs. As., (2000), t. III, pág. 995.



inembargables¹¹²⁸; en este último supuesto, rige respecto de la persona del deudor el beneficio de competencia establecido en el art. 799 del Código Civil, respecto de ciertos acreedores.

En definitiva, y sin pretender efectuar un análisis exhaustivo de cada una de las hipótesis que se plantean, existen derechos o bienes en los que ya sea por que son intransmisibles, o bien, por que son objeto de protección legal (bien de familia), los mismos no se transmiten a los herederos y, tampoco, pueden ser objeto de agresión por parte de los acreedores. Por lo tanto, dichos bienes o derechos, al no tener contenido patrimonial o no ser susceptibles de desapoderamiento por cuanto poseen protección legal (*v. gr.* el bien de familia que posee protección constitucional [art. 14 bis de la Constitución Nacional]), no se exteriorizan –precisamente– como excepciones al principio de universalidad, el que se revela, inmutable e inalterable dentro del proceso concursal.

De esta forma, y apelando a la universalidad del proceso concursal, éste se proyecta hacia todos los bienes que integran el patrimonio del deudor y abarca a todas las obligaciones que soporta el concursado; de modo que todos los acreedores están alcanzados por sus efectos, aún cuando su crédito fuere ilíquido, condicional, a término, no vencido, discutido, ignorado o de titular ausente; por lo que esta faz del principio de universalidad se conecta con el de colectividad de los acreedores¹¹²⁹ y con el de desapoderamiento de los bienes existentes a la fecha de declaración de quiebra y de los que adquiriera el deudor hasta su rehabilitación.

§ 8. LOS ACREEDORES. GLOBALIZACIÓN DEL PROCESO CONCURSAL

Cuando el acreedor apela a invocar la máxima *pacta sunt servanda*, comúnmente, el deudor ya ha incumplido; lo que obliga al primero a hacer efectiva la prestación comprometida por el segundo. Esta forma de ejercicio y concreción del derecho se logra a través de la ejecución de la obligación.

Transcurridos los trámites procesales, el interés del deudor se hace visible en el intento –muchas veces: desesperado– por obtener la parali-

¹¹²⁸ Cfr. *ibidem*.

¹¹²⁹ RIVERA, *op. cit.*, t. I, pág. 132.

zación de las acciones ejecutivas iniciadas por los acreedores insatisfechos frente al incumplimiento de una determinada prestación y tendientes a la realización de alguno o todos sus bienes; lo cual se contrapone con la posibilidad de éste –*debitor*– de conservar la disponibilidad y administración de sus pertenencias como, asimismo, de su empresa.

La línea demarcatoria –en un primer momento– es gruesa; de un lado está el deudor cuyo propósito es, precisamente, la de impedir la liquidación y, mayormente, continuar con y en la empresa; y del otro, se encuentran los acreedores, quienes persiguen la satisfacción de sus pretensiones, en un tiempo razonablemente breve. Frente a estas tensiones, en las que normalmente el que llega primero tiene mayores posibilidades de conseguir soluciones más ventajosas (*qui prior est in tempore, potior est in jure, in aequali jure*), a través de algunas de las siguientes opciones: realización del bien (por ser primer embargante o acreedor privilegiado), propuesta de pago con entrega de bienes, cesión de créditos, pago por tercero –casi excluyente de acreedores y deudor–, existe un claro interés público, casi inadvertidamente estipulado en la ley concursal, de mantener con vida la empresa que ha conservado un margen de productividad¹¹³⁰ y, de éste interés, participan tanto el deudor como los acreedores.

Esta condición –pluralidad de sujetos: *debtor & creditors*– de carácter permanente y, hasta cierto punto, necesaria, resulta connatural con los procedimientos colectivos, lo cual lo distingue del proceso ejecutivo, propiamente dicho, en el que la intervención de “todos” los acreedores es accidental e innecesaria.

La intervención de los acreedores a través de la incorporación al pasivo en los procesos concursales, emerge de la disposición general del art. 125 de la LCQ¹¹³¹, al establecer que los acreedores (léase: todos), únicamente, podrán hacer efectivos sus derechos, conforme las disposiciones establecidas en la ley falencial y esta disposición, resulta lógica, puesto

¹¹³⁰ Cfr. LO CASCIO, *op. cit.*, pág. 99.

¹¹³¹ Art. 125: *Principio general*. “Declarada la quiebra, todos los acreedores quedan sometidos a las disposiciones de esta ley y sólo pueden ejercitar sus derechos sobre los bienes desahojados en la forma prevista en la misma. Quedan comprendidos los acreedores condicionales, incluso aquellos cuya acción respecto del fallido queda expedita luego de excusión o cualquier otro acto previo contra el deudor principal”.

que la normativa impide que los *creditors* efectivicen sus pretensiones fuera del ámbito del proceso universal.

Como señalan GARAGUSO y MORIONDO siguiendo a GAMES la ubicación sistemática de esta norma (art. 125, LCQ) resultaría más adecuada en el párr. 3º del art. 1 de la ley 24.522, bajo el título “concuralidad”¹¹³², ya que al referirse a la universalidad del patrimonio, también podría haber hecho referencia a la “concuralidad”, como derivación de la universalidad.

Sin perjuicio de ello, y más allá de críticas sobre una impropia y mal depurada técnica legislativa, la ley sienta un principio general –indisponible– “todos” (acreedores y deudor) quedan sometidos a los preceptos de la ley concursal, al punto que los primeros no podrán hacer efectivas sus pretensiones sobre los bienes desapoderados (si existió desapoderamiento en los términos de los arts. 88 y 107, LCQ), si no lo es, conforme a dicha ley¹¹³³. La razón justificante de este sometimiento, se encuentra en el estado de cesación de pagos crisis o insolvencia, que impide la iniciación o continuación de las acciones individuales contra el deudor. Como apuntan GARCÍA y FERNÁNDEZ MADRID, la ley no permite en casos de impotencia patrimonial del deudor, que el acreedor o acreedores, considerados individualmente, realicen su particular derecho de crédito y se satisfagan con el producto de la venta de determinados bienes embargados. A la ejecución singular se opone el principio de la universalidad de la ejecución colectiva, porque este principio fundamental del proceso abarca la totalidad de los acreedores¹¹³⁴.

En términos generales, bajo la disposición del art. 125 de la ley 24.522, quedan comprendidos todos los acreedores que hasta el momento de declaración de quiebra o resolución de apertura del concurso, habían mantenido relaciones jurídicas con el sujeto *in malis* aun cuando su crédito fuere ilíquido, condicional, a término, no vencido, discutido, ignorado o de titular ausente¹¹³⁵. Dentro de este abanico permanecen no solamente

¹¹³² Cfr. GARAGUSO y MORIONDO, *op. cit.*, t. I, pág. 33.

¹¹³³ Agrega sobre este tema FASSI – GEBHARDT: «Así como se forma una masa de bienes desapoderados, también se forma otro concurso o masa de acreedores que podrán ejercitar sus derechos sobre aquella masa de bienes, en la forma prevista legalmente para las quiebras». FASSI y GEBHARDT, *op. cit.*, pág. 273.

¹¹³⁴ GARCÍA MARTINEZ y FERNÁNDEZ MADRID, *op. cit.*, t. I, pág. 219.

¹¹³⁵ Cfr. RIVERA, *op. cit.*, t. I, pág. 132.

los que son titulares de un crédito actual, sino también aquellos cuyas acciones respecto del fallido quedan expeditas luego de excusión o cualquier otro acto previo contra el deudor principal (art. 2012, Cód. Civ.). Es el caso del deudor fiador, avalista, etcétera¹¹³⁶.

El concurso (concurso preventivo, APE o quiebra), en oposición a la ejecución individual, tiene la particularidad de que todos los acreedores –tarde o temprano (v. gr. arts. 32 y 56, LCQ)– deben concurrir para obtener la satisfacción de sus pretensiones y, en el caso de omitir cumplir con este recaudo, corren serio riesgo de perder sus derechos de cobro (art. 224, LCQ); por lo que el “principio de universalidad” se mantiene incólume conforme la actual normativa falencial y se exterioriza tanto en su faz activa como pasiva.

¹¹³⁶ Cfr. FASSI y GEBHARDT, *op. cit.*, pág. 306.

CAPÍTULO VII

LOS SUBPRINCIPIOS DEL PRINCIPIO DE UNIVERSALIDAD CONCURSAL

§ 1. PRINCIPIO DE COLECTIVIDAD

Tal como ha sido mencionado en el Capítulo VI § 8, la reunión de los acreedores en forma forzosa, necesaria y típica, conforma una comunidad de sujetos que ha sido denominada desde antiguo colectividad de acreedores¹¹³⁷.

Esta reunión involuntaria de sujetos, representa en la práctica, la demostración más clara de los efectos que genera la apertura del proceso universal (art. 14 y 88 en conc. con el art. 125, LCQ), *vide*: renuncia del acreedor a la prosecución *ut singuli* de las acciones individuales –tendientes a realizar los bienes de éste– y, sometimiento al trámite del proceso concursal. De allí que la doctrina francesa habla de *procédure collective* (procedimiento colectivo), porque no se desarrolla en beneficio de un acreedor o de determinados acreedores, sino de la totalidad de ellos¹¹³⁸, los que pasan a integrar un consorcio de intereses.

La diferencia entre el procedimiento de ejecución común y el colectivo está en que el primero culmina con la realización de él o los bienes; mientras que el segundo, a diferencia del anterior, concluye con la apro-

¹¹³⁷ «En virtud de que el procedimiento concursal tiene por finalidad la recomposición del pasivo del deudor mediante un acuerdo con sus acreedores o, en su caso, la liquidación de su patrimonio para distribuir el producto entre aquéllos, todos los acreedores del deudor son llamados a participar en él sin excepción». MARTORELL, Ernesto Eduardo, *Tratado de Concursos y Quiebras*, ed. Depalma, Bs. As., (1998), t. I, pág. 274.

¹¹³⁸ Cfr. *idem*, págs. 274-275.

bación de un concordato o la liquidación de los bienes y su posterior distribución a prorrata entre los concurrentes.

El “principio de colectividad” puede conceptuarse como: “el enunciado normativo de carácter general, que obliga a los acreedores a someterse a un procedimiento especial, renunciando a sus acciones individuales, para ser tratados en forma igualitaria”.

No cabe dudas, que en el proceso colectivo, al ser expropiados los acreedores de sus acciones personales con la apertura del concurso o declaración de quiebra, pasan a conformar un comunión de pretensiones, en el que la particularidad es el tratamiento igualitario de todos los que conforman una comunidad¹¹³⁹.

El proceso concursal posee las características de oficiosidad, universalidad, colectividad e igualdad¹¹⁴⁰, con lo que debe admitirse que el proceso, como tal, ofrece particularidades propias y distintivas, en donde la reunión de los acreedores y el tratamiento igualitario, es la pauta general, aunque con algunas excepciones. Esa colectividad se denomina en doctrina masa de acreedores o simplemente masa¹¹⁴¹, la que se configura porque a causa de la presentación concursal los acreedores quedan unidos legal y convencionalmente¹¹⁴².

Pero, esta concepción de “masa”, merece algunas precisiones. PLÍNER se preguntaba: ¿qué significa en la ley de concursos la expresión “masa de acreedores”?¹¹⁴³ A lo que MAFFÍA, con su permanente lucidez, reduce: «no busquemos en el diccionario la acepción de “masa” para nuestra urgencia, cuando examinamos el art. 167 de la LCQ, sino lo que nos dice la expresión “formación de masa única” en el contexto de los

¹¹³⁹ Se menciona tratamiento igualitario, lo que no debe confundirse con igualdad de pago (ver Capítulo VII).

¹¹⁴⁰ CNCom., sala A, “Elecgas S.A. s/quiebra s/inc. de rev. prom. por: Administración Federal de Ingresos Públicos”, L.L. 2007-A-546.

¹¹⁴¹ La ley concursal española 22/2003, claramente, hace referencia a la masa activa y masa pasiva del concurso (arts. 43 y 49). Cfr. RIVERA, Julio César, *Instituciones de Derecho Concursal*, ed. Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, (1996), t. I, págs. 132-133.

¹¹⁴² MARTORELL, *op. cit.*, t. I, pág. 275.

¹¹⁴³ PLÍNER, Adolfo, *La personalidad de la sucesión, de la masa de acreedores en la quiebra y de la masa de deventuristas*, R.D.C.O., (1968), pág. 51.

art. 160 a 167 de la ley de concursos; ello rigurosamente relacionado con lo atinente al uso de esa locución en ese contexto»¹¹⁴⁴.

Conforme sostiene prestigiosa doctrina judicial, «la masa de acreedores (o colectividad de acreedores) es una persona jurídica, que en la quiebra y, como consecuencia del desapoderamiento, se hace titular del patrimonio del fallido a los fines de su liquidación»¹¹⁴⁵, pero esta concepción acerca de la masa, no tuvo aceptación generalizada y algunos autores de nota se alzaron contra este pensamiento.

La ley 11.719 adoptó la personalidad de la masa y, posteriormente, la ley 19.551 que ninguna referencia efectuaba en la “Exposición de motivos”, permitió que la discusión acerca del reconocimiento de esta comunidad de sujetos, como persona jurídica¹¹⁴⁶, perdiera actualidad. Lo que sucede es que la ley 11.719 hacía referencia a la masa de acreedores, criterio que no fuera seguido por el legislador de la ley 19.551 como, asimismo, el de la ley 24.522.

El texto positivo vigente, únicamente, hace referencia a la “masa”, como señala MAFFÍA, cuando la ley refiere a la conformación de bienes y créditos (art. 167 y conc., LCQ) en los supuestos de quiebra por extensión. De lo que se sigue que hoy podemos hablar de masa en el sentido técnico del vocablo, cuando se hace referencia a la concurrencia que se forma en los supuestos de ampliación de quiebra a otros sujetos.

Otra cuestión interesante que se plantea en relación a la locución “masa” (*vide* “colectividad de acreedores”), es si ésta, es titular de dere-

¹¹⁴⁴ MAFFÍA, Osvaldo J., *¿Qué es...? “Par conditio”, “masa”, “abstracción”, “junta”*, L.L. 2007-F-1187.

¹¹⁴⁵ CNCom., sala C, “Baamonde” (inédito), (29/12/75); *idem* sala B, “Femimundo” (inédito), (17/11/76), cit. por RIVERA, Julio César en “*Instituciones...*”, *op. cit.*, t. I, pág. 133.

¹¹⁴⁶ El tratadista mediterráneo afirmaba: «aunque la “Exposición de motivos” de la ley 19551, al extirpar la “masa de acreedores”, nada expresa, señalamos que debió tener influencia la opinión de SATTA: “convendría ahora precisar que el concurso, si bien implica una solidaridad entre los acreedores, en cuyo interés se cumple la ejecución, no determina una relación jurídica entre ellos, ya sea de comunión, ya sea de sociedad o consorcio. La quiebra tiene sus reglas, que se imponen a todos los acreedores, y, por tanto, ellos deben observarlas aun respecto del uno hacia el otro; pero no se puede decir, sobre todo en la nueva ley, que en algún momento se determine una voluntad única de los acreedores, expresada por intermedio de los órganos que los representan (asamblea, delegación, etc.). Sólo en el concordato se puede hablar de una voluntad colectiva, si no colegiada, de los acreedores; pero en él estamos fuera del proceso de quiebra». Cfr. CÁMARA, Héctor, *El Concurso Preventivo y la Quiebra*, ed. Depalma, Bs. As., (1990), vol. III-B, pág. 666.

chos y obligaciones. ORGAZ, LLAMBÍAS y PLÍNER, entre otros, niegan que la comunidad constituida por el conjunto de los acreedores incorporados al proceso universal convierta –por esa comunión de personas– a la masa, en sujeto de derecho¹¹⁴⁷. ORGAZ sostiene que “una persona constituida para extinguirse es un concepto inadmisibles”¹¹⁴⁸, mientras que CHIOVENDA niega la calidad de persona jurídica de la masa, toda vez que la misma (masa) no se hace titular de los bienes desapoderados¹¹⁴⁹.

Con mayor actualidad, RIVERA y MARTORELL niegan que la masa sea un sujeto de derecho –aunque por distintas vertientes, admitan de que existen actividades o gestiones que se realizan a favor de ésta¹¹⁵⁰– porque no llegan a convertirse en titulares de los bienes desapoderados.

La judicatura tampoco acompañó la idea de que el conjunto de acreedores conforme un sujeto de derecho, al decir que éste “carece de individualidad jurídica como tal, pues no llega a constituirse siquiera en un órgano de la quiebra, y su actuación como cuerpo se limita a deliberar y pronunciarse sobre una eventual propuesta de acuerdo resolutorio (...), con lo que su obrar colectivo ahí comienza y ahí acaba; un obrar colectivo que es la suma de voluntades individuales, sin constituirse en un ente diverso de sus integrantes”¹¹⁵¹.

De lo expresado, podrían extraerse algunas reflexiones acerca de la carencia de personalidad jurídica a la colectividad de acreedores en los procedimientos concursales: a) en primer término, por cuanto tratándose de concurso preventivo no existe desapoderamiento y, por lo tanto, los

¹¹⁴⁷ Cfr. ORGAZ, Alfredo, “Derecho Civil Argentino. Personas individuales”, ed. Depalma, Bs. As., (1943), pág. 27 n.º 55; LLAMBÍAS, Jorge Joaquín, “Tratado de derecho civil - Parte General”, ed. Perrot, Bs. As., (1967), t. II, pág. 53; PLÍNER, *op. cit.*, pág. 45.

¹¹⁴⁸ ORGAZ, *op. cit.*, pág. 27 n.º 55.

¹¹⁴⁹ Cfr. RIVERA, *op. cit.*, t. I, pág. 133.

¹¹⁵⁰ «Tampoco se configura una persona jurídica por la circunstancia de que entre el desapoderamiento y la liquidación deban realizarse gestiones en interés común de los acreedores, aunque ellas den lugar a las deudas de la masa o a créditos contra el concurso –como se los denominaba en el artículo 264 de la ley 19.551– ahora llamados gastos de justicia (art. 240 LCQ)». RIVERA, *op. cit.*, t. I, pág. 133; por su parte MARTORELL en coincidencia con la posición de RIVERA y siguiendo el pensamiento de CHIOVENDA, niega que la masa se haga titular de los bienes que son desapoderados al fallido. Cfr. MARTORELL, *op. cit.*, t. I, pág. 276.

¹¹⁵¹ CApel.Civ. y Com. Bahía Blanca, “Beja c. Monte Paco s. quiebra, escrituración” y “Gatti c. Monte, Paco S.A. s. escrituración”, Rev. Instituto Der. Comer. Colegio de Abogados de Bahía Blanca (1986), pág. 68 y 69; cit. por CÁMARA, *op. cit.*, vol. III-B, pág. 666-667.



acreedores no adquieren producto del inicio del juicio universal, derechos sobre los bienes –que se conservan en administración por el deudor, bajo guarda del síndico y el juez–, los que se mantienen en expectativa a las resultas del juicio; b) en segundo término, ni en la quiebra ni en el concurso, existe transferencia de activos, toda vez que no existe el supuesto de conclusión de la quiebra por cesión de bienes y, por último, c) en tercer término, los acreedores no pueden ejercitar acciones sobre los bienes desapoderados, estando facultados, solamente, para solicitar medidas precautorias.

Precisiones aparte –acerca de la personalidad jurídica de la masa– el “principio de colectividad” reviste fundamental importancia en los juicios universales, ya que la consecuencia más significativa de este principio es que las acciones individuales de los acreedores quedan paralizadas, suspendidas y postergadas, a la espera del resultado del proceso unviuersal (arg. arts. 21 y 132, LCQ)¹¹⁵², salvo el caso de los acreedores hipotecarios y prendarios que pueden –luego de requerir verificación del crédito y el privilegio (art. 21 *in fine*, LCQ)– proseguir con las acciones ejecutivas tendientes a la realización del bien sobre el cual se ha constituido la preferencia.

1.a) Sujetos que integran la “colectividad” en el concurso preventivo

Otro tema de interés importa determinar quienes son los sujetos que integran el término “colectividad”, ya que no todos los acreedores participan de esa comunidad de sujetos, lo que se haya relacionado con el momento a partir del cual la misma se conformaría.

La ley de quiebras prescribe que la apertura del concurso preventivo (art. 14 en conc. con el art. 21, LCQ) produce a partir de la publicación de editos: “la suspensión de los juicios de contenido patrimonial en contra del concursado”, estableciendo que “los acreedores por causa o título anterior, quedan sometidos a las disposiciones de la ley concursal, salvo las excepciones legalmente establecidas” (art. 21 y 125, LCQ). Por lo tanto, todos los acreedores anteriores a la declaración de apertura del uni-

¹¹⁵² Cfr. MARTORELL, *op. cit.*, t. I, págs. 275-276.

versal, quedan subordinados a las reglas del procedimiento previsto en la ley de concursos.

La ley 26.086 modificó el criterio sentado por la ley 24.522, que disponía que “la apertura del concurso produce la suspensión y radicación de las acciones de contenido patrimonial en contra del concursado”, lo que se computaba a partir de la resolución de apertura.

La distinción, no es una cuestión menor. El concurso preventivo, puede desistirse y, en consecuencia, produce ciertos efectos respecto de los acreedores. Por un lado, éstos retoman las acciones personales que tenían en contra del *cessatus* y, por otro, comienza a computarse el período de inhibición, con lo que se desalientan las pretensiones de concursarse con ánimo de generar perjuicio a los acreedores –para obtener la suspensión de ciertas acciones– para luego, desistir; con el consiguiente impedimento de requerir una nueva presentación dentro del año, si existen pedidos de quiebra pendiente (art. 31 *in fine*, LCQ).

Precisado ello, una vez realizada la publicación edictal, los acreedores anteriores a la presentación concursal (art. 32, LCQ) quedan sometidos a las resultas del proceso verificadorio, es decir: se incorporan como sujetos integrantes de la colectividad de acreedores a partir de la insinuación de su acreencia. MARTORELL siguiendo a TONÓN afirma con acierto, que cuando la ley hace referencia a “todos”¹¹⁵³ los acreedores (art. 125, LCQ), incluye «únicamente, los anteriores a la presentación en concurso preventivo, y cuando se trata de una quiebra todos los acreedores anteriores a la sentencia que la decretó»¹¹⁵⁴. Los acreedores posteriores, es decir, los denominados: “acreedores del concurso”, esto es, aquellos cuyos créditos nacieron como consecuencia del inicio del proceso concursal, *v. gr.* tasa de justicia, gastos para la conservación de ciertos bienes, el tercero en el contrato con prestaciones recíprocas pendientes; quedan sometidos al trámite concursal, todos los demás, no¹¹⁵⁵.

¹¹⁵³ El art. 49 de la Ley de Concursos de España dispone: “Declarado el concurso, todos los acreedores del deudor, ordinarios o no, cualesquiera que sean su nacionalidad y domicilio, quedarán de derecho integrados en la masa pasiva del concurso, sin más excepciones que las establecidas en las leyes”.

¹¹⁵⁴ MARTORELL, *op. cit.*, t. I, pág. 275.

¹¹⁵⁵ Cfr. *ibidem*.

De acuerdo a lo expresado, la comunidad de sujetos que integran la colectividad se inicia, precisamente, con la publicación de edictos (como “momento” de inicio) pero, su efectiva conformación se gestará a partir de la fecha en que los acreedores formulen sus peticiones de incorporación al pasivo. Esto es así, por cuanto, por más que exista “proceso universal”, no existirá colectividad si no existe pedido de incorporación por parte de cada uno de los acreedores.

En este estado inicial del proceso, no afecta el trámite si los juicios quedan atraídos o no, lo que interesa es que los acreedores posean vocación y concurran a formar esa colectividad. Tampoco perjudica si es un solo acreedor el que pide verificación, ya que esa colectividad, estará representada aunque exista un solo sujeto. Lo que importa, sea uno o varios, es que concurran (sea en la verificación tempestiva o en la tardía) a peticionar la admisión de sus acreencias al pasivo, lo que se encuentra vinculado con el “principio de concurrencia”.

Ahora bien, ¿que sucedería si no concurre ningún acreedor? Pues bien, se trata de un supuesto no previsto en la ley concursal y, como tal, deberá estarse al período de prescripción previsto en el art. 56 de la ley¹¹⁵⁶ y continuarse con el proceso hasta su finalización, ya que quien recurrió a la utilización de un instrumento legal (concurso preventivo) para sanear una situación de insolvencia patrimonial, debe tener la respuesta adecuada –y, que la justicia deberá encontrar– para paliar tamaño déficit.

Tal como ha sido consabido por prestigiosa doctrina nacional, la resolución por la que se dispone la conclusión del concurso (art. 59, LCQ), provoca similares efectos que los que produce la conclusión en el supuesto de quiebra, en el que los acreedores recuperan la posibilidad de pro-

¹¹⁵⁶ Art. 56: *Aplicación a todos los acreedores*. “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 en el procedimiento (...) El pedido de verificación tardía debe deducirse por incidente mientras tramite el concurso o, concluido éste, por la acción individual que corresponda, dentro de los dos años de la presentación en concurso. Si el título verificadorio fuera una sentencia de un juicio tramitado ante un tribunal distinto que el del concurso, por tratarse de una de las excepciones previstas en el artículo 21, el pedido de verificación no se considerará tardío, si, no obstante haberse excedido el plazo de dos años previsto en el párrafo anterior, aquél se dedujere dentro de los seis meses de haber quedado firme la sentencia. Vencidos esos plazos prescriben las acciones del acreedor, tanto respecto de los otros acreedores como del concursado, o terceros vinculados al acuerdo, salvo que el plazo de prescripción sea menor...” (t.o. ley 26.086).

mover sus acciones personales por la vía común, si es que no tuvieron propuesta concordataria a la que debieron someterse¹¹⁵⁷, o su crédito no se encontrare extinto.

LORENTE anticipaba la probabilidad de que se produjera un caso en el que no se presenten acreedores, con la particularidad de que se pudiera contar con acreedores tardíos que concurren a insinuar sus pretensiones y obtengan resolución, antes de la fecha de la audiencia informativa¹¹⁵⁸. Pero, si no concurre ningún acreedor, el incumplimiento con la carga verificatoria no puede favorecer al *accipiens* para retomar las acciones individuales suspendidas –lo que configura otro dispositivo rector del proceso universal–; las obligaciones originadas en causa o título anterior a la presentación concursal, simplemente, prescriben (art. 56 LCQ) vencido el plazo legal.

Este modo de pensamiento resulta lógico si se abreva que el concurso preventivo o la quiebra tienen por efecto someter a todos los acreedores a sus postulados con el fin de superar el estado de insolvencia, por lo que no podrán algunos prevalerse de incumplir con la carga verificatoria, para luego proseguir con sus acciones individuales; o bien ha mediado una renuncia por parte del acreedor o bien la obligación queda extinta, ante la imposibilidad por parte del deudor de efectuar pagos que alteren la situación de los acreedores de causa o título anterior (art. 17, LCQ)¹¹⁵⁹.

El *dies a quo* del plazo establecido en el art. 56 LCQ (t.o. 1995, ley 24.522, con la reforma introducida por la ley 26.086), se computa (*start*)

¹¹⁵⁷ WILLIAMS, R., *El concurso preventivo*, ed. Plus Ultra, Bs. As., (1975), pág. 381; MAFFÍA, Osvaldo J., *El deber de indicar la causa del crédito en la etapa concursal de verificación*, L.L. 1978-C-801; ALEGRÍA, Héctor, *Algunas cuestiones de derecho concursal*, ed. Abaco de Rodolfo Depalma, Bs. As., (1975), pág. 130.

¹¹⁵⁸ LORENTE, Javier Armando, *Nueva ley de concursos y quiebras*, ed. Gowa, Bs. As., (1995), págs. 173-174.

¹¹⁵⁹ «...Si los acreedores anteriores pudieran retomar el ejercicio de las ejecuciones individuales todo el proceso colectivo resultaría desvirtuado, pues ello implicaría tanto como desatender las finalidades que lo inspiran (...) tratándose de un acreedor cuyo pedido de verificación fue rechazado, existe más razón aún para no autorizar que continúe en el ejercicio de la acción individual, ya que a las expuestas se suman las que resultan del art. 38 de la ley 19.551». Cfr. MARTORELL, Ernesto Eduardo, *Breves estudios sobre concursos y quiebras ¿El crédito no verificado se extingue o no extingue?*, L.L. 1993-D-733; GARAGUSO, Horacio P., *Verificación de créditos, Principios y régimen en la ley 24.522* en III Encuentro de Institutos de Derecho Comercial de Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires, ed. Depalma, Bs. As., (1997), pág. 197 y 199.

desde la presentación concursal y culmina con la resolución de conclusión del concurso, cuyo trámite normalmente excede con creces los dos años; por lo que se daría una *rara avis*, que se presente un caso de cumplimiento del acuerdo con anterioridad a los dos años, lo que habilitaría al acreedor omiso a promover una acción individual.

El sistema se articula y asienta sobre principios, de los cuales, el de la conservación de la empresa representa un norte infranqueable, por lo que los acreedores que pretendan eludir el proceso verificadorio –lo que les permitiría la incorporación al pasivo y discutir, eventualmente, una propuesta concordataria– no podrán gozar de mayores beneficios que aquellos que se sacrificaron, a los fines de obtener un ofrecimiento de pago con quita y/o espera (art. 43, LCQ).

Ahora bien, también podría plantearse el siguiente interrogante: ¿que sucedería si llegada la fecha de finalización del concurso (período de exclusividad, art. 43, LCQ), el deudor no obtuviera ninguna mayoría por no haber acreedores presentados? Pues, nada, el deudor no puede quebrar si no existen acreedores verificados, por la sencilla razón, de que no hay a quien distribuir liquidación alguna ante la hipótesis de realización de bienes. El *iudex* deberá dar por finalizado el concurso, sin mayores previsiones.

Si bien es cierto que el caso planteado es de laboratorio, tiende a fijar posición sobre la importancia que posee el concurso preventivo como proceso universal, en el que el fin claramente perseguido es el de la reorganización, recomposición y conservación de la empresa. Por tanto, los acreedores no pueden sustraerse a la obligación de verificar, para una vez recuperada la posibilidad de accionar por la vía ordinaria, beneficiarse en el cobro, sin participar de ningún sacrificio. Para el supuesto de quiebra concluida por avenimiento se podrían utilizar similares argumentos¹¹⁶⁰.

¹¹⁶⁰ LLAMBIAS refería que ante un supuesto de quiebra, concluida por acuerdo resolutorio o por avenimiento con rehabilitación del fallido, la caducidad que produce el trámite del proceso universal, afecta a todos los acreedores de fecha anterior a la presentación, «con independencia de que se hayan presentado o no a verificar sus créditos». Cfr. LLAMBIAS, Jorge J., “Código Civil anotado”, *Obligaciones en general: Extinción de las obligaciones*, Bs. As., (1979), t. II-A, pág. 567.

1.b) Quid de los acreedores posteriores a la presentación concursal

Conforme se desprende del art. 21 de la ley 24.522 los acreedores posteriores a la presentación concursal preventiva, conservan las acciones individuales que la naturaleza de sus créditos les confiere¹¹⁶¹, los que no quedan sometidos a las resultas del trámite del concurso; por lo que los mismos están habilitados a promover las acciones judiciales ordinarias de acuerdo con la naturaleza de su crédito, o bien, peticionar la declaración de quiebra.

Como el acuerdo preventivo produce efectos, respecto de los acreedores con origen anterior a la presentación concursal, el interrogante que se plantea es si ¿los acreedores posteriores a la presentación están habilitados para realizar acciones tendientes a agredir el patrimonio del deudor o en su caso agravar su estado de insolvencia, por afuera del trámite concursal? La mayoría de la doctrina nacional es conteste en que los acreedores de causa y título posterior –ROUILLON, advierte sobre la presencia de la conjunción copulativa¹¹⁶²– quedan exentos de la carga de concurrir al concurso, a consecuencia de tener un crédito que se originó en causa o título posterior a la presentación concursal.

La ley de concursos estructura un sistema de suspensiones y exclusiones en el art. 21 el que ordena un régimen con una línea divisoria, los *ex ante* y los *ex post* a la presentación concursal preventiva. De esta forma, es fácil identificar que los acreedores que no están expresamente referenciados en el citado dispositivo, no se encuentran obligados a formular, en algún momento, la verificación de sus acreencias (art. 56, LCQ).

Estos acreedores –los que no quedan atraídos, ni son sometidos a la carga verificatoria– pueden iniciar acciones individuales en contra del concursado, lo que harán ante un tribunal ajeno a la competencia del juez

¹¹⁶¹ «Así, se ha decidido en este sentido que los derechos de origen postconcursal (es decir, de causa posterior a la presentación en concurso), son ajenos a las reglas de la concurrencia (arts. 16 y 32 ley 24.522) (Sala D, integrada por los Dres. Monti y Díaz Cordero, en “Resero SA s/concurso s/inc. de pronto pago por Nieves, Dionisio” del 09/08/96)». CNCom., sala C, “Editorial El Atlántico S.A.C.I.F. s/conc. prev. s/inc. de escrit. por Emisora Arenales de Radiodifusión”, *laleyonline*, 05/09/2008.

¹¹⁶² «...no basta con que solamente el título sea posterior cuando la causa es anterior a la presentación». Cfr. ROUILLON, Adolfo A. N. *Régimen de Concursos y Quiebras*, (15ª edición), ed. Astrea, Bs. As., (2006), pág. 37-38.

del proceso universal y de acuerdo a la naturaleza de su acreencia. Por lo tanto, estos créditos no participan de la propuesta concordataria (art. 56, LCQ), ni de las resultas del trámite preventivo, ya que sus acciones ni se atraen ni se suspenden. Pero, analizando en profundidad los distintos dispositivos de la ley concursal y en particular, el principio de universalidad y conservación de la empresa, de lo que no se encuentran privados estos *creditors*, es de recurrir ante el juez del concurso (art. 1, LCQ) para hacer efectiva la sentencia que recaiga sobre el *cessatus*, por cuanto la competencia del juez del proceso universal no desaparece por el hecho de que el acreedor sea posterior a la presentación concursal.

De esta forma, si se parte del presupuesto ya analizado (*vide*, § 1.A) de que la universalidad se extiende tanto activa como pasivamente (art. 1 y 125, LCQ) durante todo el trámite del proceso, debe reforzarse la posición de que los acreedores posteriores, aunque sus acciones tendientes al cobro de sus acreencias no se suspenden ni se atraen, quedan igualmente sometidos no al trámite verificadorio, ni a los efectos del acuerdo, sino al trámite concursal. La realización de actos tendientes a la declaración de quiebra del deudor en los términos del art. 77 inc. 2 de la ley 24.522 o bien, la ejecución de la acreencia, deben ser ordenados por el juez que entiende en el juicio ecuménico.

El carácter universal del concurso justifica la concentración en un solo órgano jurisdiccional del conocimiento no de todas las materias –como estaba diagramado en la ley 24.522 (t.o. 1995)– sino de todas las acciones tendientes a agredir el patrimonio que, en otro apartado, se dijo: representa la garantía de los acreedores; cuya dispersión ante otros jueces quebranta la necesaria unidad procedimental y de decisión. Además, el juez del concurso –en aras de la conservación de la empresa– debe poseer una amplia discrecionalidad en el ejercicio de sus competencias, lo que contribuye a facilitar la flexibilidad del procedimiento y su adecuación a las circunstancias de cada caso.

Estas facultades discrecionales del magistrado, se manifiestan en diversas cuestiones de vital importancia para la resolución del concurso y la vida de la empresa, como ser: a) la adopción de medidas cautelares; b) la suspensión de la ejecución de un crédito con garantía real; c) la ampliación del régimen de publicidad edictal; d) la declaración de pequeño o concurso ordinario; e) la acumulación de concursos (el del garante o el

del agrupamiento); f) el nombramiento y la separación de los administradores concursales; f) la graduación de los créditos, etcétera¹¹⁶³.

Si se comparte la posición de que el concurso sigue siendo una ejecución colectiva aunque lleve a una solución concordataria que tiende a la satisfacción de todos los acreedores, en igual medida o proporción, con todo el patrimonio del deudor; se debe admitir que ese sólo juez es el que debe intervenir en la realización de los bienes o en el agravamiento de la insolvencia (quiebra), lo que se comprende únicamente en el entendimiento de que los acreedores quedan privados de toda iniciativa individual que tienda a agredir los bienes del deudor, por fuera del trámite concursal.

Lo que se plantea, no es que el acreedor (de causa o título posterior a la presentación concursal) quede sometido al trámite verificadorio o que deba promover la acción para el reconocimiento de su crédito ante el juez concursal, lo que se sostiene es que el magistrado que entiende en el concurso –quien en definitiva dispone de los bienes en la medida de la ley– sea quien conceda u otorgue al deudor, la posibilidad de entregar otros bienes o de indicar cual es la mejor solución para dicha acreencia, en aras de la conservación de la fuente productiva. De esta solución podrían participar el síndico y, eventualmente, los *accipiens* a través del comité (art. 260, LCQ). Si bien es cierto que, conforme reza el art. 56 de la ley 24.522 “el acuerdo produce efectos respecto de los acreedores por causa o título anterior”, no menos cierto es que los acreedores posteriores no pueden agredir el patrimonio por fuera del trámite concursal. Si fuese ello así, se desvirtuaría el “principio de universalidad” de la quiebra como, asimismo, el de “conservación de la empresa”.

El art. 15 de la normativa concursal dispone que “el deudor conserva la administración de su patrimonio bajo la vigilancia del síndico” y del juez del proceso universal¹¹⁶⁴. El síndico, no posee facultades extraordinarias, lo único que puede hacer es informar al juez para que –éste último– disponga lo conducente para mantener el patrimonio incólume. Por ende, sea por virtud de la administración vigilada (art. 15, LCQ) o como

¹¹⁶³ Cfr. Considerando IV de la exposición de motivos de la ley española 22/2003.

¹¹⁶⁴ El síndico participa en la custodia de los bienes del deudor y es el juez quien, previa consulta al comité de acreedores, dispone sobre su realización y autoriza, en su caso, los actos que importen exceder la administración ordinaria de su negocio.

consecuencia del desapoderamiento (art. 107, LCQ), el juez que entiende en el proceso universal es quien se encuentra en mejores condiciones para disponer la forma de satisfacción del crédito del acreedor postconcurzal. Será él, quien tendrá mayores elementos de convicción para, derechamente, hacer lugar a la ejecución de un bien del concursado o, en su defecto, disponer sin más la declaración de quiebra; pero también, quien podrá buscar y encontrar alternativas para solucionar el reclamo del acreedor, tales como: entrega de bienes no necesarios para el desarrollo de la actividad empresarial, acuerdo de pago, garantía de terceros, entre otras opciones.

El art. 24 de la *Legge Fallimentare* italiana (t.o. D. L., 12 settembre 2007), establece: “el tribunal que ha declarado la quiebra es competente para conocer de todas las acciones que se deriven de ella, cualquiera sea el valor de las mismas”. El *giudice delegato* (juez delegado) ejercita funciones de vigilancia del trámite y posee facultades para disponer las medidas urgentes que sean necesarias para la conservación del patrimonio (art. 25, *Legge Fallim.*).

Por su parte, la ley concursal española en el art. 55 establece: “una vez declarado el concurso, no podrán iniciarse ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, ni seguirse apremios administrativos o tributarios contra el patrimonio del deudor”. Y, dispone a renglón seguido, “podrán continuarse aquellos procedimientos administrativos de ejecución en los que se hubiera dictado providencia de apremio y las ejecuciones laborales en las que se hubieran embargado bienes del concursado, todo ello con anterioridad a la fecha de declaración del concurso, siempre que los bienes objeto de embargo no resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor”¹¹⁶⁵. Por cierto, quien podrá determinar y se encuentra en inmejorables condiciones de establecer cuales son los bienes necesarios para la continuidad de la actividad empresarial es –nada más y nada menos– que el juez que entiende en el proceso colectivo.

¹¹⁶⁵ La comilla simple me pertenece. Obsérvese que el legislador español, preocupado por la situación de la empresa con posterioridad a la presentación concursal, admite la continuación de los trámites de ejecución, siempre, que los bienes no resulten indispensables para la continuación de la actividad empresarial o profesional del deudor.

La apertura del juicio universal, produce efectos en relación a los bienes sometidos a vigilancia no solo con anterioridad a la fecha de su apertura, sino también, con posterioridad a esta. Por lo que la admisión del concepto universalidad como principio, debe aceptarse inclusive, para las deudas contraídas con posterioridad al inicio del preventivo y hasta el cumplimiento del convenio de pago, o bien, la liquidación de los bienes. De otra forma, existe la posibilidad –no meramente hipotética– de que salgan bienes de titularidad del deudor en *consensus fraudis* con acreedores postconcursoales y en perjuicio de la colectividad, sin ninguna intervención de los acreedores o siquiera del juez –quien actúa velando por la recuperación de la empresa– para impedir tal situación.

Existen algunos acreedores que quedan comprendidos en esta posición. El art. 54 de la ley falencial¹¹⁶⁶ establece que, por ejemplo, los honorarios que debe abonar el deudor a los profesionales que intervinieron en el proceso concursal (síndico y asesores y abogado del deudor), ante la falta de pago podrán requerir la declaración de quiebra¹¹⁶⁷, la que estará a cargo del juez del concurso. Si bien estos trabajos realizados con posterioridad a la presentación concursal son considerados honorarios del concurso *ex ante*, el juez habilitado para tramitar tal pedido, es precisamente, el juez que intervino en el proceso universal.

Si un acreedor, ej. el asesor del deudor, conviniere con posterioridad a la presentación concursal el pago de honorarios como consecuencia de las labores de asesoramiento realizadas al concursado durante la tramitación de éste, dicho pago, aunque se revele con posterioridad a la presentación concursal, deviene ineficaz respecto de los acreedores siendo, precisamente, el juez concursal quien dispondrá su declaración, a pesar de haberse homologado el concordato. Interpretar lo contrario importaría desvirtuar el principio de universalidad que gobierna el proceso concursal, conforme al cual, los efectos del concurso se extienden sobre la tota-

¹¹⁶⁶ Art. 54. *Honorarios*. “Los honorarios a cargo del deudor son exigibles a los (90) días contados a partir de la homologación, o simultáneamente con el pago de la primera cuota a alguna de las categorías de acreedores que venciere antes de ese plazo. La falta de pago habilita a solicitar la declaración en quiebra”.

¹¹⁶⁷ Se ha dicho que «ante el incumplimiento por parte del concursado en lo que hace al abono de los estipendios que se regularon al síndico al homologarse el acuerdo, éste se encuentra habilitado para instar la quiebra». CApel. de Concepción del Uruguay, sala civil y comercial, “Godoy, Oscar A. s/conc. prev.”, LLLitoral 306, 28/07/2003.

alidad del patrimonio¹¹⁶⁸, independientemente de la calidad del acreedor, pre o postconcurzal.

De igual manera, quedan en esta situación los honorarios que se devenguen por tareas posteriores a la conclusión del concurso, y antes de que se declare su cumplimiento¹¹⁶⁹ (contralor del cumplimiento del acuerdo, tareas oficiosas), cuya regulación y eventual declaración de falencia quedan a cargo del juez que interviene en el proceso colectivo.

¹¹⁶⁸ «La ineficacia del pago de honorarios realizado por la fallida al momento de encontrarse en concurso preventivo opera por la sola voluntad de la ley (art. 17, ley 19.551 – Adla, XLIV-D-3806) y aun sin necesidad de declaración formal. En consecuencia, la falta de invocación concreta por parte del síndico no obsta a una declaración de tal naturaleza, pues ella surge como consecuencia del incumplimiento de la normativa concursual (...) Obsérvese que Conserva Pensacola S.A., a las fechas del pago del crédito a favor de José M. Cambón en concepto de honorarios 20/11/87 y 16/2/88, se encontraba en concurso preventivo. En esas circunstancias, cabe entender que, aun cuando se considerara que la homologación del acuerdo en el proceso concursual dejó sin efecto el estado de cesación de pagos de la concursada –como lo alega el impugnante–, lo cierto es que el pago realizado por ésta al aquí demandado resultó ineficaz. Y ello, por cuanto –como lo destacara el sentenciante– ese acto además de exceder la administración ordinaria del giro comercial de la hoy fallida, significó una alteración de la situación de los acreedores anteriores a la presentación en concurso cuya ineficacia queda sancionada por lo dispuesto por los arts. 17 y 18 del ordenamiento concursual. Lo contrario importaría tanto como desvirtuar los principios de la “universalidad del patrimonio” y de la “*par condicio creditorum*” que gobiernan la materia concursual, según los cuales, los efectos del concurso se extienden a la totalidad del patrimonio del deudor y a cada uno de los acreedores en condiciones idénticas. Por otro lado, debe señalarse que –como lo indicara el representante del Ministerio Público– la ineficacia del acto celebrado por la deudora constituye una causal objetiva que priva al negocio jurídico de efectos frente a los restantes acreedores y que, como tal, opera de pleno derecho y sin necesidad de invocación expresa por parte del síndico de la actora. A lo que cuadra añadir que la concursada –hoy en quiebra– mantiene la administración de sus bienes una vez homologado el acuerdo, mas con las restricciones y sanciones a que aluden los arts. 16, 17 y 18 de la ley de concursos (art. 66, párr. 2° ley cit.). En consecuencia, no puede sino concordarse con la solución dada al litigio por el juzgador originario». Cfr. CNCom., sala C, “Conservas Pensacola S.A. s/ quiebra c. Cambón, José M.”, L.L. 1995-B-537 - DJ 1995-2-243.

¹¹⁶⁹ «La regulación de honorarios por las tareas del síndico con posterioridad a la homologación del acuerdo y hasta la conclusión del concurso no se encuentra contemplada por la ley 24.522. Sin embargo tiene dicho esta Sala que si el síndico concursual y su letrado solicitaron la regulación de sus honorarios, resulta improcedente denegar dicha pretensión si, como acontece en el sub examine, las tareas cumplidas por los peticionantes en la etapa posterior a la homologación no fueron consideradas en una regulación precedente ni surge que se hubieran ponderado las tareas concernientes al control del cumplimiento del acuerdo, como así tampoco los importes correspondientes a lo abonado a los acreedores durante esa etapa (cfr. CNCom. esta sala, in re “Establecimientos Textiles Van Andrés S.A. s/quiebra” del 09.11.01)». CNCom., sala B, “Germaiz S.A. s/concurso preventivo”, eIDial.com - AA3838, 13/07/2006; L.L. LXX-227-7 - L.L. 2006-F-591.

Sobre este punto –honorarios– se plantearon dos posiciones, por un lado, quienes ante la falta de previsión normativa concursal entienden que no corresponde regulación alguna; por lo que si se procedió a estimar honorarios sólo cabe dejarlos sin efecto¹¹⁷⁰. Y, por otro, los que dan por sobreentendido que debe practicarse una retribución¹¹⁷¹, ello en base a la aplicación analógica de otras normas del propio plexo concursal (arts. 291 inc. 1º y 292, LCQ)¹¹⁷² o con sustento en el derecho de fondo¹¹⁷³, máxime, cuanto la utilidad de esos trabajos no fue cuestionada y su importancia justificó la inclusión de tales estipendios como gasto del concurso¹¹⁷⁴. Lo que no cabe dudas, más allá de la discusión sobre su procedencia o no, es que es el juez del trámite colectivo quien se encuentra facultado para fijar los estipendios profesionales por esta etapa.

De todo ello puede sostenerse que el juez del proceso universal –a mérito de lo dispuesto en el art. 1º de la ley 24.522– resulta competente para entender en todas aquellas cuestiones que atenten contra el patrimonio del *cessatus* (cuando se encuentre acreditada la existencia de una empresa; art. 5, LCT), o bien tienden a agravar el estado de cesación de pagos (pedido de quiebra); ya que se encuentra en inmejorables condiciones para evitar alargar la agonía del deudor y, directamente, declarar la quiebra; o bien, encontrar juntamente con el síndico y, eventualmente, con el comité de control (si estuviere conformado), las mejores alternativas para superar el estado de crisis, evitando de esta forma la realización o dispersión de bienes que puedan atentar contra la continuación de la actividad de la empresa.

¹¹⁷⁰ CNCom., sala A, “Embotelladora San Miguel S.A. s/conc. prev.”, 19/3/01; sala B, 15/7/96, “Cía. Azucarera Concepción s/conc. prev.”; sala C, 17/10/83, “Lanolino S.A.C.I. s/quiebra” (ficha 10.472); cit por PESARESI, Guillermo Mario y PASSARÓN, Julio Federico, *Honorarios en concursos y quiebras*, ed. Astrea, Bs. As., (2002), pág. 211 a 213.

¹¹⁷¹ CNCom., sala B, “Tenas S.A. s/quiebra”, 9/4/91; id., 6/5/94, “Weber y Suez SA s/quiebra” (ficha 18.433); Sala D, 25/7/94, “Aceitera del Monte s/conc.”; sala E, E.D. 107-248, 18/3/83. Ver también, QUINTANA FERREYRA, Francisco, *Concursos*, t. I, pág. 764; PESARESI y PASSARÓN, *idem*.

¹¹⁷² CNCom., sala A, “Massalin, Gustavo A. s/conc. prev.”, 4/10/95; Sala D, 24/4/96, “Sany SRL s/conc. prev.”; Sala E, 11/6/96, “Wowa SRL s/conc. preventivo”; PESARESI y PASSARÓN, *idem*.

¹¹⁷³ CNCom., sala B, “Atlanta SA s/conc. prev. s/inc. verif. Por Prieto Alonso, Emilio, y otro”, 14/4/92; id. sala E, E.D. 107-248, 18/3/83; PESARESI y PASSARÓN, *idem*.

¹¹⁷⁴ CNCom., sala A, “Laurence, Eduardo R., s/conc. preventivo”, 8/9/92; PESARESI y PASSARÓN, *idem*.

1.c) La situación de los acreedores con garantías reales

Un tema que ha sido de especial análisis y controversia durante la vigencia de la ley 24.522 (t.o. 1995), ha sido la cuestión de los acreedores hipotecarios y prendarios, en especial referencia al tema de la competencia para deducir las acciones tendientes a la realización del bien asiento del privilegio.

En efecto, la ley 24.522 (t.o. 1995, Adla, LV-D-4381) en el art. 21 inc. 1º establecía “la radicación ante el juez del concurso de todos los juicios de contenido patrimonial contra el concursado”. Luego, en el inc. 2º regulaba las exclusiones a la radicación y después del punto y seguido, instauraba la suspensión de las ejecuciones de garantías reales, sin hacer referencia alguna a la excepción, también de radicación de dichas causas.

Si bien desde el fallo “Casasa”¹¹⁷⁵ la C.S.J.N. zanjó la discusión que dividió a la doctrina judicial acerca del fuero de atracción, resolviendo en definitiva, que el mismo no opera para las ejecuciones prendarias e hipotecarias en atención a tratarse de un proceso con características especiales, esto fue refrendado por la ley 26.086 que, con mayor precisión, en el último apartado del art. 21 estableció la exclusión de las reglas generales de suspensión, fuero de atracción y prohibición de promoción de juicios después de la apertura, a las acciones derivadas de créditos con garantía real. Sin embargo, la discusión se mantiene no en torno a la posibilidad de proseguir, suspender o radicar ante el juez concursal las acciones tendientes a la realización de bienes de titularidad del deudor con garantía hipotecaria o prendaria sino, a quien debe resultar competente para entender en la venta o “disposición” de tales cosas o bienes, sobre la base de lo ya expresado, sobre el principio de universalidad del concurso.

El art. 21 *in fine* de la ley concursal (t.o. ley 26.086) instituye que la apertura del concurso preventivo, suspende el remate de la cosa gravada,

¹¹⁷⁵ «El art. 21 de la ley 24.522 (Adla, LV-D-4381), en materia de aplicación del fuero de atracción a las ejecuciones prendarias e hipotecarias, consagra un supuesto de limitación al desplazamiento de la competencia, no sólo en orden a la distinta circunscripción judicial en que tramitan –en el caso– sino en atención al tipo de proceso». C.S.J.N., “Casasa S.A. s/quiebra c. Saiegh, Salvador y otro”, L.L. 1996-C-245 - DJ 1996-2-581. Ver también, CNCom. en pleno, “Avan S.A. s/conc. prev.”, J.A. 2001-II-135, 9/4/2001.

sólo hasta que el acreedor presente el pedido de verificación de su crédito¹¹⁷⁶ y su privilegio. Con lo que se sigue que cumplido este recaudo, el acreedor (hipotecario o prendario) puede proseguir con la ejecución del bien sobre el cual recae el privilegio ante el juzgado en el que tramita la ejecución, sin que la misma resulte atraída por el proceso universal.

Conforme lo ha demostrado la práctica concursal, puede advertirse que la cuestión no termina con la realización del inmueble o del vehículo; existen una serie de situaciones que ameritan que el juez del concurso entienda, previo a la enajenación del bien y que podrían enumerarse en las siguientes: a) suspensión de medidas que impidan el uso por el deudor de la cosa gravada (art. 24, LCQ); b) cuando se solicite autorización para sustituir el bien, por otro de igual valor, cuando este resulte indispensable para la continuación de la actividad (en los términos del art. 16 *in fine*); c) cuando se solicite autorización para renegociar y sustituir el bien objeto de ejecución, con garantías personales o reales de bienes de terceros, por motivos relacionados con la actividad de la empresa; d) cuando el acreedor no hubiere requerido la verificación del privilegio, aunque lo hubiera hecho en relación al crédito (art. 21 *in fine*, LCQ), e) cuando el deudor hubiere ofrecido desde el momento de la presentación, acuerdo para acreedores privilegiados en los que a criterio del magistrado exista viabilidad para su cumplimiento (art. 47, LCQ).

En lo que concierne al procedimiento de quiebra, CÁMARA afirmaba que «el acreedor privilegiado con hipoteca o prenda, tiene dos opciones: por un lado, el concurso especial o insinuarse en el pasivo y esperar cobrar su crédito con el producido de la cosa sobre la cual recae su privilegio. En todo caso, el *prius* lo constituye la verificación de créditos que tiene por finalidad reconocer el derecho del acreedor»¹¹⁷⁷.

Así como en la quiebra se justifica la petición ante el juez del concurso (art. 209, LCQ) de las acciones tendientes a la realización del bien gravado con garantía real, inclusive cuando existe continuación de la explotación de la empresa; en el que se puede disponer su paralización, cuando exista una forma de enajenación más conveniente: (enajenación

¹¹⁷⁶ CNCom., sala K, “Banco de Galicia y Buenos Aires v. Lazarte, Ramón A. y otro”, L.L. 2003-A-832; Capel.Civ. Com. y Garantías Penal Zárate-Campana, “Epiguren Osvaldo R. y otro vs. Carreras, Gabriel O.”, L.L.B.A. 2003-794.

¹¹⁷⁷ Cfr. CÁMARA, *op. cit.*, vol. III-B, pág. 503.

de la empresa como unidad [art. 206, LCQ]), en el que el privilegio se traslada al precio obtenido; de la misma forma, pueden encontrarse sobrados argumentos para que la realización del bien recaiga en el juez que entiende en el concurso preventivo, y no en otro ajeno a la situación económica, financiera y crediticia de la hacienda.

Obsérvese que se apunta “realización” y no “tramitación” del proceso de ejecución, ya que así como el proceso ordinario continuado no puede ejecutarse (convertir la sentencia declarativa en ejecutiva) pesando sobre el acreedor la carga de verificar su acreencia en los términos del art. 56, párrafo séptimo, de la ley concursal; tampoco la acción individual podría hacerse efectiva en los bienes sobre los que recae el privilegio, si no lo es ante el magistrado del proceso universal.

La Ley de Concursos de España establece en caso de realización de un bien con garantía real, su inmediata paralización hasta que se aprueba un convenio que no afecte el derecho del acreedor hipotecario o prendario o transcurra, cuanto menos, el plazo de un año desde la declaración de concurso (art. 56 de la ley 22/2003)¹¹⁷⁸. En caso de subsistir la suspensión de la ejecución “...la administración concursal podrá comunicar a los titulares de estos créditos con privilegio especial que opta por atender su pago con cargo a la masa y sin realización de los bienes y derechos afectos. Comunicada esta opción, la administración concursal habrá de satisfacer de inmediato la totalidad de los plazos de amortización e intereses vencidos y asumirá la obligación de atender los sucesivos como créditos contra la masa. En caso de incumplimiento se realizarán los bienes y derechos afectos para satisfacer los créditos con privilegio especial (art. 155, ley concursal española).

Como es dable apreciar, existe una manifiesta preocupación del legislador hispánico por tratar de sanear la empresa y que ésta supere el estado de insolvencia, lo cual emerge con carácter axiomático y se aprecia que es un principio rector del procedimiento concursal en el sistema peninsular.

¹¹⁷⁸ Art. 56 Ley Concursal española 22/2003. “Los acreedores con garantía real sobre bienes del concursado afectos a su actividad profesional o empresarial o a una unidad productiva de su titularidad no podrán iniciar la ejecución o realización forzosa de la garantía hasta que se apruebe un convenio cuyo contenido no afecte al ejercicio de este derecho o transcurra un año desde la declaración de concurso sin que se hubiera producido la apertura de la liquidación”.

Siguiendo con nuestro ordenamiento concursal, puede advertirse que en caso de quiebra opera el art. 126 de la LCQ en el que los síndicos “pueden requerir autorización al juez para pagar íntegramente el crédito prendario o hipotecario ejecutado por el acreedor con fondos líquidos existentes en el expediente, cuando la conservación del bien importe un beneficio evidente para los acreedores...”, abonando la posibilidad de autorizarse “...a constituir otra garantía o disponer la venta de otros bienes”.

Siendo ello así, no resulta razonable que el deudor concursado que pretende la reorganización de la empresa, la reestructuración del pasivo y la superación del estado de insolvencia, quede en peor situación que aquel que se encuentra en estado liquidativo, al “beneficiarse” –éste último– con la suspensión de la ejecución, por haberse autorizado su pago, o bien, por haberse adoptado un mejor modo de realización de los bienes en beneficio de la colectividad de acreedores y, fortuitamente, con mejor expectativa de percibir alguna suma del dividendo concursal (art. 228, LCQ).

CÁMARA citando a LAFONT auguraba que «la vida económica está hecha de ductilidad y adaptación, y no se la puede reajustar si se opera en un marco rígido, particularmente si gravita con exceso sobre la capacidad de supervivencia de la empresa»¹¹⁷⁹. Este seguramente, es el principio que debe primar, ante una situación de impotencia patrimonial, lo cual posee estrecha relación con los poderes del juez durante el trámite del procedimiento preventivo.

1.d) Sujetos que integran la “colectividad” en la quiebra

Tal como reza el art. 125 de la normativa falencial, una vez declarada la bancarrota (para utilizar un término en desuso, pero con vigencia constitucional [art. 75 inc. 12, C.N.]) “todos los acreedores son absorbidos por el trámite del procedimiento universal y, únicamente, pueden ejercitar las acciones tendientes al reconocimiento de sus pretensiones creditorias de acuerdo a las disposiciones contenidas en la ley concursal. En igual situación quedan los acreedores condicionales, incluso aquellos

¹¹⁷⁹ CÁMARA, *op. cit.*, vol. III-B, pág. 484.

cuya acción respecto del fallido queda expedita luego de excusión o cualquier otro acto previo contra el deudor principal” .

La universalidad también debe ser examinada desde el punto de vista pasivo. Más allá de la discusión en orden a determinar si las deudas forman parte del patrimonio, o únicamente lo gravan, lo real es que la universalidad del concurso se proyecta hacia todas las relaciones y obligaciones que soporta el deudor¹¹⁸⁰, por lo que el principio de universalidad se conecta con el de colectividad de los acreedores¹¹⁸¹, potenciando el primero.

La diferencia más importante entre los distintos procedimientos a los que puede apelar el deudor para superar la insolvencia: concurso preventivo, acuerdo preventivo extrajudicial o quiebra, está dada, esencialmente, en que el último de los mencionados, produce en contraste con los dos anteriores, el desapoderamiento de los bienes del *cessatus* (art. 107, LCQ), con lo que sus posibilidades de superación del estado de insolvencia –como presupuesto de la declaración falencial– se ven sensiblemente reducidas. El despojo que sufre el *cessatus* se manifiesta en la pérdida de la posesión de los bienes y de la facultad de disponer de ellos, por lo que la administración y enajenación de estos se realiza en el interés de todos los *creditors*¹¹⁸².

En el juicio concursal, que como las sucesiones es de carácter universal, es donde se ventilan todas las acciones y derechos que contra los bienes de una persona física o jurídica tienen todos sus acreedores¹¹⁸³. La universalidad y la *par condicio creditorum* se materializan con la obligación que tienen todos los acreedores de presentarse a verificar y con la atracción de las acciones de contenido patrimonial¹¹⁸⁴ (arts. 21, 32 y conc., LCQ). Cualquier excepción a este principio, de integración de la colectividad de sujetos, deber ser interpretada en forma restrictiva¹¹⁸⁵. Si se admitiera la validez de pactos enderezados a sustraer a sus partes de

¹¹⁸⁰ Cfr. RIVERA, *op. cit.*, t. I, pág. 132.

¹¹⁸¹ Cfr. *ibidem*.

¹¹⁸² Cfr. MARTORELL, *op. cit.*, t. I, pág. 276.

¹¹⁸³ CNCom., sala E, “Banco Río Negro y Neuquén v. Polimény, Juan B.”, E.D. 92-104, 8/7/1988.

¹¹⁸⁴ Cfr. CApel.Civ. y Com. Trabajo y Minas Catamarca, 1ª nom., “Márquez de Reinoso, Lucía v. La Ganga S.A. y otro”, DJ 1997-3-1164.

¹¹⁸⁵ CApel.Civ. y Com. Rosario, sala 1ª, “Barsean, Jorge”, LLLitoral 1997-830, 4/9/1999.

los efectos del concurso, no sería posible la aplicación práctica de los principios de colectividad, igualdad y universalidad que lo sustentan¹¹⁸⁶.

Sea que constituya una comunidad, sea que se trate de una asociación, consorcio o cualquier otra denominación que quiera dársele, lo cierto es que la unión de todos los acreedores formando una colectividad, tiene como principal objetivo, proteger el interés general frente a las posiciones individuales del deudor y acreedor.

Esta reunión de acreedores “forzosa” –siempre y cuando, el *accipiens* quiera obtener algún reembolso o reintegro– deviene de la conjunción de diversas normas que operan todas ellas, para lograr el máximo de satisfacción de los acreedores resguardando, asimismo, el interés general, entre las que se podrían enunciar las siguientes: a) los acreedores ¿cuáles? todos (anteriores al concurso preventivo, posteriores al concurso y anteriores a la declaración de falencia) participan en la quiebra bajo un mismo denominador común: la *par condicio creditoris*, concurriendo a prorrata de sus respectivas acreencias; b) los acreedores que concurren a conformar la colectividad, gozan del derecho de tener una participación más activa en la liquidación a través de la conformación del “comité de control” (art. 201, LCQ, ley 26.684) pero, para ello, deben haber requerido el reconocimiento de sus créditos (art. 36, LCQ); c) la prohibición de hacer pagos al fallido, los que resultarían ineficaces (art. 88 inc. 5, LCQ) y la orden de entregar los bienes del deudor o en poder de terceros al síndico (art. 88 inc. 3, LCQ), atenta contra la libre disponibilidad; d) la radicación de las acciones de contenido patrimonial, salvo exclusiones establecidas (art. 132, LCQ); y e) la imposibilidad de continuar con las acciones individuales sobre bienes desapoderados, dan cuenta de la prioridad del interés colectivo por sobre el particular o individual.

MARTORELL afirma, citando un trabajo de Cristina N. ARMELLA, que «la quiebra es un proceso colectivo porque no tiene por fin el beneficio de un sujeto; por su naturaleza, tiende a realizar un patrimonio para satisfacer a los acreedores, que cobrarán según la distribución establecida por la ley concursal»¹¹⁸⁷. La obligación de concurrir a insinuar su acreencia

¹¹⁸⁶ C.S.J.N., “Estado Nacional (Ministerio de Economía, Secretaría de Intereses Marítimos) v. Prudencia Cía. Argentina de Seguros Generales S.A. y otros s/cobro de pesos”, E.D. 33-215, nro. 4, 10/12/1998.

¹¹⁸⁷ MARTORELL, *op. cit.*, t. I, pág. 274.



por parte del acreedor representa una carga, ya que la satisfacción estará dada en la medida del interés del acreedor en obtener su reconocimiento como tal, para percibir su crédito en la consabida comunidad de pérdidas, como dicen los franceses: *au marc le franc*, esto es, a prorrata o en proporción a sus respectivos créditos¹¹⁸⁸.

Pero, para que pueda materializarse esta colectividad, no solamente es necesario que los acreedores concurren sino que también es propicio que una vez que se hayan admitido sus pretensiones, tengan un tratamiento igualitario, consumando el consabido principio de la *par condicio creditorum*. Por lo tanto, sería inadmisibles que algunos acreedores se sustraigan al procedimiento de ejecución colectiva, para esperar a una vez concluida la falencia, proceder a ejecutar su crédito sobre los bienes que pueda obtener el deudor producto de la rehabilitación. Como al fallido se le prohíbe pagar¹¹⁸⁹ (art. 107, LCQ) y, asimismo, recibir pagos (art. 88, LCQ); la única alternativa a mano que poseen los acreedores es requerir la incorporación de sus créditos al pasivo y esperar, pacientemente –unas veces, otras no tanto–, alguna solución.

Es incuestionable pensar que en situaciones en las que el *debitor* se encuentra *in bonis*, el mismo negocie con cada uno de los acreedores libremente; en la forma más conveniente –para el interés de los mismos y del propio deudor–, la forma en que éste cumplirá la obligación comprometida. Lo que no resulta admisible, es que en situaciones de concurso, el deudor lo haga en beneficio de uno o algunos, para perjudicar a uno u otros.

Cuando el deudor se encuentra en bancarrota se produce lo que MARTORELL denomina: una “metamorfosis”, en virtud de la cual la negociación individual queda absorbida por la participación y negociación colectiva¹¹⁹⁰.

Punto aparte merece el tratamiento, en relación a la situación en la que quedan los acreedores no concurrentes. Ejemplo: los que no dedujeron pedido o incidente de verificación de créditos, los que prosiguieron con el juicio de conocimiento ante tribunal distinto o, el caso de los jui-

¹¹⁸⁸ Cfr. *idem*, pág. 251.

¹¹⁸⁹ Cfr. MAFFÍA, Osvaldo J., *El juez del concurso (VIII). La supuesta ejecución colectiva y el rol discriminante del síndico*, E.D. 183-1305 (1999).

¹¹⁹⁰ Cfr. MARTORELL, *op. cit.*, t. I, pág. 252.

cios laborales continuados ante el fuero especial (art. 132, LCQ). Estos créditos, deberían insinuarse en algún momento pero, a diferencia de lo que sucede en el concurso (art. 56, LCQ), en la quiebra no existe una norma que contemple la posibilidad de prescripción de las acciones de los acreedores, no concurrentes, lo que induce a la existencia de divergencias de opinión acerca de la suerte de los titulares de estas acreencias¹¹⁹¹.

La ley de bancarrotas en el Título III dedicado a la quiebra, no establece un término análogo de prescripción para el cobro de créditos en contra del fallido al que tiene previsto para el supuesto de concurso en el art. 56 de la LCQ¹¹⁹², por lo que mientras dure el trámite del proceso liquidativo hasta su conclusión, el deudor quedaría sujeto al plazo de vencimiento de los respectivos créditos de acuerdo a la naturaleza de la obligación.

Sin embargo, existen algunos presupuestos que justificarían la pérdida de los derechos de los acreedores no concurrentes, antes de que el *iudex* disponga la finalización del proceso de realización de bienes y distribución del dividendo concursal:

a) en primer término, en el supuesto de que los acreedores anteriores a la declaración de concurso, pudieren retomar las acciones individuales: suspendidas, continuadas, atraídas, etcétera –en fin, individuales, no sometidas al proceso de ejecución colectiva– sería muy fácil para el acreedor, percibir su acreencia a valores nominales, quedando como gatos agazapados a la espera de su presa¹¹⁹³. ¿Que debe hacer para ello, el acreedor? Nada, simplemente esperar, ya que como decía Benjamín Franklin: “quien tiene paciencia, obtendrá lo que desea”. Y, una vez concluido el trámite falencial (art. 225 y conc., LCQ), iniciar o continuar la ejecución de su crédito en contra del deudor, ante el tribunal competente

¹¹⁹¹ Cfr. MARTORELL, Ernesto E., *Breves estudios sobre concursos y quiebras ¿El crédito no verificado se extingue o no extingue?*, L.L. 1993-D-733; TRUFFAT, Edgardo D., *Una quiebra sin acreedores. Efectos sobre la ejecución promovida por el acreedor concursal no concurrente*, E.D. 130-487.

¹¹⁹² Art. 56. (sexto párrafo). “El pedido de verificación tardía debe deducirse por incidentes mientras tramite el concurso o, concluido éste, por la acción individual que corresponda, dentro de los dos años de la presentación en concurso”.

¹¹⁹³ Cfr. PLANA, Carlos Horacio, *Efectos de la conclusión del procedimiento sobre los créditos no insinuados en la ley 24.522*, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, tº 11, *Concursos y Quiebras II*, ed. Rubinzal-Culzoni, (2000-1), pág 135.

de acuerdo a la naturaleza de la obligación, lo que lo habilitaría a cobrar su crédito, sin quitas ni esperas, lo cual resulta incongruente con el proceso universal.

b) otra situación que acompaña esta posición, es que en los supuestos de conclusión de la quiebra por avenimiento o pago total (art. 228, LCQ) o, clausura del procedimiento por distribución final (art. 230, LCQ), se produce automáticamente, la liberación de deudas del deudor, por los saldos insolutos. Pero, si tal resolución (conclusión o clausura) se demora, de la misma forma debe producirse la liberación de las deudas de aquellos que omitieron concurrir, con sustento en lo establecido en el art. 56.

c) si el acreedor concurrente, no obtiene verificación de su acreencia, es dable presumir, que se han operado los efectos del art. 37 de la ley concursal¹¹⁹⁴, esto es, operan los efectos de la cosa juzgada, conforme el reenvío efectuado por el art. 200 de la ley de quiebras.

d) por último, sería conveniente considerar que debe aplicarse por vía analógica, lo dispuesto en el art. 56 de la ley 24.522, aunque esta posición discrepe con la posición de autorizada doctrina nacional¹¹⁹⁵.

Recurrir a los principios resulta tan obligatorio o tan facultativo como practicar la analogía o tener en cuenta la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas las leyes. Lo que ocurre es que, cuando se ha construido el principio éste, a su vez, puede cumplir la función de fuente y de criterio exegético en caso de duda; a los fines de adoptar una decisión¹¹⁹⁶. En el caso planteado (prescripción concursal en el trámite de quiebra) resulta útil equiparar al caso no previsto por el legislador a otro que lo esté, tomando algún carácter común. Así, se puede decir que el concurso o la quiebra poseen caracteres similares a los fines de extender

¹¹⁹⁴ Art. 37. *Efectos de la resolución*. “La resolución que declara verificado el crédito y, en su caso, el privilegio, produce los efectos de la cosa juzgada, salvo dolo. La que lo declara admisible o inadmisibile puede ser revisada a petición del interesado, formulada dentro de los veinte (20) días siguientes a la fecha de la resolución prevista en el artículo 36. Vencido este plazo, sin haber sido cuestionada, queda firme y produce también los efectos de la cosa juzgada, salvo dolo”.

¹¹⁹⁵ Ver TRUFFAT, *op. cit.*, “Una quiebra sin acreedores...”, pág. 487; *idem*, *Otra vez sobre el inusual tema del acreedor concursal no concurrente u “omiso”*, E.D. 199-300 (2022).

¹¹⁹⁶ Cfr. SANCHIS, Luis Pietro, *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, (1992), pág. 31.

los efectos de la prescripción concursal (art. 56, LCQ) al caso de quiebra¹¹⁹⁷.

En el caso puntual de la materia en estudio, es familiar al concurso preventivo y la quiebra el principio de colectividad y, resulta razonable aplicar la analogía para supuestos que poseen un tratamiento similar, por lo que recurrir a la previsión contenida en el art. 56 de la normativa concursal para emplearla en caso de quiebra, no sería una posición descabellada, o irrazonable, tratándose de un instituto que reviste carácter de orden público¹¹⁹⁸, por cuanto no se encuentra regulado en ningún otro acápite de la ley de bancarrotas. «La razonabilidad inspira el antiguo axioma, según el cual, cuando la razón en que se apoya la ley es la misma en uno y otro caso, la norma que rija debe ser igual: “*ubi eadem legis ratio ibi eadem legis dispositio*»¹¹⁹⁹.

La verdad es que no se advierte que exista inconveniente de grado para aplicar la prescripción a que hace referencia el art. 56 para el concurso preventivo, pero no en el caso de quiebra. El argumento de que la norma prevista para el supuesto de concurso no debe ser plicada en caso de quiebra aparece, cuanto menos, poco convincente. Del mismo modo podría razonarse, en el caso del art. 4º de la ley 24.522 inserto en el Título I del concurso preventivo, el que no está previsto para el trámite de concurso, ya que se aplica únicamente en el supuesto de quiebra, y nadie realiza mayores objeciones a ello.

A fortiori el artículo 134 de la ley de quiebras establece una previsión específica respecto del arbitraje, no contemplada para el caso de concurso. El artículo 134, bajo el acápite “cláusula compromisoria”, en su primer párrafo, refiere: “la declaración de quiebra produce la inaplicabilidad de las cláusulas compromisorias pactadas con el deudor, salvo que antes de dictada la sentencia se hubiere constituido el tribunal de árbitros o arbitradores”. Este supuesto no está previsto para el caso del pre-

¹¹⁹⁷ Cfr. NINO, Carlos Santiago, *Introducción al análisis del Derecho*, ed. Astrea, (1984), cap. V, pág. 285.

¹¹⁹⁸ Tal como fuera resuelto por el máximo tribunal de la nación: «La prescripción es de orden público y debe ser declarada de oficio por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a fin de evitar la continuación de un juicio innecesario». C.S.J.N., “Bonafini, Hebe M.”, D.J. 2007-II-93, L.L. LXXXI-147-6, L.L. 2007-D-604.

¹¹⁹⁹ REZZÓNICO, Juan Carlos, *Principios fundamentales de los contratos*, ed. Astrea, Bs. As., (1999), pág. 151.

ventivo, pero en el caso “La Nación S.A. c. La Razón S.A.”, la C.S.J.N. interpretó que debe aplicarse el instituto al supuesto del concurso¹²⁰⁰.

Sobre este mismo punto, en otro precedente, remarcó el máximo tribunal: «siendo que el art. 134 de la ley concursal (Adla, LV-D-4381) admite que un tribunal arbitral pueda constituirse durante el concurso preventivo para actuar aun después de la quiebra, no es posible negar que tal tribunal puede constituirse antes o durante el proceso concursal sin que sobrevenga la quiebra, pues ello sería tanto como afirmar que la declaración falencial asegura la competencia del tribunal arbitral constituido durante el concurso y, en cambio, la continuación de éste y el cumplimiento del concordato sin quiebra invalida la competencia del referido tribunal»¹²⁰¹.

El art. 3979 del Código Civil dispone que “la prescripción corre a favor y en contra de los bienes de los fallidos”, por lo que es dable presumir que la prescripción favorece al fallido cuando se ha operado en contra del acreedor y, a la inversa, de la misma manera.

¹²⁰⁰ Es que, razonó la Corte, «si la ley excepciona al procedimiento arbitral del fuero de atracción de la quiebra –en donde media desapoderamiento del deudor y aquella excepción a las reglas ordinarias de distribución de la competencia es regulada con todo vigor–, no puede sino suceder lo mismo cuando, como en el concurso preventivo, el concursado conserva la administración de su patrimonio y el fuero de atracción establecido es de carácter más limitado». Prosiguió la Corte: «admitir lo contrario significaría tanto como atribuir al concurso preventivo, respecto de los tribunales arbitrales, un fuero de atracción que la ley expresamente niega a la quiebra, lo que desnaturalizaría totalmente la esencia de ambos institutos al reconocer mayor virtualidad atractiva a aquel –el concurso preventivo– que, por definición, menos la tiene». C.S.J.N., “La Nación S.A. c. La Razón S.A.”, 01/11/88, con nota de O’FARRELL, Ernesto, *Un fuerte espaldarazo al arbitraje*, L.L. 1989-B-476. Con ello la Corte dejaba atrás una doctrina exactamente inversa que había sostenido en la sentencia del 27/12/78, “Minieri, Francisco c. The River Plata Supply Co. S.A.”, L.L. 1979-B-470; JA 1979-II-606, cit. por RIVERA, Julio César, *Contrato resuelto: subsistencia de la cláusula arbitral y conflicto de competencia*, L.L. 2005-D-156.

¹²⁰¹ C.S.J.N., “Bear Service S.A. c. Cervecería Modelo S.A. de C.V.”, D.J. 2005-2-794, Fallos 328:776. Voto de los jueces BOGGIANO y VÁZQUEZ, consid. 4º, «el art. 134 de la ley de concursos –numeración correspondiente a la ley 24.522– tiene carácter de norma específica en su relación con el art. 21 y también con el art. 132 de aquel ordenamiento. El art. 134 se refiere expresamente al arbitraje en la quiebra, que es el concurso con las mayores interferencias jurisdiccionales, pues aquí el deudor es desapoderado y sus bienes están destinados a la liquidación judicial. Pero aun en esa hipótesis, el art. 134 respeta el juicio arbitral si se hubiese constituido el tribunal de árbitros o arbitradores antes de la declaración de quiebra. Ello significa que aun hallándose en trámite un concurso preventivo puede constituirse el tribunal arbitral antes del auto de quiebra y, si así se constituye, el art. 134 respeta su competencia para entender en el asunto aun después de declarada la quiebra».

No puede dejar de apuntarse que el art. 231 de la ley concursal establece que “los acreedores no presentados sólo podrán pedir verificación de sus acreencias, si denuncian la existencia de nuevos bienes”, lo que ha tenido apoyo de la doctrina judicial¹²⁰². Pero, tal criterio, tampoco, ha tenido unánime aceptación por cuanto, un largo proceso judicial, podría mantener *sine die* las expectativas de cobro de un acreedor remiso.

Las modernas legislaciones concursales, han tratado el tema de la prescripción de los créditos con similar enfoque. Así, el art. 122 de la ley de concursos mercantiles de México¹²⁰³, adopta un criterio, estrictísimo, como es la pérdida de los derechos por el vencimiento del plazo para la verificación; el art. 622-24 del Código de Comercio de Francia¹²⁰⁴ ordena que todos los acreedores con anterioridad a la resolución de apertura deben reclamar sus créditos, dentro del plazo previsto en el art. 624-1 bajo pena de “caducidad”¹²⁰⁵; en el caso de Brasil (art. 158, ley 11.101)¹²⁰⁶ se

¹²⁰² «Resulta inaplicable en la quiebra el plazo de caducidad de la acción para verificar tardíamente un crédito previsto en el art. 56 párr. 6º de la ley 24.522 (Adla, LV-D-4381) para el caso de concurso preventivo, pues los arts. 230 y 231 del citado cuerpo legal establecen una suerte de caducidad específica para las verificaciones tardías en las quiebras, prescribiendo que una vez clausurado el procedimiento sólo puede reabrirse cuando los acreedores denuncien la existencia de nuevos bienes». CNTrab, sala 1, “B. de Berhouet, Clotilde y otros, s/quiebra s/inc. de verif. tardía por: Obra Social para el Personal Rural y Estibadores de la Rep. Argentina”, L.L.BA 2001-484.

¹²⁰³ Art. 122. “Los acreedores podrán solicitar el reconocimiento de sus créditos: I. Dentro de los veinte días naturales siguientes a la fecha de la publicación de la sentencia de concurso mercantil en el Diario Oficial de la Federación; II. Dentro del plazo para formular objeciones a la lista provisional a que se refiere el artículo 129 de esta Ley, y III. Dentro del plazo para la interposición del recurso de apelación a la sentencia de reconocimiento, graduación y prelación de créditos. Transcurrido el plazo de la fracción III, no podrá exigirse reconocimiento de crédito alguno”.

¹²⁰⁴ Loi n.º 845/2005 du 26 juillet 2005 de Sauvegarde des Entreprises et liens vers les décrets d'application. Dispositions modifiant le livre VI du code de commerce.

¹²⁰⁵ Art. 622-17. *Loi n.º 845/2005 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises et liens vers les décrets d'application*. “Los créditos impagados perderán el privilegio que les confiere el presente artículo si no hubieran sido puestos en conocimiento del mandatario judicial y del administrador, cuando este hubiera sido nombrado o, cuando estos órganos hubieran cesado en sus funciones, del auditor para la ejecución del plan o del liquidador, dentro del plazo de un año a contar desde el final del periodo de observación”.

¹²⁰⁶ Art. 158. “Extingue as obrigações do falido: I - o pagamento de todos os créditos; II - o pagamento, depois de realizado todo o ativo, de mais de 50% (cinquenta por cento) dos créditos quirografários, sendo facultado ao falido o depósito da quantia necessária para atingir essa percentagem se para tanto não bastou a integral liquidação do ativo; III - o decurso do prazo de 5

extinguen las obligaciones del fallido después de transcurrido el plazo de 5 años de concluida la falencia, si el quebrado no fue condenado por algún delito previsto en la ley de *falência* o 10 años en caso de haber sido condenado.

Otros sistemas en el derecho comparado optaron por establecer la suspensión de las acciones de los acreedores a partir de la fecha de inicio del proceso de liquidación, así: Colombia (art. 72 ley 1116/06)¹²⁰⁷, España (art. 60, ley 22/2003)¹²⁰⁸, Chile (art. 177 y 177 bis, ley 20.073)¹²⁰⁹ y Portugal (art. 100, Dec. Lei 132/93)¹²¹⁰, plazo que se reinicia finalizado el procedimiento.

Sería loable, tal vez, empezar a construir un derecho concursal, donde los envíos y reenvíos, generen menos dudas que certezas, apelando a un único procedimiento con efectos distintos, (reorganizativo o liquidativo) pero unificando los plazos –como sucede con la prescripción– en orden ha permitir que todos los acreedores queden sometidos al trámite concursal.

(cinco) anos, contado do encerramento da falência, se o falido não tiver sido condenado por prática de crime previsto nesta Lei; IV - o decurso do prazo de 10 (dez) anos, contado do encerramento da falência, se o falido tiver sido condenado por prática de crime previsto nesta Lei”.

¹²⁰⁷ Art. 72. *Interrupción del término de prescripción e inoperancia de la caducidad.* “Desde el inicio del proceso de reorganización o de liquidación judicial, y durante la ejecución del acuerdo de reorganización, o de adjudicación queda interrumpido el término de prescripción y no operará la caducidad de las acciones respecto de los créditos causados contra el deudor antes del inicio del proceso”.

¹²⁰⁸ Art. 60. *Interrupción de la prescripción.* “1. Desde la declaración hasta la conclusión del concurso quedará interrumpida la prescripción de las acciones contra el deudor por los créditos anteriores a la declaración. 2. Desde la declaración hasta la conclusión del concurso quedará interrumpida la prescripción de las acciones contra socios y contra administradores, liquidadores y auditores de la persona jurídica deudora. 3. En el supuesto previsto en los apartados anteriores, el cómputo del plazo para la prescripción se iniciará nuevamente, en su caso, en el momento de la conclusión del concurso”.

¹²⁰⁹ Art. 177 ley 20.073/03. “La tramitación de esta clase de convenio no embarazará el ejercicio de ninguna de las acciones que procedan en contra del deudor, no suspenderá los juicios pendientes, ni obstará a la realización de los bienes. Sin embargo, suspenderá el plazo de prescripción de las acciones referidas en los párrafos 2º y 3º del Título VI desde la fecha de la resolución que lo tiene por presentado o de la resolución que ordena citar a junta de acreedores en el caso del artículo 177 ter”.

¹²¹⁰ Decreto Lei 132/1993 modif. por Dec. Lei 53/2004, 200/2004, 76-A/2006, 282/2007 y 116/2008, del Código da Insolvência e Recuperação de Empresas de Portugal. Art. 100. “A sentença de declaração da insolvência determina a suspensão de todos os prazos de prescrição e de caducidade oponíveis pelo devedor, durante o decurso do processo”.

§ 2. PRINCIPIO DE CONCURSALIDAD

La voz concurso, etimológicamente, proviene del latín *concursum* que significa: “reunión simultánea de sucesos, circunstancias o cosas diferentes”¹²¹¹ o éste del verbo *concurro, concurris, concurrere, concursus* (de ‘cum’ y ‘curro’), o sea, «correr juntos, venir, acudir en tropel, concurrir, tener lugar a un mismo tiempo...»¹²¹² y, desde la óptica del derecho, simboliza el juicio universal en el que el deudor no cuenta con medios suficientes para pagar todas sus deudas¹²¹³.

En tiempos actuales y, luego de las grandes crisis económico-financieras de 1930 y 2008, a partir de la globalización y la conformación de Estados con intereses económicos comunes (MERCOSUR, CEE), han cobrado vida nuevos conceptos, tales como: reorganización, saneamiento, recuperación y salvataje no ya del deudor, sino de la empresa, los cuales se entrelazan con los intereses de los trabajadores, proveedores, etc.¹²¹⁴, cuya resolución excede, normalmente, el marco normativo del derecho común.

Los juicios universales, tales como: el concurso de acreedores y la sucesión poseen un común denominador, esto es, la concursalidad, o sea

¹²¹¹ Diccionario de la Real Academia Española, (22ª edición), ed. Espasa-Calpe.

¹²¹² GARAGUSO, Horacio P. y MORIONDO, Alberto Á., *El Proceso Concursal, El Concurso como Proceso*, ed. Ad-Hoc., Bs. As., (1999), t. I, pág. 36.

¹²¹³ OSSORIO, Manuel, *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*, (24ª edición), ed. Heliasta (1997). «El concurso preventivo es el proceso universal mediante el cual un deudor que se encuentra en imposibilidad de hacer frente a sus obligaciones (estado de cesación de pagos), se somete voluntariamente a un procedimiento en el cual todos los acreedores son llamados a concurrir para ser tratados en pie de igualdad, salvo las preferencias de ley, con el objeto de intentar arribar a un acuerdo con ellos, que le permita superar la crisis, el cual si es obtenido y homologado judicialmente, importará la novación de todas las obligaciones con origen o causa anterior a su presentación». VÍTOLO, Daniel Roque, *Descentralización concursal en la ley 26.086: un regreso sin gloria*, E.D. 217-930 (2006).

¹²¹⁴ Cfr. UZAL, María Elsa, *Panorama de la regulación de la insolvencia en el derecho comparado y en el derecho internacional privado argentino*, La Ley Sup. CyQ 2008 (abril), 1, L.L. 2008-C-828.

la resolución de todas las cuestiones patrimoniales dentro de un mismo y único proceso¹²¹⁵.

Ya durante la vigencia de la ley 19.551 el mecanismo que garantizaba la concursalidad pasaba por el fuero de atracción, la continuidad de los juicios declarativos ante el juez del concurso y la verificación de créditos¹²¹⁶.

Un proceso es concursal, cuando los sujetos que en él participan quedan sometidos a un mismo estatuto normativo y porque la limitación potencial de los bienes para garantizar las obligaciones contraídas por el deudor, obligan a una necesaria concurrencia a los efectos de unificar las reglas de participación de todos, a los efectos de lograr la mayor satisfacción de los intervinientes¹²¹⁷.

Conforme lo señalan diversos artículos de la ley concursal, los acreedores no pueden hacer valer sus pretensiones, si no es con arreglo a lo dispuesto en la ley de concursos, como que, asimismo, el deudor no puede alterar la situación de los acreedores de causa anterior al día de la presentación en concurso, bajo apercibimiento de ser declarados ineficaces (art. 17, LCQ).

Por lo tanto, los acreedores –de diversa forma– quedan sometidos al proceso concursal a través de distintas disposiciones normativas que, o bien impiden o bien restringen la exigibilidad de sus pretensiones creditorias por afuera del trámite concursal: *v. gr.* acreedores laborales comprendidos en el pronto pago denunciados por el deudor e informados por el síndico (art. 14 inc. 11.a, LCQ); acreedores laborales que quedan comprendidos en el pronto pago y que no fueron denunciados por el deudor (art. 14 inc. 11.b, LCQ); pronto pago solicitado por el trabajador (art. 16, LCQ); carga de verificar por parte de los acreedores denunciados por el deudor, como de todos aquellos que no fueran denunciados (arts. 32, 56, 126, 200 y concs., LCQ); acreedores inhibidos de deducir nuevas acciones de carácter patrimonial contra el concursado (art. 21 inc. 3°, LCQ);

¹²¹⁵ Cfr. RICHARD, Efraín Hugo, *En Torno a la Concursalidad en la Nueva Ley de Concursos. Fuero de Atracción, suspensión de acciones de contenido patrimonial y verificación de créditos* en Revista de Derecho Privado y Comunitario, Concursos y Quiebras I, Jurisprudencia civil y comercial, Mercosur, ed. Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, (1996), N° 10, pág. 58.

¹²¹⁶ Cfr. *ibidem*.

¹²¹⁷ Cfr. GARAGUSO y MORIONDO, *op. cit.*, t. I, pág. 33.

imposibilidad de reclamar intereses con posterioridad a la presentación concursal (arts. 19 y 129, LCQ); la interrupción de los juicios que se encuentran en trámite y que no se encuentren exceptuados de ser suspendidos (arts. 21 y 132, LCQ), así como los actos de ejecución forzada (art. 132 *in fine*, LCQ)¹²¹⁸.

Así, puede advertirse que la normativa falencial establece una serie de restricciones al libre ejercicio de los derechos de los acreedores, impidiendo de esta forma, la posibilidad que detentan los *accipiens* de realizar cualquier acto de ejecución forzada contra los bienes del deudor.

El principio de concursalidad puede precisarse como “el presupuesto enunciativo conforme al cual, los acreedores, únicamente, pueden hacer efectivas sus pretensiones concurriendo a un único proceso, en el cual se dispondrá la forma en que obtendrán la satisfacción de sus acreencias”.

El concepto es comprensivo, tanto para el supuesto de concurso preventivo cuanto para la quiebra y se aparta de las concepciones tradicionales que lo vinculan con la verificación de créditos y con la realizabilidad de los bienes. Este criterio se incardina hacia una concepción más amplia de la concursalidad, ya que pueden existir supuestos en los que, no solamente a través de la verificación se incorpora un sujeto al pasivo (*v. gr.* art. 14 inc. 11.b de la ley 24.522, créditos laborales comprendidos en el pronto pago) como que, asimismo, no exclusivamente a través de la realización de bienes, se obtiene alguna satisfacción a la pretensión creditoria.

Desde esta perspectiva, la concursalidad es a la universalidad, lo que la ejecución al patrimonio y, la admisión de relación de conceptos, sólo puede tener como fundamento, la existencia de una declaración judicial que da inicio a un solo y único procedimiento¹²¹⁹, donde se determinaran quienes son los invitados a cenar y como se repartiran el pan.

La quiebra produce desde su declaración una suerte de desequilibrio entre las pretensiones de los sujetos concurrentes. Pero, esta situación de incertidumbre y desasosiego, puede ser contrarrestada o atemperada con una actitud positiva, participando del trámite, colaborando en la recom-

¹²¹⁸ La doctrina judicial ha sentenciado que «la ejecución individual forzada del bien estando en falencia el deudor ejecutado, viola el principio de la unidad y universalidad del proceso». Cfr. CNCom., sala C, 30/5/74, “Haitz, Carlos R.”, Rep. L.L. t. XXXV, p. 1435, sum. 214.

¹²¹⁹ Cfr. GARAGUSO y MORIONDO, *op. cit.*, t. I, pág. 33.



posición y coadyuvando hacia la recuperación de la empresa. Sólo así es factible esperar la mejor solución concordataria.

§ 3. PRINCIPIO DE CONCURRENCIA

Resulta importante efectuar algunas apreciaciones distintivas entre dos conceptos muchas veces considerados unívocos. Una cosa es la concursabilidad, esto es, la posibilidad de obtener una determinada solución, concurriendo a un proceso y otra, muy distinta, es haber obtenido el reconocimiento de tal carácter que habilita a un sujeto a participar en aquél.

Es una verdad por todos conocida que el mecanismo procesal (normal y habitual) que faculta a un sujeto para adquirir la calidad de acreedor “concurrente” es a través de la denominada “verificación de créditos”, que al llevar ínsita la “carga” impuesta a todos los acreedores de causa o título anterior al concurso (art. 32, LCQ), resulta ser el dispositivo adecuado para que el acreedor pueda participar de la votación de una propuesta (art. 36, LCQ) o cobrar su parte en el dividendo concursal (art. 221, LCQ).

El juicio concursal sea por conducto de la recomposición del pasivo o mediante la liquidación del activo –cuando lo primero no fue posible– para distribuir el producido de éste entre los acreedores¹²²⁰, obliga a todos ellos a concurrir al proceso universal. Esta particularidad: concurrencia –que posee la quiebra– la distingue de la ejecución singular. Esto significa, en buen romance, que todos aquellos que deseen participar del cobro de una propuesta concordataria homologada o pretendan cobrar la cuota que les corresponda en la liquidación de los bienes del fallido, deben “concurrir”, tempestiva o tardíamente al concurso y obtener el reconocimiento de su pretensión.

Los acreedores que con la apertura del concurso se convierten en concursales, deben encontrar satisfacción –cualquiera sea la naturaleza de las obligaciones de la que sean titulares (según las preferencias y de acuerdo con la ley, incluso si las reclamaciones son en masa)– con la insinuación de la existencia de sus créditos; tras lo cual, se convertirán en

¹²²⁰ Cfr. MARTORELL, *op. cit.*, t. I, pág. 277.

concurrentes, lo que les dará efectivamente, derecho a participar en el procedimiento. Los acreedores que no se incorporen (es decir, que no inicien su reclamación) tempestiva o al menos, tardamente, corren con los riesgos y las sanciones inherentes; es decir, no devienen concurrentes, por lo que su crédito no se extingue, pero no puede ser satisfecho con el patrimonio liquidado (...) Por lo tanto, el acreedor siendo concursal, puede no ser concurrente y sufrir igualmente los efectos derivados de la quiebra¹²²¹.

El “principio de concurrencia” puede señalarse como: “el dispositivo normativo que induce al titular de un crédito –de causa o título anterior a la fecha de presentación en concurso del deudor– a requerir la admisión de su pretensión y el reconocimiento de su condición de acreedor, a los fines de participar del proceso universal”.

Los acreedores concurrentes, pueden ser de dos clases: a) aquellos que logran la admisión de tal condición en el procedimiento de verificación normal o tempestiva (art. 14 inc. 3º y 36, LCQ) y b) los que lo hacen después de vencido el plazo para verificar sus acreencias y antes de que opere la prescripción concursal (arts. 32 y 56, LCQ). Los primeros quedan habilitados desde la sentencia que los declara verificados o admitidos, a los efectos de participar en la votación del acuerdo (art. 36, LCQ), mientras que los segundos –una vez obtenido el reconocimiento de su acreencia– podrán percibir la cuota correspondiente a su crédito, aunque no hubieren participado del referéndum (art. 56, LCQ).

El principio de concurrencia forzada es propio del régimen de colectividad de acreedores y tiende por un lado a determinar las obligaciones que inciden sobre el patrimonio y, por el otro, como enfrentado con ello, precisar que bienes integrantes del activo habrán de ser aptos para responder a aquellos créditos. Por ello, el proceso de verificación, pleno, típico, necesario y contencioso, tiene por finalidad declarar la calidad de acreedor, no sólo en relación al fallido sino frente a los demás acreedores¹²²², aunque éste pueda presentarse de diferentes formas: pronto pago de oficio, verificación tardía.

¹²²¹ RAGUSA MAGGIORE, G., *Instituzioni di Diritto Fallimentare*, (2ª edizione), ed. Cedam, Padova, pág. 173 y 174. La traducción me pertenece.

¹²²² Cfr. CNCom., sala B, “Ríos, Jorge O.”, L.L. 1980-D-587; ARGERI, Saúl, *La quiebra y demás procesos concursales*, ed. Platense, La Plata, t. II, pág. 226.

La judicatura, bajo la vigencia de la ley 19.551 ha sentenciado que «el principio de concurrencia que rige la materia concursal conlleva a la interinfluencia de lo decidido en los diversos incidentes de verificación, en la medida que lo que haya en definitiva de percibir un acreedor determinado estará subordinado frente a la limitación del activo falencial a la cantidad de acreedores que se reconozcan en la misma categoría e inclusive en otras (arts. 271, ley 19.551; Adla, XXXVII-A-71) o tengan derechos sobre los mismos bienes»¹²²³.

Estas precisiones resultan necesarias, toda vez que si bien todos los acreedores son concursales –por principio– en el sentido de que quedan sometidos a las resultas de un proceso colectivo, no todos ellos son concurrentes, y la concurrencia hace al pleno ejercicio de los derechos conferidos al *accipiens* desde que es ejercido en aras de lograr su incorporación al pasivo.

§ 4. PRINCIPIO DE UNIDAD

Desde el punto de vista del aspecto procesal, la universalidad importa la existencia de un juicio único en el orden interno, de carácter ecuménico, a cargo de un juez o tribunal que persigue como fin teleológico la búsqueda de una solución¹²²⁴, aunque puedan existir varias quiebras en el orden internacional (unidad interna y pluralidad internacional).

El principio de unidad y universalidad de los concursos armoniza con la unidad del patrimonio, el cual, encontrándose en insolvencia, tiene como natural efecto la necesidad de su reconstrucción para determinar ambas masas (activo y pasivo)¹²²⁵.

Ha sentenciado MORELLO, no sin razón, que los procesos concursales son de índole universal, de contenido variado; durante su desarrollo (que no es de planicie sino de terreno ondulado; baches y fracturas que concurren y se suceden) se dibujan pretensiones y solicitudes con objetos pecu-

¹²²³ CNCom., sala A, “Camytrac Motores, S. A. s/quiebra inc. verificación por Rodríguez de Pasquali, Delia T.”, L.L. 1986-E-227.

¹²²⁴ Cfr. MARTORELL, *op. cit.*, t. I, pág. 266.

¹²²⁵ Cfr. CNCom, sala C, L.L. 1975-A-834, sum. 718.

liares y trámites de diversa índole ritual¹²²⁶. Sin embargo, y a pesar de la multiplicidad de conflictos que pueden presentarse y de lo accidentado del terreno, la unicidad, representa una de las notas distintivas que hacen a la universalidad del proceso falimentario, concentrando las pretensiones de todos los acreedores ante el juez del concurso¹²²⁷.

Con anterioridad a la sanción de la ley 22.917, se ponía en duda el carácter universal del proceso concursal en virtud de que el mismo no contemplaba a los deudores civiles. Luego, con la modificación introducida a la ley 19.551 los horizontes de la universalidad del proceso falencial se extendieron al adoptarse un sistema único para deudores, independientemente de la naturaleza de las obligaciones a las que afecte¹²²⁸.

La existencia de una misma ley, un solo juez, un único trámite, una sola sentencia vericatoria –aunque existan multiplicidad de acreedores y pretensiones–, una resolución homologatoria, una sentencia de falencia, nos habla a las claras de la existencia de una unidad conceptual del procedimiento colectivo (preventivo o liquidativo).

Nuestro régimen concursal regula dos procesos claramente diferenciables: el concurso preventivo y la quiebra. El primero de ellos, orientado a la reorganización de la empresa y la homologación de un acuerdo aprobado por la mayoría de acreedores; puede no lograrse, en cuyo caso, se decreta la quiebra. El trámite de este proceso posterior –quiebra– no es uno nuevo ni distinto del primero, sino que se trata de la continuación de un trámite ya iniciado que concluirá, si no es posible encontrar alguna solución para los acreedores, con la inevitable liquidación de los bienes¹²²⁹.

El inicio de un trámite preventivo no concluye con la homologación del acuerdo sino, con la resolución que dispone su cumplimiento (art. 59, LCQ) y, hasta tanto, el deudor puede ser declarado en quiebra como consecuencia del incumplimiento del acuerdo o por deudas contraídas con posterioridad a su apertura y, para ello, no resulta necesario un nuevo

¹²²⁶ MORELLO, Augusto M., *Estudio de la Ley de Concursos 24522 (II)*, J.A.1996-I-672, Lexis N° 0003/001527.

¹²²⁷ Cfr. DASSO, Ariel A., *La reforma concursal de la ley 26.086: un remedio preventivo menos concursal y nada atractivo*, ed. Errepar, Doctrina Societaria y Concursal, DSE N° 222, mayo/06, t. XVIII, pág. 517.

¹²²⁸ Cfr. MARTORELL, *op. cit.*, t. I, pág. 267.

¹²²⁹ Cfr. RIVERA, *op. cit.*, t. I, pág. 142.

trámite, ni siquiera la petición de concurso debe ser solicitada ante juez distinto que aquél que interviene en el concurso preventivo homologado¹²³⁰, todo lo cual corrobora que el legislador ha optado por el criterio de unidad del proceso concursal¹²³¹.

Adviértase, asimismo, que de una interpretación hermenéutica de las disposiciones concursales, en caso de que el deudor no logre cumplir el acuerdo, el paso de concursado a fallido, se logra sin solución de continuidad (arts. 54, 61, 63, 64, 67, 88, *in fine* y 239 segunda parte, LCQ)¹²³². La concursalidad, entonces, transparenta cierta faceta de unicidad de solución para un caso de insolvencia (o de crisis) en la que no sólo tienen interés quienes como acreedores desean participar de una eventual distribución sino, esencialmente, de una propuesta concordataria, ya que la liquidación y la distribución se aprecian como la última *ratio*, luego de que fueron descartados los procedimientos de recuperación y superación de la insolvencia¹²³³.

Cuando el legislador (art. 10, LCQ) prioriza el concurso preventivo frente al pedido de quiebra, tal criterio debe entenderse como la imposibilidad lógica y jurídica de que coexistan dos procesos concursales, siendo

¹²³⁰ La Cámara Rosarina ha sentenciado que «mientras se encuentre pendiente de cumplimiento un acuerdo preventivo solicitado oportunamente por un concursado y estando éste debidamente homologado, resulta competente para entender en el pedido de quiebra directa solicitado por un acreedor de crédito de fecha posterior a la apertura del concurso el juez ante quien tramita dicho procedimiento concursal (...) A mayor exposición ha dicho la doctrina que los supuestos comprendidos en el art. 64 de la LC de la nueva norma abarcan, mientras estuviere pendiente de cumplimiento un acuerdo preventivo, a los casos de quiebra indirecta por incumplimiento de éste o de cualquier otro caso, ya sea de quiebra directa necesaria o voluntaria o por extensión». ROUILÓN, *op. cit.*, anotación al art. 64; RIVERA-ROITMAN-VÍTOLO, *Ley de Concursos y Quiebras*, (IIIª edición), t. II pág. 137; RIVERA, *op. cit.*, t. I pág. 510; LORENTE, Javier Armando, *Ley de Concursos y Quiebras*, Gowa, t. I pág. 646; GRISPO, Jorge D., *Tratado sobre la ley de concursos y quiebras. Ley 24.522, Ad Hoc*, Bs. As., (2003), t. II, pág. 372; QUINTANA FERREYRA, *op. cit.*, t. I, pág. 795, punto 1, entre otros. CamCiv. y Com. Rosario, sala 1ª, “Club Atlético Newell Old Boys s/Quiebra pedida por acreedor”, Lexis N° 70054092, 14/05/2009.

¹²³¹ Cfr. RIVERA, *op. cit.*, t. I, pág. 142.

¹²³² Cfr. *idem*, pág. 143.

¹²³³ Refiere sobre el particular el maestro ALEGRÍA: «Como todo el derecho moderno, esta búsqueda de equilibrio genera, al propio tiempo, una cierta opacidad en la interpretación de las soluciones más adecuadas: el derecho, como ciencia social carece de soluciones exactas o fórmulas matemáticas y exige del intérprete el conocimiento de la multiplicidad de las fuerzas sociales que requieren una *valoración* antes que un cálculo de peso o medida». Cfr. ALEGRÍA, Héctor, *Reflexiones sobre la concursalidad*, L.L. 2007-A-678.

la unicidad una consecuencia lógica del carácter universal del proceso concursal¹²³⁴. No pueden existir dos procesos universales sobre un mismo patrimonio.

En base a estas precisiones, podría definirse al principio de unidad concursal como: “el precepto enunciativo que logra por aplicación de una normativa de carácter general concentrar en un mismo procedimiento y bajo un mismo órgano la solución de la insolvencia”.

El sentido de unidad de la quiebra, no es exclusivamente la suma de los elementos que la integran, sino producto de su historia y del destino que viene a cumplir: solucionar la insolvencia del deudor. Es predicado en relación a la derivación de diversas normas o de varios ordenamientos. Pero la idea de unidad del sistema concursal no debe ser interpretado en el sentido de inexistencia de vacíos. Ante la presencia de antinomias, el intérprete está llamado a resolver aplicando la que sea más afín con el ordenamiento general o con el bien jurídico tutelado de mayor peso o importancia, integrando las lagunas existentes con normas procedentes del mismo ordenamiento o de otros que sean conexos.

El origen del principio se remonta a los Tratados de Montevideo de 1889 y 1940, los que establecen «un doble sistema: el de unidad de quiebra, con pluralidad de masas, y el de comunicación de la quiebra con comunicación de saldos; estableciéndose la diferencia de acuerdo a la circunstancia de que el fallido con domicilio en un país tenga o no casa comercial independiente en el otro»¹²³⁵.

El precepto esboza el criterio seguido por el parlamentario de la ley 24.522, evitando la dispersión de procedimientos (civiles vs. mercantiles) que únicamente generaban confusión e inseguridad, como asimismo, la unidad de sistema y disciplina. La confluencia de todas las causas de contenido patrimonial en contra del deudor para que se rijan mediante un único proceso acreditan la mentada unidad que, si bien fue menguada con la sanción de la ley 26.086, su exégesis se mantiene, todos cobraran en moneda de quiebra, aunque hubieren proseguido sus acciones ante juez distinto, para el reconocimiento de sus acreencias.

¹²³⁴ Cfr. CNCom., sala E, “Rodríguez Vázquez, Alberto José s/quiebra”, RSC, ed. Ad-Hoc, n.º 41, pág. 145.

¹²³⁵ VÍTOLO, Daniel Roque, *Iniciación en el Estudio del Nuevo Régimen Legal de Concursos y Quiebras Ley N° 24.522*, ed. Ad-Hoc, Bs. As., (1995), pág. 53.

Un único juez, con un órgano concursal (la mayor de las veces, un síndico), en un único procedimiento, bajo un mismo régimen legal, aparecen como las piezas necesarias de un proceso que se caracteriza por su diversidad en su composición; aunque, con unidad de sistema. La unidad hace a la esencia misma del sistema concursal y la solución a todos los problemas que plantea la insolvencia, no pueden encontrarse sino recurriendo a la armadura lógica que exhibe el proceso falencial.

4.a) Críticas a la unicidad del sistema concursal

Por una necesaria razón de honestidad intelectual, debe tenerse presente que no toda la doctrina nacional considera vigente la persistencia de algunos principios del derecho concursal. Algunos estudiosos de la materia postulan –por una parte– que «el derecho concursal moderno pone en crisis los principios de universalidad y colectividad en tanto potencian el de unicidad»¹²³⁶.

El efecto concursal por naturaleza es que desde que se produce la apertura del concurso, surge un estado circunstancial en cuya virtud, las acciones derivadas de créditos pendientes contra el deudor pierden su virtualidad individual y se incardinan a la colectiva de la masa, las que quedan sujetadas –en beneficio del interés concursal– a las propuestas que formule el deudor y que acepten los acreedores¹²³⁷.

En este sentido, el efecto connatural al concurso no es, precisamente, el atractivo, sino el suspensivo, el cual veda la posibilidad de continuar con los procesos en contra del deudor –con mayor severidad– frente a aquellos actos de ejecución forzada; empero, no podría paralizar acciones de acreedores con interés en proseguir el trámite del proceso hasta el momento de la ejecución efectiva, en el que ciertamente operaría la incompatible disgregación del patrimonio a manos de acreedores mejores en el tiempo pero no en derecho, lo cual vulneraría el principio de colectividad¹²³⁸.

¹²³⁶ DASSO, Ariel A., *Un “nuevo” Derecho Concursal en el Derecho Comparado. En ocasión de la reforma al régimen italiano (2005/2006)*, L.L. 2007-A-957.

¹²³⁷ Cfr. BLANCO CONSTANS, Francisco, *Estudios Elementales de Derecho Mercantil*, ed. Reus, Madrid, (1945), pág. 454.

¹²³⁸ Cfr. DASSO, “*La reforma concursal de la ley 26.086...*”, *op. cit.*, , pág. 517.

Conforme lo entiende DASSO, el principio de unicidad se diluye en la misma medida en que el fuero de atracción se decepciona. Así, mientras la ley 24.522 fortaleció el fuero de atracción obligando a todos los acreedores a concurrir al proceso concursal –salvo honradas excepciones– la doctrina entendió que de esta forma el legislador había concebido al principio de unidad como la máxima del proceso concursal¹²³⁹. No obstante ello, no resulta admisible una generalización a *ultrance* del principio, como nota distintiva y caracterizante del procedimiento preventivo¹²⁴⁰.

Sin menoscabar tal pensamiento, podría decirse que la lógica utilizada para arribar a tal conclusión, podría formularse con el siguiente silogismo: *q* es *p*; pero si *q* no es *p*, entonces *p* no es *q*, lo que obligaría a considerar que existe unicidad si hay atracción absoluta de juicios al proceso concursal, lo que en una humilde apreciación, no sería tal.

La circunstancia de que los juicios de conocimiento, laborales y en los que el deudor sea parte de un litisconsorcio pasivo necesario (art. 21, ley 26.086, Adla, 2006-B-1368) en contra del concursado no sean atraídos, no significa que no existe unicidad del proceso concursal. Los mismos tramitan en extraña jurisdicción, hasta que obtienen una resolución que les reconozca un derecho en contra del deudor, la que deberá ser “ejecutada” de conformidad a los términos del acuerdo. Ergo, el cumplimiento de la sentencia, esto es, el pago de la suma que surja del crédito reclamado será dispuesta por el magistrado que dirige el proceso universal en las condiciones acordadas con la mayoría de los acreedores, o en su caso, a prorrata entre todos con la liquidación del activo, manteniendo el principio mencionado, plena vigencia, aunque el trámite para el reconocimiento del crédito sea ajeno al concurso.

Por tales consideraciones, no sería propicio vincular unidad con fuero de atracción. El primero potencia la universalidad del proceso concursal, mientras que el segundo es un efecto de la apertura del concurso, del que no se puede seguir por su mayor o menor efecto, solución alguna para el deudor o los acreedores.

¹²³⁹ Cfr. *ibidem*.

¹²⁴⁰ Cfr. *ibidem*.

4.b) Elementos que integran la unicidad del proceso concursal

4.B.1) JURISDICCIÓN

La unicidad del proceso falencial estaría conformada por tres aspectos: la jurisdicción, la competencia y la legislación aplicable¹²⁴¹.

El término “jurisdicción” proviene del latín *jurisdictio* que quiere decir: “acción de decir el derecho”. También se ha aceptado que significa: “extensión y límites del poder de juzgar, ya sea por razón de la materia, ya sea por razón del territorio”¹²⁴². Por ende, podría sostenerse que la jurisdicción “es el poder de los jueces para actuar en un determinado asunto en nombre del Estado”.

Originariamente, la ley 19.551 ponía especial énfasis en la suspensión de acciones de contenido patrimonial por sobre el fuero de atracción concursal¹²⁴³. Luego, con el advenimiento de la ley 24.522 el eje viró de la “suspensión” hacia la “atracción” de los procesos de contenido patrimonial seguidos contra el deudor, salvo las exclusiones expresamente establecidas: cuestiones de familia, expropiaciones y ejecuciones de garantías reales; lo que se encontraba discutido para la etapa de concurso, hasta la sentencia emitida por la Corte Suprema en la causa Casasa S.A.¹²⁴⁴.

En el año 2006, la ley concursal fue modificada por ley 26.086, la que produjo un giro copernicano retomando la vieja senda trazada por la ley 19.551, apostando a la “suspensión” como columna vertebral del proceso concursal y minimizando a la “atracción” como núcleo central de la quiebra. Tal como fuera referido, con una óptica diferente: «el fuero de atracción, en efecto, es sólo un “medio” para asegurar el cumplimiento de un “fin” que, visiblemente, no es otro que el de suspender los juicios en

¹²⁴¹ Cfr. ALMEIDA, Jorge Ricardo, *Necesidad de una Legislación Concursal Armonizada en el Ámbito del MERCOSUR*, en “Derecho Concursal Argentino e Iberoamericano, III Congreso Argentino de Derecho Concursal, I Congreso Iberoamericano sobre la Insolvencia Cuestiones Internacionales, Grupos Empresarios, Cuestiones Interdisciplinarias”, ed. Ad-Hoc y U.N.A., Bs. As., (1997), t. III, pág. 117.

¹²⁴² OSSORIO, Manuel, *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*, (24ª edición), ed. Heliasta (1997).

¹²⁴³ Cfr. RICHARD, “*En Torno a la Concursalidad...*”, *op. cit.*, pág. 64.

¹²⁴⁴ Cfr. C.S.J.N., “Casasa S.A. s/quiebra c. Saiegh, Salvador y otro”, L.L. 1996-C-245 - DJ 1996-2-581.

trámite contra el deudor para asegurar que tales trámites no se conviertan en vehículo de agresiones individuales contra el patrimonio concursado»¹²⁴⁵.

En época de la ley 24.522 (t.o. 1995) los juicios se atraían para garantizar la suspensión de actos ejecutorios en contra del deudor asegurando la integridad patrimonial¹²⁴⁶. Pero, una vez que los mismos quedaron radicados en el juzgado concursal, el acreedor debía proseguir con su trámite hasta obtener sentencia, para así poder participar de la propuesta o ser admitido en el pasivo.

Con la reforma (ley 26.086), el acreedor está compelido a continuar con el trámite del proceso de conocimiento ante el juez natural de la causa, hasta que obtenga pronunciamiento. De esta forma, la sentencia alcanzada en sede extraconcursal, posee naturaleza declarativa ya que, únicamente, pronuncia el derecho al reconocimiento de una acreencia, siendo el juez del concurso, quien dispondrá la forma en que se efectivizará su cumplimiento. La unificación y concentración de todos los intereses convergentes hacia el fallido en un mismo tribunal responde a la necesidad de que sea un mismo magistrado quien decida sobre los derechos patrimoniales de los acreedores en su conjunto¹²⁴⁷, aunque no hayan logrado el reconocimiento de sus acreencias –precisamente– en sede concursal; siempre y cuando, sea ésta última, donde se decida la forma en que se abonará el crédito.

La legislación extranjera es bastante enriquecedora –en particular aquella que ha presentado reformas en los últimos años– en relación a la minimización del fuero de atracción concursal. Así, la *InsO* alemana preceptúa que en caso de presentación en concurso, los procesos que se suspenden con motivo de la iniciación del procedimiento, pueden reanudarse con el administrador (art. 85, *InsO*, *Aufnahme von Aktivprozessen*) y los acreedores sólo pueden reclamar sus créditos de conformidad con las disposiciones que regulan la insolvencia (art. 87, *InsO*, *Forderungen der In-*

¹²⁴⁵ HEREDIA, Pablo D., *Ley 26.086: nuevo modelo en el régimen de suspensión y prohibición de acciones y en el diseño del fuero de atracción del concurso preventivo*, Lexis n.º 0003/012560, J.A. 2006-II-950.

¹²⁴⁶ Cfr. *ibidem*.

¹²⁴⁷ Cfr. RIVERA, Julio César, ROITMAN, Horacio y VÍTOLO, Daniel Roque, *Concursos y Quiebras Ley 24522*, ed. Rubinzal - Culzoni, Santa Fe, (1995), pág. 208.

solvenzgläubiger), encontrándose prohibidas las ejecuciones singulares de los acreedores, mientras dure el procedimiento de insolvencia (art. 89, *InsO, Vollstreckungsverbot*)¹²⁴⁸.

La ley belga (*Loi relative au Concordat Judiciaire*), omite expedirse sobre el fuero de atracción del concurso, existiendo una limitación –en el período de observación– al ejercicio de ejecución sobre bienes muebles o inmuebles, aunque estén garantizados (art. 21).

En Francia, con aplicación al *redressement judiciaire* (concurso preventivo), el art. 622/21 del *Code de Commerce* (ex art. 47 ley 98 del 25/1/1985, modificada por ley 845) dispone que “la resolución de apertura suspenderá o prohibirá, asimismo, cualquier vía de ejecución por parte de los acreedores, cuyo fin fuera condenar al deudor al pago de una suma de dinero o a resolver un contrato por falta de pago de una cantidad de dinero como, asimismo, cualquier vía de ejecución sobre bienes muebles como sobre los inmuebles” (art. 622/21). En el caso de las acciones por créditos laborales pendientes, el art. 621/12 *Code de Commerce* (ex art. 124 ley 98 del 25/1/1985 modificada por la ley 845) autoriza que se las continúe con intervención del representante de los acreedores y el administrador, de manera automática, pero sin que ello pueda conducir a una condena pecuniaria contra el empleador¹²⁴⁹.

La legislación italiana avanzó aún más –en este sentido– y el art. 168 de la *Legge Fallimentare* mantiene la prosecución de las acciones de toda clase en contra del deudor, negando –únicamente– el derecho por parte del acreedor a proceder a la ejecución forzada de su crédito¹²⁵⁰, lo cual fue confirmado por la Corte de Casación.

Por su parte, en España el art. 51 de la ley 22/2003 dispone: “los juicios declarativos en que el deudor sea parte y que se encuentren en tramitación al momento de la declaración de concurso se continuarán hasta la firmeza de la sentencia...”. Asimismo, se ha establecido que “declarado el concurso, no podrán iniciarse ejecuciones singulares, judiciales o ex-

¹²⁴⁸ DASSO, Ariel A., *Derecho Concursal Comparado*, inédito, ed. Legis, Bs. As., (2009). El artículo me fue facilitado por el autor, previo a su publicación.

¹²⁴⁹ Cfr. JEANTIN, M. y LE CANNU, P., *Droit Commercial. Entreprises en difficulté*, ed. Dalloz, Francia, (1999), págs. 627 y 628, n.º 943 y 945 cit. por HEREDIA, *op. cit.*, pág. 950.

¹²⁵⁰ Cass. It., 81/567, citado por MAFFEI, Alberti, A., *Comentario breve alla Legge Fallimentare*, ed. Cedam, Padua, (2000) págs. 690 y 691, I, ns. 1 a 4 y 692 cit. por HEREDIA, *ibidem*.

trajudiciales, ni seguirse apremios administrativos o tributarios contra el patrimonio del deudor” (art. 55, ley 22/2003).

La ley del Brasil 11.101 de *Recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária* admite la posibilidad por parte del acreedor de poder continuar en el tribunal en el que está demandando la acción que requiere determinación de un importe bruto (art. 6 inc. 1º). Igualmente, prescribe que durante el plazo que dure la recuperación judicial los acreedores no podrán iniciar o continuar con sus acciones y ejecuciones, plazo que una vez vencido, habilita a los acreedores a proseguir con las mismas (art. 6 inc. 4º).

Como es posible advertir, los distintos ordenamientos reseñados dejan de lado a la atracción, como el centro de atención de la quiebra, poniendo a la suspensión de acciones y ejecuciones de bienes en el vértice de la pirámide como lo hacía en nuestro país la ley 19.551.

Aunque los acreedores hubieren iniciado acciones en contra del deudor (algunas de ellas no atraídas, art. 21 inc. 1º, 2º y 3º, LCQ) no se ven privados de participar del trámite de verificación, observar los créditos, pedir explicaciones al síndico, etc. Por lo que la unidad del procedimiento no se empaña por el hecho de que los procesos no continúen ante el órgano concursal. Conforme reza el art. 21, sexto párrafo: “en estos casos los juicios proseguirán ante el tribunal de su radicación originaria o ante el que resulte competente si se trata de acciones laborales nuevas. El síndico será parte necesaria en tales juicios...”; todo lo cual impone un estricto control por parte del órgano concursal, al punto que podrán ser declaradas nulas las actuaciones seguidas sin su intervención¹²⁵¹.

La necesidad de que un único juez entienda en la forma en que los acreedores percibirán sus acreencias, la continuidad de la explotación, la remoción de los administradores y su responsabilidad, el esclarecimiento

¹²⁵¹ Ha sentenciado la judicatura que «la intervención del síndico como “parte necesaria” en los juicios señalados en el art. 21 inc. 2 de la LCQ, lo es a título de órgano del concurso; que actúa como auxiliar de la justicia en interés de la masa de acreedores, y, en cierta medida, con funciones coadyuvantes del deudor, mas sin sustituir a éste. La participación establecida en el Art. 21 ha generado lo que algunos autores califican como una situación de litis consorcio “cuasi necesario”, en el que se exige la participación de la sindicatura (en el mismo sentido, JUNYENT BAS, Francisco, *Reforma de la Ley de Concursos y Quiebras*, “Comentario exegético de la ley 26.086”, LexisNexis, (2006), pág. 60)», (del voto del Dr. Ferrari, en mayoría). CamApel de Trelew, Chubut, “I. S.R.L. c. I. S.R.L. y/u otro s/cobro de pesos”, elDial.com - AA52E0, 11/05/2009.



de su situación patrimonial, la extensión de quiebra, la defensa de los intereses del concurso, el interés de los acreedores y, por último, (sin que la enunciación se considere un *numerus clausus*) la conservación de la empresa, hasta llegar, inclusive, a la liquidación y forma de distribución del activo, caracterizan a la unidad del procedimiento y potencian la jurisdicción concursal.

4.B.2) COMPETENCIA

Tal como ha sido descrito por la doctrina más autorizada «el derecho concursal es derecho de fondo pero, necesariamente, se desarrolla a través de un proceso: el concurso preventivo o la quiebra»¹²⁵². De forma tal, que la ley de bancarrotas posee sus propias normas de carácter procesal sobre competencia judicial.

La competencia “es la atribución legítima a un juez u otra autoridad para el conocimiento o resolución de un asunto”¹²⁵³. Desde la óptica concursal podría decirse que “es la aptitud de un juez para entender en un conflicto de intereses en pos de encontrar una solución a la crisis patrimonial”.

La ley concursal ha establecido ciertos principios en orden a determinar que juez es competente para entender en los procesos concursales. El precepto está tratado en el título relativo a los “principios generales” (Título I), por lo que resulta de aplicación, tanto al concurso preventivo y al APE, cuanto a la quiebra.

De esta forma la ley asigna competencia ordinaria para resolver el problema del deudor *in malis* a los tribunales locales, esto es, a la que se ejerce en todos aquellos supuestos no contemplados expresamente en los arts. 100 y 101 de la Constitución Nacional, es decir, en los asuntos cuyo conocimiento no ha sido asignado por razón del lugar, de la materia o de las personas, a los órganos judiciales que integran la justicia federal¹²⁵⁴.

¹²⁵² RIVERA, *op. cit.*, t. I, pág. 143.

¹²⁵³ OSSORIO, Manuel, *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*, (24ª edición), ed. Heliasta (1997).

¹²⁵⁴ Cfr. PALACIO, Lino, *Derecho Procesal Civil*, ed. Abeledo-Perrot, Bs. As., (1990), t. II, pág. 378.

En esta línea, ha sentenciado la Corte Suprema que las cuestiones relativas a la competencia concursal son de orden público¹²⁵⁵ y no pueden ser modificadas por voluntad de las partes, por lo que no resulta admisible la prórroga de jurisdicción por parte del tribunal que debe entender en la quiebra del fallido¹²⁵⁶.

Nuestro sistema concursal en materia de competencia judicial no fue rígido y estuvo sometido a los vaivenes históricos y al pensamiento económico que inspirara al legislador desde el Código de Comercio de 1862 (reformado en 1889), pasando por las leyes 4156, 11.719, 19.551 (modif. por la ley 22.917) hasta la ley 24.522.

El criterio invariablemente en los últimos decenios ha sido priorizar (en el caso de la persona física) el lugar donde se encuentra la sede de sus negocios (art. 3, inc. 1º, LCQ). Sin embargo, el dinamismo que exhiben las actividades empresarias, industriales y comerciales donde producto de la tecnología y de las concentraciones de consumidores, hacen que un mismo sujeto instale sucursales, agencias, filiales u oficinas en distintos lugares, lo cual potencia los problemas que se plantean en relación a la competencia concursal.

La legislación comparada ha sido prolifera en adoptar criterios más actuales aunque dispares, priorizando al centro principal de las actividades del deudor o su domicilio, indistintamente. Así, v. *gr.* Alemania¹²⁵⁷, Bélgica¹²⁵⁸, Francia¹²⁵⁹, España¹²⁶⁰, Portugal¹²⁶¹, México¹²⁶², Brasil¹²⁶³, Colombia¹²⁶⁴ y Uruguay¹²⁶⁵ dan fiel testimonio de ello.

¹²⁵⁵ Cfr. C.S.J.N., “Tubos Prodinco S.A. s/conc. prev.”, L.L. 2006-C-431 - IMP 2006-11, 1455, 14/02/2006.

¹²⁵⁶ C.S.J.N., “Garaffa y Cía., Orlando c. Acquarone Construcciones, Ignacio y otra s/pedido de quiebra”, L.L. 1983-D-132, 26/05/1983. Las normas relativas a la competencia territorial en materia concursal no pueden ser acordadas por las partes, en virtud de los intereses que el sistema tiende a proteger.

¹²⁵⁷ Art. 3. Competencia territorial. “La competencia territorial es exclusiva del juzgado de la insolvencia en cuya jurisdicción tenga el deudor su foro general. Si el deudor ejerce una actividad económica autónoma en otro lugar, es exclusivamente competente el juzgado de la insolvencia en cuya jurisdicción se encuentre ese lugar (...)”.

¹²⁵⁸ Art. 8. Loi relative au concordat judiciaire.

¹²⁵⁹ Art. 621-2. “El Tribunal competente será el Tribunal de comercio si el deudor fuera comerciante o estuviera inscrito en el Registro Central de Artesanos. El Tribunal de gran instancia será competente en los demás casos”.

En el caso particular del vecino país, la ley uruguaya 18.387 fija la competencia para entender en los procesos falenciales a los juzgados concursales de la ciudad de Montevideo, sin realizar distingos entre personas físicas o jurídicas y sede de la empresa o el domicilio social. Sin perjuicio de ello, el art. 239 del citado ordenamiento, establece la competencia de los jueces uruguayos, cuando el deudor extranjero tenga su domicilio o centro principal de su actividad en territorio uruguayo.

En nuestro régimen de quiebras, la ley 24.522 establece en el art. 3° reglas de competencia, instituyendo una serie de disposiciones de acuerdo al sujeto y su capacidad o potencial económico. El criterio seguido por el legislador argentino al regular la competencia de los tribunales ordinarios para tramitar el concurso de la persona física, es priorizar al lugar de la sede de la administración de los negocios del deudor y, únicamente, a falta de éste, deberá estarse al del lugar del domicilio del deudor.

¹²⁶⁰ Art. 10. “La competencia para declarar y tramitar el concurso corresponde al juez de lo mercantil en cuyo territorio tenga el deudor el centro de sus intereses principales. Si el deudor tuviese además en España su domicilio y el lugar de éste no coincidiese con el centro de sus intereses principales, será también competente, a elección del acreedor solicitante, el juez de lo mercantil en cuyo territorio radique aquél (...)”.

¹²⁶¹ Art. 7. “Es competente para entender en los procesos de insolvencia el tribunal de la sede o del domicilio del deudor o del fallecido al momento de la muerte según el caso. Es igualmente competente el tribunal del lugar en que el deudor tenga el centro de sus principales intereses, entendiéndose por tal aquél en que él los administre en forma habitual y sea conocido por terceros (...)”.

¹²⁶² Art. 17. “Es competente para conocer del concurso mercantil de un Comerciante, el Juez de Distrito con jurisdicción en el lugar en donde el comerciante tenga su domicilio”. El art. 4 inc. III, dispone: “Para los efectos de esta ley, se entenderá por: (...) Domicilio, el domicilio social y en caso de irrealidad de éste, el lugar donde tenga la administración principal la empresa. En caso de sucursales de empresas extranjeras será el lugar donde se encuentre su establecimiento principal en la República Mexicana. Tratándose de comerciante persona física, el establecimiento principal de su empresa y, en su defecto, en donde tenga su domicilio...”.

¹²⁶³ Art. 3. “Es competente para homologar el plan de reorganización extrajudicial, diferir la recuperación judicial o decretar la falencia el juez del lugar del establecimiento principal del deudor o de su filial si la empresa tiene su sede fuera de Brasil”.

¹²⁶⁴ Art. 6. “(...) El Juez Civil del Circuito del domicilio principal del deudor, en los demás casos, no excluidos del proceso”.

¹²⁶⁵ Art. 239. “Los jueces uruguayos serán competentes para declarar el concurso cuando: El domicilio o el centro efectivo de actividad del deudor se encuentre en territorio nacional. El deudor tenga o haya tenido oficina, establecimiento o explotación en territorio nacional, aun cuando su domicilio o centro efectivo de actividad se encuentre en el exterior”.

El término “sede” proviene del latín *sedes* que significa: silla, asiento y que en la primera acepción de la Real Academia Española indica “asiento o trono de un prelado que ejerce jurisdicción”; de allí, su relación con el domicilio que “es el lugar que la ley fija como asiento o sede de la persona, para la producción de efectos jurídicos”¹²⁶⁶. Estas reglas se aplican a las personas físicas en general, sean comerciantes, no comerciantes, empresarios, industriales, etcétera.

Conforme el sentido literal utilizado por el legislador, la sede es el lugar en el que la ley presume *iure et de iure* que el deudor ejerce las funciones de dirección, control y administración de sus negocios. El sitio desde donde se imparten instrucciones, órdenes y directivas hacia el establecimiento único o, hacia las oficinas, locales, sucursales, que se encuentren esparcidas en distintas localidades¹²⁶⁷.

En primer término rige lo que procesalmente se denomina *forum rei sitae* (lo que posee cierta vinculación con otra máxima: *lex rei situs*, osea la aplicación de la ley del Estado donde se encuentra el bien), esto es, el del lugar donde el deudor tiene el asiento de sus negocios en el que, normalmente, también posee sus bienes, donde realiza sus inversiones y desarrolla su actividad económica. «La solución normativa descansa en la razonable suposición de que el órgano judicial con sede en el lugar de situación de la cosa es el que en mejores condiciones se encuentra para resolver el conflicto en razón de su proximidad en las pruebas y con el objeto de la pretensión»¹²⁶⁸.

Históricamente, esto tiene relación, en tanto el lugar donde el deudor se acentuaba era comúnmente el lugar donde también concretaba sus negocios, adquiría bienes y desarrollaba su actividad. Es una verdad de Perogrullo que, con el transcurso del tiempo, este criterio ha ido cambiando —en particular con la globalización y con las posibilidades que brindan los principales centros poblacionales, muchas veces, distantes del lugar donde el deudor tiene la sede de su empresa— por lo que cada vez resulta más difícil poder determinar cual es la sede principal de los negocios del *debi-*

¹²⁶⁶ OSSORIO, Manuel, Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, (24ª edición), ed. Heliasta (1997).

¹²⁶⁷ Cfr. ROUILLON, Adolfo, “Código de Comercio Comentado y Anotado”, *Ley de Concursos y Quiebras*, dir., ed. La Ley, t. IV, pág. 52.

¹²⁶⁸ PALACIO, *op. cit.*, t. II, pág. 381.

tor, sobre todo cuando existen varias administraciones (art. 3 inc. 2º, LCQ). En tal sentido la judicatura ha preferido el lugar donde el comerciante se encuentra inscripto que aquel donde tuviere constituido su domicilio real¹²⁶⁹.

Por otro lado, cuando se presente el caso de existir varias administraciones se priorizará la del establecimiento principal y si no pudiere determinarse esta calidad, lo es el juez que hubiere prevenido (art. 3 inc. 2º, LCQ). En este sentido, la ley de concursos no brinda pautas o procedimientos que puedan seguirse para determinar la competencia concursal cuando existen varias administraciones o establecimientos. Empero, el art. 2 de la Ley Modelo sobre Régimen de Insolvencia de la CNUDMI define el término “establecimiento” como “todo lugar de operaciones en que el deudor ejerza de forma no transitoria una actividad económica con medios humanos y bienes o servicios”, lo que permite aproximarse a una diferenciación entre administración y establecimiento. Por lo tanto, la permanencia y la existencia de medios humanos para la prestación de bienes y servicios, sirven como elementos integradores de lo que debe entenderse por “establecimiento principal”.

En tal sentido, se estima que para solucionar el enigma acerca de que juez debe ser competente para determinar cuál es el establecimiento principal ante un supuesto de concurso del deudor con varias administraciones, deberían seguirse las siguientes pautas: a) cantidad de personal en relación de dependencia; b) importancia del establecimiento en el medio o localidad y sus áreas de influencia; c) activo más importante; d) volumen de facturación mensual y e) monto del pasivo comprometido.

No siempre el juez que hubiere actuado en la prevención será a la postre el que se encuentre en mejores condiciones para intervenir en un conflicto con tantos intereses como partes se encuentren involucradas. Siempre deberá estarse, a quien en mejores circunstancias se encuentre para comprender la problemática y poder encontrar los instrumentos ade-

¹²⁶⁹ «Toda vez que el fallido se encuentra inscripto como comerciante en la Ciudad de Buenos Aires, resulta competente la Justicia Nacional en lo Comercial para entender en su quiebra, sin que obste a ello el hecho de que aquél tuviere su domicilio real en extraña jurisdicción pues, conforme a lo establecido en el art. 3 de la ley 24.522, ese domicilio sólo opera subsidiariamente para el caso de desconocerse la sede de la administración de sus negocios». CNCom., sala A, “Zilla, Jorge Alberto s/quiebra”, Sup. CyQ 2009 (abril), 50, 11/11/2008.

cuados en aras de priorizar la conservación de la empresa y el mantenimiento de los puestos de trabajo.

El recurso al domicilio del deudor para determinar la jurisdicción competente para entender en su concurso sería –en una humilde apreciación– la última *ratio* a la que habría de recurrirse para fijar el órgano competente. Por tal motivo, sería inadecuada la remisión que realiza el legislador en el inc. 1º *in fine* del art. 3 de la ley 24.522 cuando dispone: “a falta de determinación de la sede de la administración se estará al del domicilio del deudor”. No obstante, si no resultare factible determinar el domicilio del deudor debe recurrirse al domicilio fiscal antes que al domicilio real, ya que aquel domicilio determinado ante el órgano estatal a los efectos tributarios, implica reconocer que es en esa jurisdicción donde se generan los ingresos gravados en función de cierta actividad económica. En razón de lo dispuesto en el art. 3 de la ley concursal, tal domicilio aparece como de aplicación subsidiaria en el caso que no fuere conocida –o no existiere en definitiva– la sede de la administración de los negocios de la persona de existencia visible presuntamente insolvente¹²⁷⁰.

Sin embargo, reciente jurisprudencia ha entendido que en caso de que en la denuncia formulada por el concursado en su presentación surja que sus acreedores tienen sus domicilios en otra ciudad, tal circunstancia fáctica resulta suficiente para acreditar que el mismo tiene el asiento de sus negocios en esa jurisdicción, aun cuando su domicilio fiscal estuviera en otro lugar¹²⁷¹. En última instancia y cuando resulte imposible poder determinar la administración de los negocios del deudor, cabe atribuir competencia al tribunal de la jurisdicción de su domicilio real¹²⁷².

El parlamentario –con una defectuosa técnica legislativa– en los incisos 4º y 5º del art. 3 de la ley concursal, hace referencia a la competencia concursal en relación a la persona ideal irregular y al deudor domiciliado en el extranjero, en el orden de prioridades analizados con anterior-

¹²⁷⁰ Cfr. CNCom., sala D, “Suaya Roberto s/pedido de quiebra por Tisubel S.A.”, eDi-al.com - AA2E38, 16/08/2005.

¹²⁷¹ Cfr. CApel.Civ.y Com. Mar del Plata, sala III, “Balsamo, Jorge Alberto s/concurso preventivo (pequeño)”, E.D. n.º 12.538, 06/07/2010.

¹²⁷² Cfr. CNCom., sala A, “Trombetta, Alberto s/pedido de quiebra por 3M Argentina S.A.”, E.D. 176-188, 26/05/1996; id. Sala B, “Diedrichs, Luis Marcelo s/ped. de quiebra por Capital Markets S.A.”, RSC, ed. Ad-Hoc, 40-173.

ridad, esto es: la sede o el lugar de la administración y a falta de ésta el territorio donde se sitúa el establecimiento, explotación o actividad principal, siguiendo el criterio sentado en relación a la persona de existencia visible.

Se ha dejado para un análisis más pormenorizado, el tratamiento de la persona jurídica regularmente constituida. En efecto, conforme lo señala el art. 3 inc. 3° “En caso de concurso de personas de existencia ideal de carácter privado regularmente constituidas, y las sociedades en que el Estado Nacional, Provincial o Municipal sea parte, con las exclusiones previstas en el artículo 2, entiende el juez del lugar del domicilio”.

Si nos atenemos a los términos literales del criterio asumido por el legisferante: administración, sede, establecimiento, actividad principal y, por último, domicilio (en el caso de persona física), no se entienden los motivos por los cuales, en el supuesto de la persona jurídica regularmente constituida se ha priorizado el domicilio social.

En primer término, el hecho de fijar domicilio social en un lugar no significa que la persona jurídica tenga la sede de sus negocios o el establecimiento principal, en el mismo. DASSO menciona que cuando se produjo la discusión parlamentaria en el Senado del proyecto de ley enviado por el Poder Ejecutivo «se remarcó que el mantenimiento de la regulación legal en materia de competencia respecto de los concursos de persona ideal en cuanto otorga competencia al juez del lugar del domicilio, significa desvincular al juicio universal del conocimiento de los principales afectados, porque en general las empresas más importantes tienen en Capital Federal sólo su domicilio legal, pero sus establecimientos principales (esto es, el humo de las chimeneas) se encuentran radicados en el interior donde se hallan obreros y proveedores, se realiza la actividad económica y donde se sufre el impacto de su cierre o de su concurso»¹²⁷³.

¹²⁷³ Agrega, que el Senador Cendoya, «recordó que el sistema de la nueva ley mantiene el criterio de la ley 19.551 y aun el de la anterior 11.719. Expuso su decepción frente a la decisión mayoritaria que no admitió la modificación sugerida en el sentido de determinar, para tales casos, la intervención del juez con competencia en el lugar del establecimiento principal y manifestó la aspiración de que ello se concrete en una legislación ulterior. Votó negativamente el inc. 4. El senador Snopek mantuvo igual posición pero votó afirmativamente expresando su deseo de concretar en el futuro la reforma sugerida». DASSO, Ariel Ángel, *Quiebras. Concurso Preventivo y Cramdown*, ed. Ad-Hoc, Bs.As., (1997), t. I, pág. 105.

De acuerdo a la legislación común las personas jurídicas tienen su domicilio: a) en el lugar determinado en sus estatutos...”, o bien, “en el lugar donde está situada la administración o dirección en forma efectiva...” (art. 90 inc. 3º, Cód. Civ.). En caso de tener muchos establecimientos o sucursales “tienen su domicilio especial en el lugar de dichos establecimientos, para sólo la ejecución de las obligaciones allí contraídas por los agentes locales de la sociedad” (art. 90 inc. 4º, Cód. Civ.). De lo que puede extraerse que, ante la falta de precisión del domicilio en el estatuto se tendrá en cuenta el de la administración o establecimiento y si hay varios, en cada uno de ellos, podrá demandarse el cumplimiento de las obligaciones asumidas por sus directivos.

En el caso de las personas jurídicas comerciales, la ley 19.550 regla que el domicilio social fija el Registro Público de Comercio donde se inscribirá el contrato (art. 5, LSC); en el caso de las sociedades de responsabilidad limitada y por acciones, están obligadas a publicar por un día en el diario de publicaciones legales un aviso que contenga información acerca del domicilio social (art. 10 inc. 4º y 211, LSC); encontrándose obligadas todas las sociedades como recaudo de constitución a la denuncia del domicilio social (art. 11, inc. 2º, LSC)¹²⁷⁴.

Por ende, el domicilio social determinará el lugar donde se constituye la sociedad, el registro que tendrá facultades de contralor del cumplimiento de los requisitos para ordenar su inscripción (art. 5 y 11, LSC), el lugar donde el ente citará a los socios (art. 159, LSC), donde se llevarán a cabo las reuniones sociales (art. 233, LSC) para tratar los temas incluidos en el orden del día (art. 234 y 235, LSC), el juez ante quien se promoverán las acciones de impugnación o nulidad de decisiones asamblearias (art. 251, LSC), adonde se someterá a fiscalización por parte de la autoridad de contralor (art. 299 y 303, LSC); pero, de ninguna manera, puede entenderse que el domicilio social tenga relación directa con la competencia concursal.

¹²⁷⁴ Art. 11. “...2)...Si en el contrato constare solamente el domicilio, la dirección de su sede deberá inscribirse mediante petición por separado suscripta por el órgano de administración. Se tendrán por válidas y vinculantes para la sociedad todas las notificaciones efectuadas en la sede inscripta...”.

Tal como fuera referido en este mismo apartado (4.b.2) en relación al derecho comparado¹²⁷⁵, existe una tendencia mayoritaria a apartarse del domicilio social para fijar la competencia concursal, recurriendo a otras formas para su determinación: *v. gr.* foro general, centro de sus principales intereses, sede, administración principal de la empresa, establecimiento principal, etc., indistintamente.

Aunque en algunos regímenes de insolvencia se utilizan razonamientos tales como el establecimiento principal de la empresa deudora, la CNUDMI ha adoptado en la Ley Modelo sobre Insolvencia Transfronteriza el criterio que prioriza el centro de los principales intereses del deudor, para fijar el lugar donde tendrá cabida la apertura del procedimiento universal. Ese criterio se utiliza también en el Reglamento n.º 1346/2000, de 29 de mayo de 2000, del Consejo Europeo (CE) relativo a los procedimientos de insolvencia.

Los criterios de competencia territorial no deben apartarse de un dato económico y real dado por la ubicación del centro de los intereses principales del deudor. Muchas veces se ha visto que el deudor posee su establecimiento principal y centro de sus actividades en un determinado territorio, pero fija el domicilio social en otra jurisdicción, lo cual impide al juez –que entiende de ese modo en el conflicto– conocer, adecuadamente, los siguientes aspectos: a) la realidad de la empresa; b) la importancia en el medio en que se encuentra asentada; c) los conflictos sociales que generaría el cierre de la misma; d) los bienes y su importancia; e) la necesidad de conservar la empresa en actividad y f) la fuente laboral.

En este sentido, ha sentenciado el Tribunal de Mondovì (Italia) que a los fines de la competencia territorial para la declaración de quiebra, se debe tener en cuenta la ubicación real de la sociedad, entendiéndose por tal, aquella donde efectivamente se desenvuelve la actividad de la empresa¹²⁷⁶.

¹²⁷⁵ Ver citas 1250 a 1258.

¹²⁷⁶ Ha sentenciado el Tribunal de Moldovì (Italia) que: Ai fini della competenza territoriale per la dichiarazione di fallimento si deve avere riguardo alla sede effettiva della società, intendendosi per tale quella di effettivo svolgimento dell'attività di impresa. In mancanza di prova contraria, il luogo di effettivo svolgimento dell'attività corrisponde con la sede legale e, qualora la società sia in liquidazione, per radicare la competenza in luogo diverso da quello della sede legale è necessario dimostrare che l'esercizio dell'attività, anche di natura liquidatoria, si svolge altrove. Tribunale di Mondovì, Pres. R. Magri, Est. P. G. Demarchi, documento 1165/2008, 06/03/2008,

Por su parte, la C.S.J.N. ha admitido la competencia del tribunal que corresponde a un domicilio fijado por la sociedad poco antes de presentarse en concurso preventivo, si con él no se persigue sino adecuar el domicilio inscripto a la realidad del lugar en que funciona la administración, y de ello no se sigue perjuicio a los acreedores que mayoritariamente están emplazados en ese mismo lugar¹²⁷⁷.

Este precedente, proveniente del máximo interprete de la Constitución y las leyes, y viene a poner blanco sobre negro, admitiendo –aunque, no en forma directa– la existencia de un domicilio adecuado a la realidad de la empresa, que resulta más ajustado a una competencia real y no ficticia (como la que sucede con el domicilio social *stricto sensu*).

Por ello, si el centro de los intereses principales, la sede social, la actividad principal, el lugar donde se encuentra asentada la administración de la empresa resulta coincidente con el lugar donde se encuentra emplazada la actividad –a lo que se suma el hecho de que los acreedores, mayormente laborales, se encuentran ubicados en ese lugar– debe priorizarse éste último, a los fines de fijar la competencia territorial.

Existen una serie de motivaciones para fundamentar la inconveniencia de atribuir al domicilio social, competencia concursal, entre los que pueden mencionarse los siguientes:

a) los inconvenientes que se generan para un juez que se encuentra distante del establecimiento donde se desarrolla la actividad de la hacienda, la resolución que disponga la inmediata prosecución de las actividades de la empresa, sobre todo si de su interrupción pudiese resultar un daño grave al interés de los acreedores (art. 189, LCQ);

b) la existencia de ejecuciones de garantías reales, en un lugar distinto de aquél donde tramita el concurso podrían impedir el efectivo conocimiento acerca de la importancia de dichos bienes y la necesidad de conservarlos en pos de la protección del patrimonio (art. 126, LCQ);

c) la cantidad y calificación del personal que continuará en la explotación durante la quiebra (art. 191, LCQ);

pub en la *world wide web* en <http://www.ilcaso.it/giurisprudenza/archivio/1165.htm>, acceso del 17/11/2009).

¹²⁷⁷ Cfr. C.S.J.N., 11/09/73, J.A. 1973-20-99, cit por RIVERA, *op. cit.*, t. I, pág. 145.



d) los costes que demandarán las presentaciones de los acreedores para obtener el reconocimiento de sus créditos (art. 32, LCQ) o la sentencia obtenida en el fuero especializado (art. 56, LCQ) a los fines de su incorporación al pasivo;

e) la conveniencia de la enajenación de la empresa como unidad o en bloque (art. 205, LCQ).

Éstos, son sólo algunos de los ejemplos que podrían mencionarse acerca de la conveniencia de que el concurso o quiebra de la sociedad regularmente constituida, tramite en el lugar donde la misma posee sus medios humanos y materiales para la producción de bienes y servicios.

Obsérvese que el criterio utilizado por el legislador en el caso de personas jurídicas regulares (competencia por domicilio), posee una excepción y cede en caso de concurso por agrupamiento. En efecto, el art. 67 de la ley 24.522 fija la competencia al “juez al que correspondiera entender en el concurso de la persona con activo más importante según los valores que surjan del último balance...”, independientemente de que cada uno de los sujetos concursados (personas jurídicas regularmente constituidas) posea un domicilio distinto, lo cual justificaría, cuanto menos, un debate profundo acerca de la conveniencia de establecer un criterio real y actual para la fijación de la competencia concursal.

Otro supuesto, vinculado con el tema en cuestión, que amerita cierto análisis y da pie para la realización de las más diversas trapisondas, es el cambio del domicilio social en forma concomitante con la presentación concursal, lo cual genera múltiples inconvenientes para los *accipiens*. En este sentido la C.S.J.N. ha resuelto: «si el cambio de domicilio social a otra jurisdicción es concomitante con la decisión de presentarse en concurso preventivo cuando ya la deudora estaba en quiebra, debe considerarse que el nuevo domicilio que pretende hacer valer a los fines de la radicación del concurso preventivo es ficticio, es decir, sólo aparente y altera los principios que consagran la indelegabilidad de la competencia y/o la prohibición de prórroga por voluntad de las partes, lo que adquiere relevancia cuando se halla de por medio el interés público¹²⁷⁸».

¹²⁷⁸ C.S.J.N., “Tubos Prodinco S.A. s/conc. prev.”. Del dictamen de la Procuradora Fiscal subrogante que la Corte hace suyo, L.L. 2006-C-431 - IMP 2006-11-1455, 14/02/2006.

La ley española 22/03, a los fines de evitar estos inconvenientes tendientes a dilatar los procesos, derechamente, invalida el cambio de domicilio realizado en los últimos 6 meses (art. 10 inc. 1º, segundo párrafo, LCE).

El juez tiene la dirección del proceso como, asimismo, la facultad de impulsarlo de oficio, ordenando medidas de investigación si lo considerase necesario (art. 274, LCQ) y, en este sentido, la mejor ordenación del proceso en aras de lograr una solución a la crisis empresarial, estará dada siempre por el mayor conocimiento que pueda tener el juzgador de la situación real de la empresa, la posición económica de la misma, los problemas que se presentan con los trabajadores, etc. Y, únicamente, podrá ser consciente de tal realidad, quien se encuentre en inmejorables condiciones de poder apreciar por medio de sus sentidos, tal inobjetable escenario.

Ahora bien, la competencia concursal no se mantiene *sine die* y el *dies a quo* de la actuación del juez concursal fenece con la declaración de cumplimiento del acuerdo y no con la conclusión del concurso, toda vez que los acreedores tardíos que insinúen su acreencia en algún momento, a través de la sentencia obtenida en extraña jurisdicción o la verificación tardía de su crédito (art. 32, LCQ), será el magistrado que interviene en el juicio universal quien, en definitiva, dispondrá la forma en que será atendida dicha acreencia, conforme las pautas establecidas en el acuerdo (art. 56, LCQ).

De *legge ferenda* se propone modificar la norma que establece competencia al domicilio social en caso de personas jurídicas regularmente constituidas (art. 3 inc. 3º, LCQ), por cuanto dicho criterio atenta contra la integridad patrimonial, el interés en la conservación de la empresa y el interés público concursal.

4.B.3) LEGISLACIÓN APLICABLE

El sentido que posee la concentración de todos los intereses convergentes ante un mismo tribunal responde, no solamente, a la necesidad de que sea un mismo juez quien decida sobre los derechos patrimoniales de los acreedores en su conjunto, sino también, que la disponibilidad final del patrimonio del *cessatus* se encuentre enmarcado en un procedimiento

único, evitando de esta forma la inseguridad que produce la dispersión normativa.

La Ley de Concursos y Quiebras, reviste una suerte de compendio de preceptos tendientes a resolver el problema de la insolvencia, dejando de lado las disposiciones que contravengan con sus postulados (art. 293, LCQ). Pero, la ley de bancarrotas no se caracteriza por su completitud, por lo que “en las relaciones patrimoniales no contempladas expresamente, el juez debe decidir aplicando las normas de las que sean análogas, atendiendo a la debida protección del crédito, la integridad del patrimonio del deudor y de su empresa, el estado de concurso y el interés general” (art. 159, LCQ).

Afirmaba RICHARD en épocas de la ley 24.522 (t.o. 1995) que el único sistema de concurrencia al pasivo se apoyaba en la verificación de créditos. Aunque, en la *praxis*, la técnica se sostuvo en el fuero de atracción, en virtud de la suspensión de acciones de contenido patrimonial¹²⁷⁹ en contra del deudor. De esta forma, el fuero de atracción funciona en forma activa –tal como lo señalaba la Corte Suprema de Justicia de la Nación– al trasladarse la competencia hacia el juez concursal, quien pasa a entender en todas las acciones de contenido patrimonial entabladas contra el concursado, no alcanzando a las acciones iniciadas por el deudor contra terceros, las que prosiguen ante los jueces originarios, en atención a que no caen bajo el desplazamiento de la competencia hacia el juez del concurso¹²⁸⁰.

En el sistema implementado por la ley 19.551, no se producía la *vis attractiva* absoluta del proceso concursal, los procesos de conocimiento continuaban como, asimismo, los juicios laborales. Existía suspensión de acciones de contenido patrimonial, consecuentemente, el fuero de atracción era reducido.

En el ordenamiento vigente (ley 26.086), “la apertura del concurso produce, a partir de la publicación de edictos, la suspensión del trámite de los juicios de contenido patrimonial contra el concursado por causa o título anterior a su presentación, y su radicación en el juzgado del concurso” con las excepciones legalmente establecidas (art. 21, LCQ). Con lo que

¹²⁷⁹ Cfr. RICHARD, *op. cit.*, pág. 64.

¹²⁸⁰ *Idem*, págs. 64-65.

se logró aclarar la discusión doctrinaria existente en aquel momento, acerca de cual era la oportunidad en que comenzaban a operar los efectos del concurso: a) la resolución que ordenaba la apertura o, por el contrario; b) la presentación concursal.

Sin ingresar en discusiones doctrinarias, lo cierto es que la ley de concursos es la única norma que logra –como efecto cautelar con su sola apertura– la paralización de las ejecuciones o acciones que impidan al deudor disponer de los bienes. De allí que la atracción –ahora devaluada– resulta cada vez menos atractiva, habiéndose potenciado los efectos suspensivos del concurso en razón de la conservación de la empresa.

Sea cual fuera la ideología imperante (neoliberalismo o socialismo) la tendencia histórica de las leyes concursales sigue siendo la de mantener un régimen separado del resto del ordenamiento común para solucionar la insolvencia.

La Ley de Quiebras de Empresas de la República Popular de China promulgada el 27 de agosto de 2006 y con entrada en vigencia el 1 de junio de 2007, siguiendo a su predecesora de 1986 tiene como sujeto y como objeto a la empresa que, ciertamente, constituye una pieza clave de la economía del país asiático¹²⁸¹.

La necesidad de contar con una única ley que permita al deudor en cesación de pagos o en crisis económica o financiera, suspender las ejecuciones seguidas en su contra para reestructurar la empresa y que, a la misma vez, contemple los derechos de los acreedores –priorizando a la empresa y las fuentes de empleo–, se justifica en la necesidad de englobar en un único compendio normativo todo el problema que plantea la insolvencia como remedio apto para solucionar los problemas de un sujeto *in malis* que no puede hacer frente a los compromisos asumidos, sin tener que recurrir a la liquidación de todos sus bienes.

Sin lugar a dudas, la elección de una legislación que resulte apropiada a las circunstancias y que sea, asimismo, económica y socialmente eficiente para las empresas en crisis, constituye un desafío¹²⁸² para el legislador en todos los tiempos. Una normativa única que priorice frente a

¹²⁸¹ Cfr. SEGAL, R., *La legislación sobre quiebras en la República Popular China*. Comentario de Marcelo Gebhardt, L.L. 1989-C-1397.

¹²⁸² Cfr. SEGAL, R., *Procedimientos de reorganización empresarial y derecho concursal contemporáneo en países de Europa del Este (Federación Rusa)*, L.L. 1995-B-1160.



cualquier situación de crisis (económica, financiera, política, etc.) a la empresa, la producción, el empleo y el crecimiento y desarrollo de un país, permitirá que ésta pueda afrontar los vendavales más fuertes y permanecer, cuanto menos, un tiempo en el cual se pueda brindar –aunque resulte extraño– seguridad jurídica.

§ 5. ALGUNAS CONSIDERACIONES EN TORNO A LOS SUBPRINCIPIOS CONCURSALES

Frente a algunas posiciones doctrinarias que entienden que la universalidad ha desaparecido como principio cardinal del ordenamiento falencial, la quiebra –a diferencia de la ejecución individual– permite adoptar las más variadas soluciones a la crisis que genera la insolvencia.

Sin lugar a dudas, si el deudor quisiera pagar a cada acreedor el valor nominal de su acreencia mediante la realización de sus bienes, tentaría a estos a iniciar una competencia –en la que no todos tienen siempre la misma posibilidad de llegar a la meta o, por lo menos, de competir en igualdad de condiciones– en la que el que llegue primero será el más beneficiado, siguiendo el adagio romano: *prior in tempore, potior in iure*. La liquidación de una empresa que ponga todos los intereses en su justo equilibrio, no podría concebirse fuera del marco del proceso concursal que brinda ciertas garantías, como son: concurrencia e igualdad de trato, en el que los remedios para la empresa como bien jurídico tutelable se revelan inexistentes bajo el prisma de otros ordenamientos.

Los principios siempre requieren concreción, la que puede adquirir diversos grados. En el rango más elevado, el principio de universalidad sirve fundamentalmente de hilo conductor que orienta ulteriores concreciones: principio de colectividad o concurrencia.

La realidad de la empresa –insolvente– se ve iluminada y, en cierta forma, resguardada por los principios que poseen cualidades jurídicas propias¹²⁸³, y, en esta dirección, los principios abrazan una idea de referencia que sirve como punto de partida para la construcción de ulteriores interpretaciones.

¹²⁸³ Cfr. ZAGREBELSKY, Gustavo, *El Derecho dúctil. Ley, Derechos, justicia*, trad. Marina Gascón, (2ª edición), ed. Trotta, Madrid, (1997), págs. 118 y 119.

El reconocimiento de un decálogo de principios, no solamente ostenta un significado programático –como sucede con la Constitución Nacional–, sino que permite conocer de antemano el conjunto de valores en los que se sienta el sistema, permitiendo al intérprete discernir los explícitos de aquellos otros que se obtienen por deducción.

Los principios de colectividad, concurrencia y unidad se erigen en las columnas de la universalidad, sirven para la motivación de las decisiones judiciales y desempeñan una función normativa desde que los acreedores quedan sometidos a las resultas del proceso ecuménico que ostenta la quiebra para lograr obtener satisfacción a sus pretensiones.

La colectividad, la concurrencia y la unidad del proceso falimentario –como subprincipios de la universalidad concursal– resultan consustanciales a los juicios con pluralidad de sujetos e intereses, por tanto, la universalidad que comprende a los subprincipios desarrollados en este capítulo se erige en un principio rector del régimen concursal, puesto que una vez resuelta la apertura del procedimiento del sujeto (persona física o jurídica), el sistema se redirecciona hacia la protección de la hacienda.

CAPÍTULO VIII
ESTOCADA A LA IGUALDAD:
LA PAR CONDICIO CREDITORUM
Y LOS PRIVILEGIOS CONCURSALES

§ 1. PROEMIO

No es una novedad, que las legislaciones concursales modernas se debaten en una lucha sin cuartel entre el apego a principios clásicos del ordenamiento y la flexibilización del procedimiento, en orden a dotar a las empresas de instrumentos efectivos que permitan superar la insolvencia.

Prueba cabal de esta afirmación lo constituye la modificación efectuada en los últimos diez años a los ordenamientos concursales de Alemania, Bélgica, Francia, Italia, España, Portugal, Estados Unidos, México, Colombia, Brasil, Uruguay, Chile, China y la recientísima creación en España de la Comisión Especial designada por el Ministro de Justicia Francisco Caamaño, para una nueva reforma a la ley concursal¹²⁸⁴, compuesta por diecinueve expertos en la materia, entre los que no podían faltar el profesor Ángel Rojo Fernández-Río, Juana Pulgar Ezquerro y Manuel Olivencia Ruiz, entre otros.

¹²⁸⁴ La ley concursal de España 22/2003 fue modificada en el transcurso del presente año por el Real Decreto-ley 3/2009, de 27 de marzo, de “Medidas Urgentes en Materia Tributaria, Financiera y Concursal ante la evolución de la situación económica”. La Comisión creada a los efectos de instrumentar una nueva reforma considera que: «Una ley concursal moderna y eficaz es garantía para los inversores tanto nacionales como extranjeros y dota de seguridad a aquellos que pretenden financiar proyectos empresariales, pues les proporciona una legislación de cobertura ante el supuesto fracaso de los proyectos financiados», pub. en *La Ley España*, 7757/2009.

La crisis del presupuesto objetivo del concurso, analizada en forma minuciosa por el profesor ALEGRÍA¹²⁸⁵, el controvertido tema del fuero de atracción (art. 21, LCQ), la eliminación del tope en las quitas concursales (ley 25.589, Adla, 2002-C-2862), las consideraciones sobre propuesta abusiva (art. 52, LCQ), el interés de los acreedores (art. 189, LCQ), el interés del concurso (art. 204, LCQ), la conservación de la empresa (art. 189, LCQ) y la crisis de la quiebra como solución frente a la insolvencia, son una muestra de que tambalean los sólidos cimientos construidos en pos de un proceso concursal que –por los intereses que intenta resguardar– se sostenía, básicamente, sobre principios.

Las modificaciones realizadas en los últimos años a las legislaciones concursales de avanzada, avizora –en algunos casos con mayor énfasis– el *change* de ciertos conceptos fundamentales que, siendo –otrora– monumentos sobre los cuales se construyera el derecho concursal, cada vez se discute más su valor axiomático; al punto que RIVERA mencionara siguiendo a un autor francés contemporáneo que, en el derecho francés nada queda de la legislación sobre quiebras de 1807¹²⁸⁶, con lo que se vislumbra la presencia de un *nouveau* derecho concursal.

Como expresara FARINA hace ya un tiempo atrás “el clásico concepto de contrato está en crisis, porque sus principios, basados en la igualdad de negociación de ambas partes, presentan profundas alteraciones en el tráfico mercantil actual”¹²⁸⁷. La capacidad de negociación o de autorregulación¹²⁸⁸ de los intereses del deudor y acreedores, a través de distintos mecanismos (categorización, propuestas alternativas), ha ido lentamente potenciando la libertad de las partes en la negociación de los acuerdos pe-

¹²⁸⁵ Cfr. ALEGRÍA, Héctor, *Objetivos y presupuestos concursales en el derecho actual (con especial referencia a la unidad conceptual del presupuesto objetivo)*, La Ley, Sup. CyQ 2009 (abril), 1.

¹²⁸⁶ JEANTIN, Michel, *Droit commercial*, (4eme. edición), n° 529, París, (1995), pág. 330.

¹²⁸⁷ FARINA, Juan M., *Contratos comerciales modernos*, ed. Astrea, (1993), pág. 171.

¹²⁸⁸ Cfr. GÓMEZ LA PLAZA, María Carmen, *Autonomía de la voluntad: Problemática actual*, pub. en “Prudentia Iuris”, revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Pontificia Universidad Católica Argentina Santa María de los Buenos Aires, n.º 44, sept. 97, págs. 121-137.

ro, rápidamente, socavando las raíces del viejo corazón del derecho concursal¹²⁸⁹.

Los problemas que plantea la insolvencia, no solamente en el ámbito local, sino también a nivel mundial¹²⁹⁰ producto de las dificultades económica-financieras, laborales, climáticas y de otra índole, ponen en serio riesgo, no únicamente la subsistencia de la sociedad sino también, esencialmente, la de la empresa –que es su medio instrumental– y la fuente laboral, lo que pone en grave peligro el sostenimiento mismo del sistema capitalista.

Cada vez puede advertirse con mayor énfasis, la presencia de viejos y nuevos “principios”, que requieren por parte de la judicatura, de una elevada dosis de prudencia y sabiduría para amalgamar unos con otros, sin dejar de resguardar la máxima que impone el ordenamiento. Será tal vez, el retorno a la revalorización de ciertos conceptos, lo que posibilite superar las asimetrías que la realidad viva de las dificultades económicas y financieras nos presenta, permitiendo acercarnos al justo equilibrio entre el proteccionismo a ultranza y la libertad negocial, en orden a resguardar aquellos intereses que aspira proteger el sistema concursal.

§ 2.- ORÍGENES DEL ADAGIO

Desde antiguo, fue admitido que, cuando el deudor no abonaba lo que debía, sus acreedores podían reducirlo a esclavitud y tomar sus bienes. La ley de las XII Tablas permitía a los acreedores, por medio del procedimiento de la *manus iniectio*¹²⁹¹ apoderarse del deudor –*partem corporis eius prendebat, manum iniiciebat*– para reducirlo a esclavitud. El deudor vendido como esclavo era adquirido junto con su patrimonio, quien quedaba sometido a servidumbre por parte del acreedor. La *manus*

¹²⁸⁹ Cfr. RICHARD, Efraín H., *El viejo corazón del derecho concursal*, pub. por la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, disponible en la *world wide web* en <http://www.acadec.org.ar/doctrina/articulos/artelviejocorazondercome>, (acceso del 25/06/09).

¹²⁹⁰ En España se agudizó la crisis y batió un nuevo récord la cifra de empresas y personas insolventes. Se registraron 3285 casos en el primer semestre, el triple que en el mismo periodo del año anterior; el 32% de las compañías concursadas pertenece a la construcción y al sector inmobiliario. Información brindada por el diario La Nación del 05/08/09.

¹²⁹¹ Cfr. *manus iniectio*. (ver cita n.º 494).

iniectio –a través de la acción ejecutiva de la *legis actio per manus iniectio*¹²⁹²– permitía lograr la venta en forma indirecta del patrimonio y el precio que se obtenía de ello se repartía, proporcionalmente, entre los acreedores¹²⁹³.

Con el advenimiento del procedimiento de la *missio in possessionem*, la institución entró en la segunda fase de su desarrollo. Los acreedores, sin necesidad de apoderarse del cuerpo del deudor, podían aprehender directamente sus bienes. La *missio in possessionem* era pronunciada a pedido de un acreedor; pero no en provecho exclusivo de éste, sino en beneficio de los demás acreedores que se unieran al procedimiento¹²⁹⁴. Se advierte aquí, un avance en cuanto al tratamiento de las obligaciones del deudor, no ya frente a un solo acreedor, sino de una pluralidad de *accipiens*.

Fue en Francia, en la “gran plaza de Lyon”¹²⁹⁵, donde se dictó el reglamento de análogo nombre considerado por muchos como el primer texto legislativo orgánico en materia de quiebras y penal concursal¹²⁹⁶.

Con posterioridad, se dictaron diversos reglamentos que regularon el régimen de falencias, entre ellos: la ordenanza dictada por Francisco I firmada en Lyon el 10 de octubre de 1536 que asentó el “principio de igualdad” entre los acreedores¹²⁹⁷, siendo éste el primer ordenamiento que registró las bases de la paridad de trato de los *creditors*. Luego SALGADO DE SOMOZA fue quien, por primera vez, acuñó el concepto de igualdad de los acreedores, en su célebre obra *Labirynthus Creditorum Concurrentium ad Litem Per Debitorum Communem Inter Illos Causatam*, publicado en París en 1651, siendo el primer libro que sistematizó en un tratado, las principales ideas fuerza de la quiebra¹²⁹⁸.

¹²⁹² Ver cita n.º 494.

¹²⁹³ Cfr. PARRY, R y PARRY, A. E., *El concurso civil de acreedores*, ed. Plus Ultra, (1967), t. I, pág. 33.

¹²⁹⁴ Cfr. *ibidem*.

¹²⁹⁵ Cfr. ANTONI PIOSSEK, Carlos Roberto y RODRÍGUEZ, Robinson, *La declaración de Quiebra sus efectos conexos*, ed. Lerner, Bs. As., (2003), pág. 45.

¹²⁹⁶ Cfr. *ibidem*.

¹²⁹⁷ Cfr. ARGERI, Saúl A., *El Síndico en el Concurso de Quiebra*, ed. Ediciones Jurídicas, Bs. As., (1991), pág. 42.

¹²⁹⁸ Cfr. PULGAR EZQUERRA, Juana, *La declaración del concurso de acreedores*, ed. La Ley, España, (2005), pág. 74.



El pensamiento desarrollado por el abad de la ciudad de Alcalá, comprendía: la aceptación de la teoría publicista de la quiebra, toda vez que la misma interesa a los particulares y al Estado por los intereses en ella comprometidos; reafirmaba los poderes inquisitivos del magistrado y señalaba que la *par condicio creditorum*, o sea, la igualdad de los acreedores era un principio cardinal de la quiebra¹²⁹⁹.

La influencia que tuvo la obra de SALGADO DE SOMOZA en el derecho concursal europeo durante los siglos XVII y XVIII ha sido meritoria, particularmente, en el derecho alemán, con la obra de KOHLER¹³⁰⁰ de la Universidad de Berlín, quien introdujera al profesor español en el derecho continental europeo del decimonónico¹³⁰¹ y sirviera de musa inspiradora de las posteriores reformas introducidas a las legislaciones concursales de avanzada (Bélgica y Alemania).

De otro lado, en el derecho germánico, con posterioridad a la conquista del imperio romano, se introdujeron nuevos institutos, como el procedimiento de embargo y de retención del patrimonio del deudor, iniciándose precisamente la “*missio in possessionem*” con el embargo general del patrimonio del *debitor*, que constituyó la base de todas las legislaciones modernas en materia de quiebras y antecedente remoto del principio de universalidad concursal¹³⁰². El procedimiento falimentario alemán se aplicaba tanto a deudores civiles como a comerciantes y se encontraba impregnado de principios, algunos de carácter penal a los fines de asegurar la igualdad entre los acreedores y la integridad de sus créditos, como así también, la privación del deudor para disponer de sus bienes y la designación de jueces especiales, denominados: *sopraconsuli, magistrati dei rotti* a los fines de llevar a cabo las tareas de liquidación del patrimonio del *cessatus*¹³⁰³.

La fijación del «período de sospecha, el desapoderamiento del deudor, la inhabilitación del fallido y el *iuris paris conditionis credito-*

¹²⁹⁹ Cf. ARBIT, Saúl José, *Derecho Concursal*, ed. Quorum, Bs. As., (2007), t. I, pág. 42.

¹³⁰⁰ KOHLER, Josef, *Lehrbuch des Konkursrechts*, Stuttgart, (1891) cit. por PULGAR EZQUERRA, *op. cit.*, pág. 75.

¹³⁰¹ Cf. PULGAR EZQUERRA, *op. cit.*, pág. 75.

¹³⁰² Cf. SAJÓN, Jaime V., *Concursos*, ed. Albeledo-Perrot, Bs. As., (1974), pág. 18.

¹³⁰³ Cf. *ibidem*.

rum»¹³⁰⁴, fueron todos institutos y principios imperantes en los estatutos italianos que, lentamente, se fueron extendiendo a los demás ordenamientos concursales.

Por aquellos tiempos, la igualdad se lograba mediante un sistema represivo de la falencia, que obligaba al deudor a dar satisfacción íntegra a la pretensión de sus acreedores, por lo que la dureza con que eran tratados los deudores (cárcel, para aquellos que no cumplían con los compromisos asumidos) llevó a SALGADO DE SOMOSA a proponer un procedimiento en el que el deudor realizaba la entrega de sus bienes al juez sin confesar sus deudas; y éste último designaba un administrador que intervendría en su liquidación, cuyo resultante era distribuido entre los acreedores¹³⁰⁵.

La igualdad, se forjó así, como el único medio técnico que impedía la arbitrariedad que se generaba en el reparto de los bienes, permitiendo que algunos perciban más que otros; el derecho sucesorio, el condominio y los procesos de ejecución en los que concurren varios acreedores son, entre otros, fieles testimonios de la importancia de este principio¹³⁰⁶ que fue tomando fuerza con el correr de los años.

§ 3. LA IGUALDAD EN EL DERECHO CONCURSAL COMPARADO

Siguiendo el pensamiento de autorizada doctrina nacional, ha sido admitido en forma casi unánime, que el respeto a los principios de justicia e igualdad exige idéntico trato en similares circunstancias. Es por ello, que el acatamiento de esta premisa no impide que la norma contemple de modo distinto situaciones que consideran disímiles, siempre y cuando, el criterio de distinción adoptado no resulte arbitrario¹³⁰⁷.

¹³⁰⁴ HEREDIA, Pablo D., *Tratado Exegético de Derecho Concursal*, ed. Ábaco de Rodolfo Depalma, Bs. As., (2000), t. I, pág. 41.

¹³⁰⁵ Cfr. ARGERI, *op. cit.*, pág. 54.

¹³⁰⁶ Cfr. CONIL PAZ, Alberto, *Algo más sobre la "par conditio creditoris"*, L.L. 1995-B-294.

¹³⁰⁷ Cfr. GIARDELLI, Lucas, TOLLER, Fernando y CIANCIARDO, Juan, *Los estándares para juzgar normas que realizan distinciones. Paralelismo entre la doctrina de la Corte Suprema estadounidense y del sistema interamericano sobre el derecho a la igualdad*, La Ley Sup. Const. 2008 (diciembre), 1; L.L. 2009-A-800.

Esta misma corriente ha sido seguida por la legislación extranjera en materia concursal, la que con distintas variantes ha adoptado criterios diversos; unos admitiendo la categorización y diferenciación de propuestas y otros manteniendo los criterios tradicionales de propuesta única en cuanto al tratamiento igualitario de los créditos. Algunos de los ejemplos que se expondrán, marcan las diferencias.

En el caso de la *InsO* alemana, el art. 222 recepta la categorización de acreedores y permite que el deudor pueda ofrecer en el “plan” una clasificación de acreedores que como mínimo podrá estar integrada por: a) acreedores con derecho a realizar una ejecución separada; b) acreedores no subordinados y c) acreedores subordinados. Al presentar el plan el deudor debe proponer para todos los acreedores dentro del grupo, los mismos derechos¹³⁰⁸, fulminándose con la nulidad todo acuerdo que contenga una ventaja no prevista en el plan de insolvencia.

De la reseña efectuada se aprecia que el sistema alemán a diferencia de nuestro sistema jurídico deja atada la propuesta concordataria y su validez a la admisibilidad del plan, condicionando su procedencia a la existencia de iguales condiciones para los acreedores dentro de la clasificación que efectúe el deudor.

Concordante con lo dispuesto para la propuesta de acuerdo, el art. 294 de la *InsO* teutónica aniquila cualquier acuerdo celebrado por el deudor con los acreedores, si ha sido celebrado en forma individual¹³⁰⁹,

¹³⁰⁸ Art. 226. Igualdad de trato de los interesados. (*InsO Gleichbehandlung der Beteiligten*)
“I. Dentro de cada grupo deben proponerse los mismos derechos para todos los interesados. II. Un tratamiento diferenciado de los interesados en un grupo sólo es admisible con el consentimiento de todos los intervinientes afectados. En ese caso, debe añadirse el plan de insolvencia la declaración de conformidad de todos los intervinientes afectados. III. Es nulo todo acuerdo del administrador de la insolvencia, del deudor o de otro sujeto con particular implicación, por cuya virtud sea concedida por su comportamiento en la votación, o por otra cuestión relacionada con el procedimiento de insolvencia, una ventaja no prevista en el plan de insolvencia”. Cfr. DASSO, Ariel A., *Derecho Concursal Comparado*, inédito, ed. Legis, Bs. As., (2009). El artículo me fue facilitado por el autor, previo a su publicación.

¹³⁰⁹ Art. 294. “Igualdad de trato de los acreedores. (*InsO Gleichbehandlung der Gläubiger*).
I. Las ejecuciones forzosas sobre el patrimonio del deudor son inadmisibles para los acreedores individualmente considerados durante el plazo de la declaración de cesión. II. Todo acuerdo del deudor o de otra persona con acreedores individualmente considerados por cuya virtud sea obtenido un beneficio particular es nulo. III. Contra los créditos a remuneraciones que estén afectadas por la declaración de cesión sólo podrá compensarse un crédito contra el deudor cuando la misma fuese posible de conformidad con § 114 punto II para el supuesto de una continuación del

esto es, sin la intervención de los demás acreedores creando ventajas paraticulares para uno o algunos de ellos en perjuicio del resto.

En el caso puntual de Bélgica, la *Loi relative au concordat judiciaire*, mantiene la clásica separación de quiebra para deudores civiles y comerciantes, lo que pone en dudas la unicidad del sistema falencial. El legislador belga vincula estrechamente el plan de saneamiento con el acuerdo para los acreedores, atando su extensión a todos los *créanciers*, a la previa aprobación por parte de la corte¹³¹⁰. En principio, todos los acreedores tienen derecho a recibir igual tratamiento¹³¹¹, siempre y cuando, no existan razones jurídicas para conceder un trato preferente (privilegio o hipotecas), considerando que el privilegio “es un derecho que la calidad de la deuda le da a un acreedor para ser preferido a otras deudas, incluidas las hipotecas” (art. 12, Ley Hipotecaria).

Los acreedores son clasificados en diferentes categorías. Existen acreedores generales (*généralistes*) y acreedores especiales (*séparatistes*) y únicamente en caso de quiebra, los acreedores quirografarios se rigen por la regla de distribución en partes iguales.

En Francia la ley de *Sauvegarde des Entreprises* se estructura –en lo referente al acuerdo– sobre la base de la activa intervención de un conciliador: una especie de negociador y/o arbitro entre el deudor y los acreedores, cuya misión es “favorecer la conclusión de un acuerdo amistoso entre el deudor y sus principales acreedores así como, en su caso, sus contratantes habituales, con el fin de superar las dificultades de la empresa” (art. L.611-7). Podrá, igualmente, presentar cualquier propuesta rela-

procedimiento de insolvencia”. Cfr. DASSO, Ariel A., *Derecho Concursal Comparado*, inédito, ed. Legis, Bs. As., (2009). El artículo me fue facilitado por el autor, previo a su publicación.

¹³¹⁰ Art. 35. “La aprobación de la corte hace que el plan sea vinculante para todos los acreedores, con excepción de ajustes que deban realizarse en el examen de las decisiones sobre los créditos impugnados. El acreedor que no ha declarado su reclamación dentro del plazo establecido se mantendrá al final. Una declaración tardía puede ser sólo tramitada, en la medida en que no entre en conflicto con el plan aprobado. A menos que el plan prevea explícitamente lo contrario, la integridad de él por completo y, finalmente, la liberación del deudor de todas las acreencias contenidas en él. La suspensión de pagos no beneficia a los codeudores y garantes del deudor”.

¹³¹¹ El art. 8 de la Ley de Hipotecas que sustituye Título XVIII del Código Civil belga modificó los arts. 2092 à 2203 que fueron reemplazados por la ley del 16 de diciembre de 1851 y establece que “La propiedad del deudor es la prenda común de sus acreedores, y el precio se distribuye entre ellos por su contribución, a menos que exista entre los acreedores de causa legítima, preferencia.

tiva a la salvaguarda de la empresa, a la continuidad de la actividad económica y al mantenimiento del empleo.

Como en la mayoría de los países que realizaron reformas en los últimos años, el sistema se ordena sobre la base de un plan (*vide* Cap. IV § 4.B) el que no requiere mayoría, ni cláusulas iguales para los acreedores (art. L.626-5 y sigs.), priorizándose la aprobación del plan a la existencia de una posibilidad seria de salvar la empresa (art. L.626-1). Los plazos pueden ser diferentes para los acreedores que prestaron conformidad, de aquél que el juez fije para los que no lo hicieron. Para la aprobación del plan se toma previamente en cuenta, la opinión del comité de acreedores.

En Italia, la *legge falimentare* también se sustenta en un plan, el que se impone como condición *sine qua non* para la admisión del procedimiento de concurso preventivo. La tarea de reestructuración es encargada a un curador (art. 28, LF) quien estará encargado de realizar la formulación de una propuesta de pago a los acreedores.

A diferencia de lo que sucedía con la ley de 1942 en el que se exigía que el deudor ofreciere garantías reales o personales y un pago no inferior al 40% de los créditos quirografarios y la exigencia de contar, por lo menos, con las dos terceras partes de acreedores con derecho a voto. El *nuevo* art. 160 elimina tal exigencia, como así también la necesidad de acompañamiento de garantías de pago para los acreedores quirografarios¹³¹², siguiendo la tendencia a facilitar las soluciones preventivas.

Sin embargo, este criterio no tuvo aceptación pacífica y la doctrina judicial italiana se mostró reacia a aceptar propuestas de quita en las que el crédito de los acreedores quirografarios pudiera quedar reducido a cero, producto de la disminución operada. Así se ha sentenciado que es inadmisibles por ser manifiestamente irrazonable, el arreglo propuesto que prevé un porcentaje de satisfacción de los acreedores no garantizados, sustancialmente insignificante (en este caso 0,03%) no pudiendo calificarse como una oferta de pago parcial¹³¹³, criterio que fuera anticipado

¹³¹² Cfr. DASSO, Ariel A., *Un "nuevo" Derecho Concursal en el Derecho Comparado. En ocasión de la reforma al régimen italiano (2005/2006)*. L.L. 2007-A-957.

¹³¹³ Ha expresado el tribunal de la capital italiana: «E' inammissibile, per manifesta irragionevolezza, la proposta di concordato preventivo che preveda una percentuale di soddisfacimento dei creditori chirografari in misura sostanzialmente irrisoria (nel caso di specie pari allo 0,03%) non potendosi essa qualificare come offerta di pagamento parziale». Tribunale di Roma,

por nuestros tribunales *in re* “Arcángel Maggio S.A.”¹³¹⁴ y “Linea Vanguard S.A.”¹³¹⁵.

La ley de concursos española 22/03 en la “Exposición de Motivos” brinda una semblanza del espíritu que inspirara la reforma a la legislación falimentaria apoyándose en el histórico principio de igualdad de trato de los acreedores. Asimismo, considera que el principio de paridad de tratamiento de los acreedores ha de constituir la regla general del concurso y que sus excepciones han de ser muy contadas y siempre justificadas (Título I y VI, Exposición de Motivos).

Sin embargo, a poco de andar, se advierte que –con diferentes matices– la ley mantiene la clásica clasificación de acreedores privilegiados (especiales y generales) reduciéndolos en número y limitándolos en su cuantía a algunos de los tradicionalmente reconocidos: como los tributarios y los de cuotas de la seguridad social (hasta el 50% de su importe en cada caso) (art. 91 inc. 4º, LCE).

La propuesta que formule el deudor –las clásicas quitas y esperas– se aparta de las modernas tendencias en orden a la eliminación del límite de quita y establece que la reducción respecto de los créditos ordinarios no podrá exceder la mitad del importe de cada uno de ellos, ni la espera ser superior al plazo de cinco años contados desde la firmeza de la resolución judicial que apruebe el convenio (art. 100 inc. 1º, LCE). De esta forma, el sistema hispánico se aparta de la clásica doble mayoría conocida en nuestra legislación concursal de personas y capital (art. 45, LCQ); y admite que la propuesta de convenio para ser aprobada por la junta cuente con el voto favorable de, al menos, la mitad del pasivo ordinario del concurso (art. 124, LCE). Aunque, también admite la aprobación de una propuesta que perfore el límite de quita (art. 100, LCE), cuando la misma consista en el pago íntegro de los créditos ordinarios en plazo no superior a tres años o en el pago inmediato de los créditos ordinarios vencidos con quita

“Elitel Telecom s.p.a.”, 1185/2008, 16/12/08, disponible en la world wide web en <http://www.ilcaso.it/giurisprudenza/archivio/1185.htm> (acceso del 21/11/09).

¹³¹⁴ Cfr. C.S.J.N., “Arcángel Maggio S.A. s/concurso preventivo s/incidente de impugnación al acuerdo preventivo” (A.2495.XL-R.H.), E.D. 222-398 (2007).

¹³¹⁵ Cfr. CNCom., sala C, “Linea Vanguard S.A.”, L.L., 2002-A-394; sala B, “Covello, Francisca M. s/quiebra”, L.L. 1997-E-244, con nota de Guillermo Emilio RIBICHINI, D.J. 1997-3-753.

inferior al 20%, siendo suficiente el voto de una porción del pasivo ordinario superior a la que vote en contra (art. 124, segundo párrafo, LCE).

La liquidación del activo se distribuye en proporción a la naturaleza y privilegio de los créditos contra la masa (art. 154 y sig., LCE), siguiendo un orden de prelación preferente, que no es muy diferente al previsto en el régimen concursal argentino.

Por otra parte, la *Insolvency Act* inglesa de 1986 permite que el deudor a través de los denominados *company voluntary arrangements* (procedimiento previsto para las personas jurídicas) o el *individual voluntary arrangements* (arreglo voluntario individual) pueda establecer acuerdos formales con sus acreedores proponiéndoles sumas inferiores a las correspondientes a sus créditos nominales, siendo vinculantes para todos aquellos que fueran comunicados, aunque no hubieren prestado conformidad.

La *Insolvency Act* no tiene establecidas provisiones sobre mayorías para obtener la conformidad de los acreedores, lo que sí fue previsto por la *Insolvency Rules 1986* (Reglas de Insolvencia). Así, se encuentra establecido en el art. 1.19 de la Parte 1, que “para obtener la aprobación de cualquier propuesta o modificación, en la reunión de acreedores, debe haber una mayoría de más de tres cuartas partes del valor de los créditos presentes en persona o por delegación de voto sobre la resolución”¹³¹⁶, lo cual resulta indicativo de que se trata de una mayoría agravada (75%) en comparación con el requisito previsto en el art. 45 de la ley 24.522 (2/3 partes del capital computable).

También puede considerarse aprobada una propuesta “si votó a favor más de la mitad de los miembros presentes. El valor de los miembros se determina por referencia al número de votos atribuidos a cada miembro”¹³¹⁷.

Sin embargo, si no hay *voluntary arrangements* y, derechamente, la empresa pasa a liquidación, los acreedores perciben sus créditos en un orden de preferencias simplificado conforme la prelación siguiente: a) titulares de garantías determinadas (*fixed charge*); b) acreedores privilegiados, principalmente, los salarios debidos a los empleados; c) titulares

¹³¹⁶ Art. 1.19. *Requisite majorities (creditors)*. The Insolvency Rules 1986, U.K.

¹³¹⁷ Art. 1.19. *Requisite majorities (creditors)*. The Insolvency Rules 1986, U.K.

de garantías flotantes (*floating charge*); y, por último, acreedores ordinarios.

El régimen de insolvencia inglés no posee disposiciones que exijan el tratamiento igualitario de los acreedores para las propuestas de acuerdo voluntario, aunque mantiene un régimen de equidad para la liquidación de los bienes, a prorrata entre los acreedores del mismo rango.

En EE. UU. rige el *Bankruptcy Code* el que se sustenta en un sistema preventivo-reorganizativo de la insolvencia (*Chapter 11*) tendiente a sanear esencialmente las empresas, sin perjuicio de que también puede ser utilizado por personas individuales.

La Sección 507 del *Chapter V* del mencionado *Code* establece un orden de preferencias de los créditos existentes contra la masa distinguiendo según el tipo de actividad del deudor, las diversas clases de créditos y su cuantía. Sin embargo, en líneas generales, el código de quiebras americano, se estructura sobre la base de un plan dependiendo del sujeto que solicite la protección (liquidación de un corredor de bolsa, liquidación de un corredor que opera con *commodities*, liquidación de un banco de compensaciones, ajuste de deudas de una municipalidad, reestructuración de pasivos en los ferrocarriles, ajuste de deudas de productores agropecuarios y, por último, ajuste de deudas de una persona física con ingresos regulares).

Bajo la óptica del régimen americano para obtener la aprobación de un acuerdo de pagos el *debtor in possession* (deudor que prosigue en posesión de sus bienes) –quien es el único que puede formular propuestas tratando a los acreedores por clases (Sección 1122)– requiere contar con la aprobación de la mayoría de los acreedores, estableciendo un tratamiento igualitario dentro de la clase o categoría (Sección 1123.a.4). La mayoría dentro de la clase está compuesta por las dos terceras partes del capital computable y mayoría simple de acreedores (Sección 1126.c).

En caso de aplicación del *Chapter 7* (liquidación) se aplica la Sección 726 en el orden en que han sido reconocidos los privilegios. Cuando concurren varios créditos privilegiados de una misma categoría, se distribuyen proporcionalmente.

En Colombia rige la ley 1116 del año 2006 por el cual se establece el Régimen de Insolvencia Empresarial, el cual admite el tratamiento de los acreedores por clases (art. 31), pudiendo contar con cinco categorías. Si estuvieren reunidas la conformidades, de por lo menos tres categorías, el

acuerdo se tendrá por aprobado. No obstante ello, si se obtuviere la conformidad del 75% de los acreedores, no se requerirá la aprobación de mayorías en cada una de las categorías.

El acuerdo puede contar con quitas, plazos de gracia y condonaciones pero, para que una propuesta que importe abonar una suma inferior al valor nominal de los créditos sea aprobada, requiere contar con la aprobación del 60% de acreedores correspondientes a la clase que será afectada (art. 33). Si el deudor no presentare el acuerdo de reorganización o el mismo no fuere aprobado, el promotor tendrá un plazo de 30 días para presentar un acuerdo de adjudicación de bienes al que hayan arribado los acreedores del deudor, para lo cual se requiere contar con las mismas mayorías que para la aprobación del acuerdo de reorganización (art. 37).

Como se puede apreciar, en términos generales, los criterios seguidos en la legislación comparada en orden a determinar la conveniencia y la libertad de contenido a los acuerdos sin sometimientos a mayores exigencias, no ha generado el consenso necesario para convalidar propuestas en las que las minorías se vean sometidas a los designios de una mayoría que admitiría cualquier ofrecimiento.

La necesidad de contar con un plan que permita clasificar a los acreedores para ofrecer propuestas diferenciadas, con un recaudo de mayorías superior –en casi todos los casos– a la mitad de los acreedores reconocidos, computados por capital y personas, se presenta como el denominador común en los modernos procesos concursales.

Conforme surge de la reseña efectuada acerca del tratamiento de la igualdad en el derecho comparado, prácticamente, la paridad de trato en todos ellos –si el procedimiento fuere reorganizativo– ha quedado relegada para las hipótesis de propuestas por categorías (dentro de cada una de ellas) y quiebras liquidativas en las que los acreedores de una misma condición (privilegiados o quirografarios) perciben sus créditos a prorrata, entre ellos.

Así, puede concluirse en que existe una tendencia casi generalizada en la legislación extranjera a mirar con disfavor el tratamiento igualitario de los acreedores en situaciones de insolvencia, priorizando en este sentido, otros intereses, como ser: la continuidad de la explotación o el condicionamiento a la existencia previa de un plan de saneamiento.

§ 4. LA IGUALDAD DESDE EL PUNTO DE VISTA CONSTITUCIONAL

Nadie pondría en tela de juicio que la locución “todos los habitantes son iguales ante la ley” (art. 16, C.N.) posee jerarquía constitucional, la cual no requiere un expreso reconocimiento legislativo; se encuentra ínsita en el ordenamiento de cualquier estado de derecho. La igualdad se instala en el ordenamiento jurídico supremo como principio y regla, y a partir de tal recepción, configura un derecho y una garantía¹³¹⁸.

Ahora bien, definir que tipo de justicia es la que sostiene la igualdad de los hombres, nos remite a cuestiones deontológicas que exceden este trabajo pero servirán como guía para fijar la justa medida en que el principio de igualdad se materializa, con alguna vaguedad, en el ordenamiento concursal.

Nuestra Corte Suprema tiene entendido que «el principio de la igualdad de todas las personas ante la ley, según la ciencia y el espíritu de nuestra Constitución, no es otra cosa que el derecho a que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que se concede a otros en iguales circunstancias, de donde se sigue, forzosamente, que la verdadera igualdad consiste en aplicar en los casos ocurrentes la ley según las diferencias constitutivas de ellos y que cualquiera otra inteligencia o acepción de este derecho es contraria a su propia naturaleza e interés social»¹³¹⁹.

La idea de igualdad en el plano constitucional nos remite a dos cuestiones, estrechamente relacionadas: igualdad de trato e igualdad de derechos.

La igualdad fáctica se vincula con los cimientos mismos de nuestra organización política. Así, por ej. cuando la Constitución Nacional en el art. 16 refiere: “La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento: no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza, todos los habitantes son iguales ante la ley”. De allí, que no existen privilegios que puedan esgrimir unos, para gozar de preferencias o ventajas para disputarles a otros.

¹³¹⁸ Cfr. CAYUSO, Susana, *El principio de igualdad en el sistema constitucional argentino*, L.L. 2003-F-1380.

¹³¹⁹ C.S.J.N., Fallos 16:118; 123:106; 124:122.

De otro lado, existe la igualdad de derechos o igualdad ante la ley, el que se incardina en el art. 18 de la Constitución Nacional que prescribe: “ningún habitante puede ser juzgado por comisiones especiales”. Pero esta igualdad legal también se encuentra en las propias leyes, aunque no todas las leyes hacen gala de reconocer tal mandato constitucional (art. 16, C.N.). Si bien todos los ciudadanos somos iguales ante los ojos de la ley (de allí que la justicia: *diké* [su personificación en la mitología griega] es ciega) –por lo que no podremos prevalecernos de privilegio alguno– no todos gozamos de los mismos derechos en forma equivalente, frente a situaciones similares: *v. gr.* todos tenemos derecho de acceder al crédito (igualdad) pero, quien no reúna los requisitos exigidos por la entidad que lo concede, difícilmente pueda obtener uno. Esto no importa desigualdad alguna es, simplemente, equilibrar la balanza entre aquellos que se encuentran en igualdad de condiciones. Distinto sería si la negativa al empréstito se produce, como consecuencia, de ciertos caracteres personales del sujeto.

La igualdad como principio constitucional se relaciona con el resto del ordenamiento jurídico por medio de la adecuación de la norma en base al principio de legalidad, tal lo que sucede cuando la carta magna prescribe: “Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio” (art. 28, C.N.).

El principio de igualdad como valor axiológico no es absoluto y normalmente se encuentra limitado por la razonabilidad con la que debe actuar el legislador en la creación de la norma. De allí, una norma arbitraria es irrazonable si contraría el principio aludido.

La Corte Suprema, ha expresado en este sentido, que «...la garantía de la igualdad ante la ley radica en consagrar un trato legal igualitario a quienes se hayan en una razonable igualdad de circunstancias, por lo que tal garantía no impide que el legislador contemple en forma distinta situaciones que considere diferentes, en tanto dichas distinciones no se formulen con criterios arbitrarios, de indebido favor o desfavor, privilegio o inferioridad personal o de clase o de ilegítima persecución»¹³²⁰.

¹³²⁰ C.S.J.N., “Peralta, Luis A. y otro c. Estado Nacional - Ministerio de Economía - Banco Central”, L.L. 1991-C-158.

Este razonamiento seguido por el máximo tribunal permite distinguir las situaciones que se presentan particularmente en los concursos, en los que concurren diversos sujetos, quienes entre sí no poseen vínculo obligacional alguno¹³²¹; sino aquella relación que emerge entre todos los acreedores que poseen derechos sobre un mismo y único patrimonio.

El problema para el intérprete, frente a este tipo de situaciones estriba en: a) determinar quienes merecen ser considerados acreedores; b) que propiedades, características, condiciones, etc. nos permiten identificarlos para adecuar dicha valoración desde una óptica constitucional y c) si tal identificación nos permite agruparlos y separarlos de tal forma que queden comprendidos dentro de una misma clase, que pueda equipararlos por sus particulares características.

El verdadero desafío es no caer en un supuesto de “discriminación”, donde algunos sean tratados en mejores condiciones; de forma tal, que los sacrificios sean soportados por algunos, en beneficio de otros. Así podría decirse, que existe violación al principio de igualdad, cuando los parámetros de razonabilidad, proporcionalidad y ponderación utilizados para justificar la igualdad o, en su mérito su apartamiento, encuentran basamento suficiente en relación con la naturaleza de personas, cosas o situaciones; o cuando pueda ser tildada de arbitraria.

Para ARISTÓTELES las leyes siempre que estatuyen algo tienen por objeto favorecer el interés general (...), por consiguiente, las leyes son justas siempre que tratan de preservar el bienestar¹³²²; pero este ideario de justicia, requiere precisar dos especies que la integran:

a) una es la justicia distributiva de los honores, de la fortuna y de todas las demás ventajas que pueden alcanzar todos los miembros de la ciudad, porque en la distribución de todas estas cosas puede haber desigualdad. La igualdad es aquí la misma para las personas que para las cosas en que ella se encuentra (...) si las personas no son iguales, no deberán tampoco tener partes iguales. Y, de aquí las disputas y reclamaciones, cuando aspirantes iguales, no tienen partes iguales o cuando no siendo iguales reciben, sin embargo, porciones iguales¹³²³;

¹³²¹ Cfr. VILLANUEVA, Julia, *Privilegios*, ed. Rubinzal – Culzoni, Bs. As., (2004), pág. 16.

¹³²² Cfr. ARISTÓTELES, *Moral, a Nicómaco*, ed. Espasa – Calpe, Madrid, (1978), pág. 171.

¹³²³ Cfr. *idem*, pág. 176.

b) la otra, es la justicia reparadora y represiva, en la que lo justo, de llegar a repartirse las riquezas sociales, se verifica en la relación misma en que estén las partes con que cada uno haya contribuido¹³²⁴.

En resumen, lo justo, es el medio exacto entre cierto provecho y cierta pérdida en las transacciones que no son voluntarias y consiste en que cada uno tenga su parte lo mismo antes que después¹³²⁵. Como decían los romanos: *suum cuique tribuere* (dar a cada uno lo suyo).

La justicia es una virtud y la igualdad es un aspecto de la justicia. No obstante, hay que reconocer que hay desigualdades que se aceptan como justas, o cuanto menos no injustas, de acuerdo a ciertas circunstancias.

§ 5. MOMENTO EN QUE SE EXTERIORIZA

Expresar que la *par condicio creditorum* es un “principio”, se podría decir que es una frase de Perogrullo aceptada por la mayoría de la doctrina nacional¹³²⁶. Pero, como tal, no reparamos en su valor e importancia sino hasta que el mismo se revela ausente. Como señala el juez Foster en “El caso de los exploradores de cavernas”¹³²⁷, refiriéndose a las relaciones del derecho positivo con la coexistencia de los hombres, se trata de

¹³²⁴ Cfr. *idem*, pág. 178.

¹³²⁵ *Idem*, pág. 180.

¹³²⁶ FERNÁNDEZ, Raymundo L., *Fundamentos de la quiebra*, ed. Compañía Impresora Argentina, Bs. As., (1937), pág. 26; CÁMARA, Héctor, *El Concurso Preventivo y la Quiebra*, ed. Depalma, Bs. As., (1990), vol. III-B, pág. 512; QUINTANA FERREYRA, Francisco, *Concursos*, t. I, pág. 764; HEREDIA, Pablo D., *Tratado Exegético de Derecho Concursal*, ed. Ábaco de Rodolfo Depalma, Bs. As., (2000), t. I, pág. 230; MARTORELL, Ernesto Eduardo, *Tratado de Concursos y Quiebras*, ed. Depalma, Bs. As., (1998), t. I, pág. 19; RIVERA, Julio César, *Instituciones de Derecho Concursal*, ed. Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, (1996), t. II, pág. 134 y 140; VÍTOLO, Daniel Roque, *Comentarios a la Ley de Concursos y Quiebras N° 24.522, Doctrina Jurisprudencia Aplicable*, ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, (1996), pág. 327; JUNYENT BAS, Francisco y MOLINA SANDOVAL, Carlos A., *Sistema de Ineficacia Concursal, La retroacción en la quiebra*, ed. Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe (2002), pág. 22, JUNYENT BAS, Francisco y MACAGNO, Ariel G., *La igualdad de trato también rige en el acuerdo preventivo extrajudicial*, E.D. 206-895, entre otros.

¹³²⁷ FULLER, Lon L., *El caso de los exploradores de cavernas*, ed. LexisNexis, pág. 20. Agrega el autor en la célebre obra que: «Cualesquiera sean los objetivos que persigan las distintas ramas de nuestro derecho resulta claro a la reflexión que todas ellas están encaminadas hacia la finalidad de facilitar y mejorar la coexistencia de los hombres y regular en forma razonable y equitativa las relaciones de su vida en común».

un principio tan obvio y omnipresente que: “como el aire que respiramos, está en nuestras circunstancias de manera tal, que nos olvidamos que existe hasta que, de repente, nos vemos privados de él”.

FULLER proporciona ciertos elementos que permiten explicar su postura, en lo que se puede llamar: la moral interna del derecho; sin estos principios, que persiguen un fin teleológico, no resulta admisible sistema jurídico alguno¹³²⁸.

Ahora bien, cuando el deudor se encuentra *in bonis* nadie vacila en que la forma típica de exigir el cumplimiento de la obligación se endereza en la ejecución de la promesa incumplida a través de la realización de sus bienes. Pero, mientras el deudor se encuentre en condiciones de cumplir sus compromisos, aunque sea irregularmente, rige la máxima *pacta sunt servanda*, y el *debitor* debe satisfacer el interés de los acreedores, bajo apercibimiento de la realización de los bienes de aquél (art. 505, Cód. Civ.).

Aunque los acreedores en el afán de percibir sus acreencias se vieran tentados a embargar los bienes del deudor en cumplimiento de la máxima: *prior in tempore, potior in iure* –como expresara MAFFÍA¹³²⁹– de todas formas cobra antes, el que llega primero. Pero sucede que, muchas veces, a pesar de ser primer acreedor embargante; o bien la cosa sobre la cual recae el embargo no es suficiente para atender el crédito o en su defecto, existen otros acreedores privilegiados (con garantía real), que postergan los derechos del acreedor en sus pretensiones de cobro. Ante tal situación, el deudor se plantea dos disyuntivas: a) conseguir fondos para hacer frente a todas sus deudas, para lo cual, tenga tal vez que recurrir a crédito caro (si es que puede hacerlo); o bien, b) solicitar la apertura de un proceso colectivo, por encontrarse en cesación de pagos.

Entonces, debe formularse el interrogante: ¿en que momento debe admitirse la existencia de la igualdad como exteriorización de un precepto constitucional con base legal (ley 24.522, Adla, LV-D-4381)? No cabe

¹³²⁸ Cfr. PORTELA, Jorge Guillermo, *Aforismos y principios jurídicos*, elDial.com - DC231. Menciona, asimismo, el autor, que el pensamiento de FULLER puede sintetizarse en tres ideas conceptuales: a) ciertos principios se hallan implícitos en el concepto de derecho; b) estos principios constituyen una moral; c) el derecho cumpliría más su cometido cuanto menos sean violados estos principios.

¹³²⁹ MAFFÍA, Osvaldo J., “*Prior in tempore*” versus “*Par conditio*”, L.L. 1996-D-1609.

dudas, que tal instante se manifiesta a partir de la presentación concursal y su posterior declaración judicial (art. 14, LCQ), al producirse la adecuación de la norma al caso y someter a todos los acreedores a un mismo procedimiento, impidiendo que cada uno quede en una posición tal, que le permita seguir acciones tendientes a agredir el patrimonio del *cessatus*, sin pasar por el filtro del proceso concursal.

De allí que el derecho concursal –como instituto que atiende la insolvencia o incapacidad de pago para atender a todos los acreedores con los bienes de que dispone el deudor– por un lado, regula la relación del deudor con los acreedores impidiendo que el primero otorgue ventajas a unos en perjuicio de otros (art. 16, LCQ). Es que, cuando el deudor se encuentra en cesación de pagos, la suerte de cada una de sus obligaciones pasa a interesar a todos sus acreedores. Y ello es lógico todos poseen un mismo denominador común: la misma garantía de cobro (el patrimonio del deudor), con lo que, por ejemplo, cualquier pago efectuado en esas condiciones, además de alterar la igualdad entre ellos al relevar al *accipiens* del sacrificio proporcional que debió soportar, disminuye aquella garantía común, en desmedro del conjunto¹³³⁰. Y, por otro lado, establece una suerte de línea imaginaria sobre la cual ninguno de los acreedores podría obtener mayores ventajas que otro, encontrándose todos en un pie de igualdad.

De esta forma, la *par condicio creditorum* –apogema utilizado desde antaño– se convirtió en el ideal de soluciones pergeñadas para el deudor concursado ya que los créditos serían abonados de acuerdo a la capacidad patrimonial del deudor: *v. gr.* a prorrata.

Así, podría aceptarse que toda la construcción del derecho falimentario giró alrededor de este principio –aunque debe reconocerse que su fuerza se ha visto notoriamente menguada en los últimos tiempos¹³³¹–, en el que la igualdad de trato permitió arribar al mayor de los consensos entre los que de un lado querían cobrar y, del otro, el que era incapaz de cumplir con los “pactos asumidos” con la totalidad de los bienes que disponía.

¹³³⁰ Cfr. HEREDIA, *op. cit.*, t. I, pág. 230.

¹³³¹ Cfr. MARTORELL, *op. cit.*, t. I, pág. 252.

Cuando se produce la liquidación de los bienes que integran el patrimonio, las relaciones de todos los acreedores son tratadas en estrecha correspondencia con todos los bienes poseídos por el deudor en crisis en función del principio de la distribución igualitaria de las pérdidas, denominado: *par condicio creditorum*¹³³²; pero, tal razonamiento, no goza de la misma prédica cuando la empresa se encuentra concursada o existe continuación de la explotación de la empresa en quiebra (art. 190 LCQ), hipótesis en la que entran a jugar, otros intereses.

Mientras los procedimientos concursales fueron exclusivamente liquidativos, no existían mayores reparos en orden a la prioridad de la igualdad que debía existir entre los *accipiens* y su aceptación como principio ya que, precisamente, liquidar para repartir en forma proporcional e igualitaria y a prorrata (art. 218, LCQ), era la última *ratio* del procedimiento. El problema nació con el concurso preventivo, la aparición de los privilegios, la continuación de la explotación de la empresa en quiebra, la cooperativa de trabajo y las distintas formas adoptadas para mantener viva la hacienda. A partir de ese momento y el interés en la conservación de la hacienda se produjeron las mayores tensiones entre principios que obligan a repensar acerca de la utilidad y eficacia del “principio de igualdad” dentro del trámite concursal como, asimismo, su valor axiológico.

§ 6. JUSTICIA E IGUALDAD. QUID DE LOS PRIVILEGIOS CONCURSALES

Para la doctrina italiana –aquella de la cual se han tomado muchos conceptos de la quiebra– no existe consenso generalizado acerca de la admisión del principio de igualdad. Así, CANDIAN¹³³³ sugiere algunos principios de la quiebra como: oficiosidad, universalidad, unicidad y la pluralidad de acreedores, sin hacer referencia a la igualdad. De otro lado, PROVINCIALI admite entre las notas esenciales de los procedimientos concursales la universalidad, colectividad e igualdad¹³³⁴, aunque desde otro

¹³³² *Idem*, pág. 19.

¹³³³ CANDIAN, Aurelio, *Il proceso di fallimento*, (2ª edición), ed. Cedam, Padova, (1939), pág. 7.

¹³³⁴ PROVINCIALI, Renzo, *Trattato di diritto fallimentare*, Giuffrè, Milano, (1974), t. I, pág. 102.

sector se ha afirmado que la *par condicio* es la máxima garantía del derecho de los acreedores¹³³⁵ frente a un sujeto *in malis*.

Estas posiciones disímiles tienen relación con la existencia de los privilegios concursales que, en cierta forma, poseen la fuerza necesaria como para atenuar la *par condicio*.

Como es sabido, el “principio de igualdad” admite excepciones, otorgándose prioridades, las que en el proceso concursal son denominadas: privilegios. Éstos, no se otorgan de favor como una prerrogativa concedida a tal o cual de los créditos en pugna, sino por un afinado y hondo sentido de justicia, por medio del cual se pretende dar mayor satisfacción a algunos frente a otros¹³³⁶.

Existen distintas clases de privilegios: los regulados por el Código Civil, el Código de Comercio, el Código Aduanero, el Código Aeronáutico, el Código de Minería y los previstos por leyes especiales: Ley de Concursos, Ley de Entidades Financieras, etc. aunque existiendo concurso preventivo se aplican las disposiciones de la ley 24.522 con exclusión de cualquier otro régimen (art. 239, primera parte, LCQ).

Los privilegios son otorgados en razón de la naturaleza del crédito y no en razón del sujeto beneficiado con su reconocimiento. Afirmaba CÁMARA en tiempos de la ley 19.551 que debe terminarse con un régimen anárquico y contradictorio. El acreedor hipotecario, el prendario, el locador, el arrendatario (art. 3883, Cód. Civ.) gozan de la misma protección legal en supuesto del deudor *in bonis*, más no si el mismo se encuentra *in malis*. Antes bien, deberían gozar de idéntica protección legal ya que la relación creditoria es siempre la misma¹³³⁷.

Esto nos permite advertir –al igual que CÁMARA– el doble tratamiento que existe respecto de los privilegios: el que ofrece el código civil y el regulado por la propia ley concursal. En tal sentido proponía el maestro cordobés «la imperiosa necesidad de terminar con el doble régimen de privilegios y retornar al Código de Comercio de 1862, que disciplinó uni-

¹³³⁵ GRASSO, Eduardo, *Perspectivas de reforma de la ley de quiebras. Aspectos procesales* (trad. de Osvaldo J. Maffía), RDCO, Año 16 (1983), pág. 202.

¹³³⁶ Cfr. CÁMARA, *op. cit.*, vol. III-B, pág. 512.

¹³³⁷ Cfr. *idem*, vol. III-B, pág. 516, nota 78.

tariamente el tema, ya que no existía el Código Civil»¹³³⁸, por aquellos tiempos.

Fue la ley 22.917 (Adla, XLIII-D-3771), la que unificó los concursos civiles y comerciales. No obstante ello, la duplicidad legislativa se mantuvo, no ya entre los privilegios civiles y comerciales sino, entre privilegios concursales y no concursales, lo cual carece de justificativo alguno¹³³⁹. El concurso preventivo posee un mecanismo único, por medio del cual los acreedores titulares de crédito que tienen algún reconocimiento para ser pagados con preferencia a otro, logran hacer efectiva la pretensión a través del mecanismo allí establecido.

Más allá de las precisiones apuntadas, los privilegios –únicamente– pueden ser creados por ley (art. 3876, Cód. Civ.) y, sea por virtud de la legislación común o por la ley especial (ley 24.522), el legislador a elaborado, en caso de concurso de acreedores, un régimen específico de privilegios en el que el patrimonio del deudor –respecto de éstos (los acreedores privilegiados)– no representa la garantía común para todos los *accipiens*: quirografarios; dado que el legislador habilita a ciertos acreedores a percibir el cobro de su acreencia en forma anticipada con el producido de ciertos bienes, lo cual beneficiará al resto siempre que exista algún remanente¹³⁴⁰.

De esta forma, el acreedor privilegiado (hipotecario o prendario) goza de la prerrogativa de realizar la *res* y una vez liquidado el bien, cobrarse íntegramente su acreencia. Si quedare algún sobrante, recién éste pasará a integrar el activo líquido repartible en ocasión de presentarse el proyecto de distribución final (art. 218 *in fine*, LCQ).

Los privilegios no solamente gozan de la garantía de ser preferidos en el cobro, también se complacen en poseer el beneficio de ser preferidos en el tiempo (art. 21 inc. 1º, 126 y 209, LCQ); a lo que cabe agregar, el beneficio que respecto de éstos (hipotecarios y prendarios) gozan, al no aplicarse las demás disposiciones sobre suspensión del curso de los intereses (art. 19, LCQ).

¹³³⁸ *Idem*, pág. 514.

¹³³⁹ Cfr. *idem*, pág. 519.

¹³⁴⁰ Cfr. VILLANUEVA, *op. cit.*, pág. 19.

Amén de las precisiones efectuadas en relación a los acreedores con garantía real, debe hacerse alguna referencia a los acreedores laborales, los cuales gozan de privilegio especial o general (art. 241 inc. 2º o 246 inc. 1º), los que también poseen un tratamiento especial, al permitirles el legislador percibir sus créditos en “violación” a la prohibición del art. 16 primera parte de la ley 24.522, por lo que también podría decirse a este respecto, que la ley peca de efectuar un tratamiento desigual entre aquellos acreedores cuya relación contractual se originó en un contrato laboral (art. 21 LCT) de aquellos otros cuya vinculación se halla en un contrato de naturaleza civil (art. 1137, Cód. Civ.).

Sin embargo, estos acreedores: los laborales, presentarían alguna desventaja en relación a los hipotecarios o prendarios, por cuanto –respecto de éstos– los intereses se suspenden, salvo en el caso de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, donde se aplica el plenario “Club Excursionistas”¹³⁴¹, que reitera la doctrina sentada en “Seidman y Bonder S.C.A.”, criterio que fuera seguido por alguna doctrina judicial¹³⁴². No obstante, algunos precedentes se apartan, expresamente, de este criterio, argumentando que la suspensión de los intereses desde la presentación en concurso preventivo no rige respecto de las acreencias de origen laboral, en virtud de la genérica disposición establecida en el art. 19 de la ley de concursos y quiebras, la cual debe ser empleada sin hacer distinciones (*ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*) ni excepciones, salvo que medie un cuestionamiento de su valor constitucional por estar en juego la lesión de algún derecho o garantía, expresamente tutelado¹³⁴³.

En el caso de los acreedores laborales, la ley concursal (art. 16, segundo párrafo y art. 183, LCQ) autoriza al juez a eludir la prohibición y abonar los créditos nacidos de la relación laboral y que son adeudados por el deudor, por medio del instituto del pronto pago, lo cual encuentra

¹³⁴¹ En dicho plenario se advierte un cierto avance en la interpretación de la ley desde que el mismo ratifica la doctrina plenaria fijada *in re* “Seidman y Bonder S.C.A.” en virtud de la cual la suspensión de los intereses desde la presentación en concurso no rige respecto de las acreencias de origen laboral. CNCom., sala en pleno, 28/06/2006, “Club Atlético Excursionistas s/incidente de revisión promovido por Vitale, Oscar Sergio”, E.D. 218-415.

¹³⁴² S.T.J. de la Provincia de Entre Ríos, “Jacobi, Roberto Emilio c. Sagemuller S.A.”, LLLitoral 2009 (mayo), 404.

¹³⁴³ Cfr. S.C.J. de la Provincia de Mendoza, sala II, “Soc. Española de Socorros Mutuos de Mendoza”, 10/04/2008, laleyonline.

fundamento en razones de justicia social, constituyendo una excepción frente al principio concursal de la *par condicio creditorum*, en razón de la naturaleza alimentaria de los mismos¹³⁴⁴.

El reconocimiento del privilegio de los créditos laborales, lejos está de desvirtuar el régimen concursal; por el contrario, lo confirma, al dar a los privilegios sus efectos plenos, evitando que desaparezcan en la práctica como consecuencia de la depreciación¹³⁴⁵.

Como expresaba MAFFÍA hace ya un tiempo atrás, «los acreedores *in genere* ya no son iguales; apenas si la *par condicio* mantiene la última resistencia en el bastión del reducido paso de las Termópilas de alguna “clase” o “categoría”»¹³⁴⁶. Y esto es así, a punto tal, que ni siquiera *Insol International* –organismo que trabaja en cooperación con la UNCI-TRAL–, reconoce a la igualdad como un principio dentro de los ocho que describe en su informe¹³⁴⁷.

Tal como ha sido reconocido por la judicatura, el principio de igualdad ante la ley no se vulnera cuando el legislador da trato disímil a situaciones que considera diferentes, salvo que las razones que fundan tal distinción resulten arbitrarias (art. 16, C.N). Frente al concurso del deudor, la inconstitucionalidad va a estar dada, entonces, no por el trato desigual sino a mérito de la irrazonabilidad de la distinción, lo cual aparece como

¹³⁴⁴ Cfr. Ha expresado en este resolutorio la Cámara Rosarina que «la expresión “pronto pago” designa la facultad del juez para autorizar la rápida cancelación de los créditos laborales, facultad que constituye una excepción, claramente protectoria para el trabajador, frente al principio concursal de la *par condicio creditorum*. Los créditos laborales tienen naturaleza alimentaria, pues constituyen el medio de sustento del trabajador, razón por la cual –tanto en la ley alimentaria nacional como en la comparada– han sido tradicionalmente tratados con marcado favor, asignándoles categoría de créditos privilegiados. Cám.ApelCiv.yCom. Rosario, sala III, “Cooperativa Gremial Coop. de Seguros Ltda.”, LLLitoral 2002, 271 – L.L. 2002-B-651.

¹³⁴⁵ Cfr. C.S.J.N, *in re* “Textil Bernalesa S.R.L.”, elDial.com - AA1F73, 02/04/1985.

¹³⁴⁶ MAFFÍA, “*Prior in tempore...*”, *op. cit.* pág. 1609.

¹³⁴⁷ El organismo reconoce los siguientes principios 1) Cooperación entre *creditors*; 2) Abstención de iniciación de acciones para cobro de créditos; 3) Impedimento para el deudor de actos que puedan perjudicar a sus acreedores; 4) Coordinación de procedimientos de los acreedores mediante designación de comités; 5) El deudor debe proporcionar accesibilidad a su información financiera y económica; 6) Las propuestas deben adaptarse conforme el derecho aplicable; 7) La información disponible debe ser analizada en forma confidencial; y, 8) Los recursos financieros destinados a la continuidad de la empresa durante el tiempo de espera, deben gozar de un privilegio preferencial en el cobro. Disponible en la *world wide web* en <http://www.insol.org/pdf/Lenders.pdf>, acceso del 03/08/09).

inexistente frente a la presencia de acreedores laborales, quienes – normalmente– se encuentran en inferioridad de condiciones de negociación con el deudor en comparación con el resto de los acreedores¹³⁴⁸.

En los incidentes de pronto pago de los créditos de naturaleza laboral, rigen las reglas del *favor operarii* o *indubio pro operarii*, que gozan de jerarquía constitucional, con la exclusividad de su aplicación en los casos de dudas con respecto a la interpretación de la ley. Dada la realidad en la que se encuentran sumergidos los trabajadores, cada vez que se decreta la quiebra o el concurso de una empresa –lo que se traduce desde la óptica laboral en la modificación de las mismas condiciones del contrato de trabajo que hasta el momento se tenían o bien a la desaparición de la propia fuente de trabajo–, encontrándose comprometido el orden público laboral, existe una tutela social para que los acreedores laborales cobren antes del tiempo del concordato concursal o del proyecto de distribución final¹³⁴⁹.

Analizando el tema con objetividad, lo real es que los acreedores –maximizados en su lucha por obtener la mejor propuesta– sean privilegiados o no, llegado el momento de la votación o del cobro, no reparan un ápice en este principio, por lo que serán en todo caso el “orden público” o el “interés general”¹³⁵⁰, los verdaderos destinatarios de esta protección, impidiendo que el deudor conceda ventajas a quien no las tenía o creando beneficios a espaldas del ordenamiento.

Coligiendo, sería conveniente revisar la unificación de los privilegios como una forma de brindar seguridad jurídica e identidad de trato a sujetos que se encuentran en igualdad de situaciones: aquellos que celebraron un contrato con el deudor *in bonis* y persiguen su cobro, y aque-

¹³⁴⁸ Cfr. CamCivyCom. Lomas de Zamora (Bs. As.), sala I, “Asociación Médica de Lomas de Zamora s/concurso preventivo, incidente de pronto pago promov. por: Pérez, Luzuriaga Silvia”, elDial.com - AA532B, 24/04/2009.

¹³⁴⁹ «Ver art. 14 bis de la C.N.; art. 37 de la “Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre”, art. 24 de la “Declaración Universal de los Derechos Humanos”, art. 7 del “Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, art. 8 del “Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”; art. 39 de la Const. Pcia. Bs. As., art. 138, 139, 140 y 142 de la ley 20.744)». CamCivyCom. Lomas de Zamora, sala I, “Asociación Médica de Lomas de Zamora s/concurso preventivo, incidente de pronto pago promov. por: Pérez, Luzuriaga Silvia”, elDial.com - AA532B, 24/04/2009.

¹³⁵⁰ Cfr. MARTORELL, *op. cit.*, t. I, pág. 254.

llos que concertaron un acuerdo de similares características con el deudor *–ex post–* concursado.

§ 7. LA PAR CONDICIO CREDITORUM EN LA PRAXIS

Tal como se mencionara párrafos arriba, la verdadera expresión dimensional de la “igual condición de los acreedores” se encuentra en la quiebra, cuando el líquido obtenido de la realización de bienes del deudor se procede a repartir entre los acreedores a prorrata. Pero, esta magnificación del principio de igualdad en la quiebra, no significa que el mismo no esté presente en el trámite del preventivo; lo que sucede es que tiene otra entidad, porque el mismo concurre *pari passu* con otros *principles* del ordenamiento, tales como: orden público, interés general o conservación de la empresa.

Empero, existen ciertas situaciones normativas en las que la igualdad de los acreedores pareciera revitalizar con todo su vigor, aunque también hay otras en las que debería analizarse su razonabilidad, al contener una solución arbitraria. Existen algunos supuestos que merecen especial análisis:

7.a) Situación de los acreedores por causa o título anterior a la presentación concursal

Tal como lo establece el art. 16 de la normativa concursal, el deudor “no puede realizar actos a título gratuito o que importen alterar la situación de los acreedores por causa o título anterior a la presentación”.

La *par condicio creditorum* funciona como una suerte de sistema conciliador que impide que el deudor realice actos u otorgue ventajas que pudieran modificar o alterar la situación de los *creditors* por causa o título anterior a la presentación en concurso preventivo. Esta prohibición (de hacer pagos el fallido) halla su correlato, en lo que en idéntico sentido dispone el Código Civil en cuanto prevé que “el pago no puede hacerse a persona impedida de administrar sus bienes” (art. 734). La índole de ac-

tos prohibidos por esta norma (art. 16 y 17, LCQ) no son sino aquellos capaces de afectar el *ius par creditorum*¹³⁵¹.

Pero esta conducta esperable por parte del deudor a mérito de la solicitud concursal, no es una mera expresión de deseos de la ley, ya que el art. 17 en concordancia con lo que prescribe el art. 118 (para el caso de quiebra), fulmina con la ineficacia los actos realizados en violación a tal dispositivo¹³⁵². De esta forma, la ley contiene un postulado moralizador de la conducta del concursado y, a la misma vez, sancionatorio para el caso de que tal directiva sea quebrantada. Este sistema de nivelación permite que todos queden en situación *status quo* hasta que, en última instancia, sea el juez quien disponga la forma en que el crédito será satisfecho, evitando que algunos logren ventajas o tomen ganancias, de las que sus pares no gozan. Pero es sabido que este principio –también llamado de igualdad– coexiste con otro más fuerte y que le da mayor dinamismo, esto es, el de universalidad que potencia la indemnidad del patrimonio. Esto es que el patrimonio del deudor debe permanecer inmutable desde la presentación de la convocatoria¹³⁵³.

Más allá de estas precisiones, la paridad también se da en aquellas obligaciones nacidas en una relación contractual anterior a la presentación, cuyo título de cobro se materializaría con posterioridad a la apertura del proceso concursal. En tal supuesto y, frente a una posible modificación de la invariabilidad de la situación de los acreedores anteriores a la presentación, corresponde hacer lugar a la solicitud del concursado tendiente a evitar el pago de cheques de pago diferido que fueron librados antes de su convocatoria, pues tal medida tiende, en principio, a preservar no sólo la igualdad de los acreedores, sino también a impedir que se en-

¹³⁵¹ Cfr. CApel.Civ. y Com. Rosario, sala II, “Laromet S. A., s/conc. prev.”, LLLitoral 1999, 1007, con nota de Adolfo A. N. ROUILLON, 12/08/1999.

¹³⁵² Cfr. CNCom., sala A, “Industria Metalúrgica Plástica Argentina Cooperativa Ltda. s/Quiebra - Incidente de ineficacia concursal promov. por Casa Julia S.A.”, Lexis n.º 70052188, 13/02/2009. En este resolutorio, la Cámara capitalina sentenció: «toda vez que el pago efectuado por la incidentista fue realizado con posterioridad al dictado del decreto de quiebra y consiguiente desapoderamiento, corresponde declararlo ineficaz, ya que el conocimiento del inicio del proceso colectivo se presume "iuris et de iure" a partir del día siguiente a la última publicación de edictos».

¹³⁵³ Cfr. FERNÁNDEZ MADRID, J. C., *Código de Comercio Comentado*, ed. Errepar, (2000), t. III, pág. 1926.

torpezca la explotación de la empresa que es dable resguardar en beneficio común de aquéllos¹³⁵⁴.

Sin embargo, debe mencionarse que a pesar de que los efectos de la protección se exteriorizan a partir de la presentación concursal, no debe entenderse que el mismo no posea efectos retroactivos, dado que el sistema de ineficacia y revocatoria concursal se sostiene en el principio de igualdad y habilita, no solo a la declaración de nulidad del acto realizado en perjuicio de los demás acreedores (arts. 118 inc. 2º y 119, LCQ) sino también, a solicitar la nulidad del acuerdo homologado en violación a esta disposición (art. 60 *in fine*, LCQ).

Sintetizando, todos los acreedores –de causa o título anterior a la presentación (art. 32, LCQ)– quedan sometidos a las disposiciones de la ley concursal y este precepto importa una igualación a la fecha de presentación de todos los *accipiens*, independientemente de su condición: quirografario o privilegiado.

7.b) Posición del cocontratante *in bonis*

El art. 20 de la ley de concursos establece que “el deudor puede continuar con el cumplimiento de los contratos en curso de ejecución, cuando hubiere prestaciones recíprocas pendientes”. Para ello, debe requerir autorización judicial. “La continuación del contrato autoriza al cocontratante a exigir el cumplimiento de las prestaciones adeudadas a la fecha de presentación en concurso bajo apercibimiento de resolución...”. Sin embargo, las prestaciones que el tercero cumpla con motivo de la continuación del convenio y que sean posteriores a la presentación en concurso preventivo gozan del privilegio establecido en el art. 240. Si bien es cierto que este modo de tratar al tercero cocontratante, podría inducir a especular sobre la existencia de un súper-privilegio a quien no poseía ninguno antes de la presentación concursal, ello, no es tan así.

El tercero, por un lado, está forzado a mantener la relación contractual (si así le fuere comunicado en el plazo de 30 días de abierto el concurso) y, por otro, se somete a un alea que surge de valorar la convenien-

¹³⁵⁴ Cfr. CNCom., sala A, “Talleres Maestra Rodríguez S.A. s/conc. prev. s/inc. de piezas por separado”, L.L. 2001-D-200 - DJ, 2001-2-546.

cia de continuar con un contrato que puede serle deficitario por falta de pago, aunque el reconocimiento de su acreencia goce del privilegio del art. 240 de la ley falimentaria (gastos de conservación y de justicia).

Debe tenerse presente que los acreedores posteriores a la presentación concursal no quedan sometidos a los efectos del concurso y pueden, en cualquier momento, requerir la declaración de quiebra del deudor. Claro está que de este beneficio, no podrá gozar el cocontrante del acuerdo continuado. A *contrario sensu*, el tercero (acreedor) del deudor, queda ligado con quien se encuentra –dicho sea de paso– en cesación de pagos debiendo, eventualmente, tener que verificar sus acreencias anteriores a la presentación y sujeto a la posibilidad de que se produzca un nuevo incumplimiento, eso sí, con la posibilidad de percibir su acreencia con los beneficios del art. 240 de la normativa falimentaria, quién sabe cuando.

La continuación del contrato con prestaciones recíprocas pendientes potencia la continuidad de la explotación de la empresa en beneficio de todos los acreedores y esta situación no puede considerarse perjudicial para el resto, desde que la igualdad de todos está dada en éste supuesto, por el acrecentamiento de los activos y prosecución de la producción de la hacienda. Una empresa en marcha, no posee el mismo valor que una discontinuada.

7.c) Deudas en moneda extranjera

Una sin razón de la ley concursal es establecer un criterio diferenciado para los acreedores que convinieron el pago de su crédito en moneda extranjera en relación a los que lo hicieron en moneda de curso legal en el país, lo cual representa un escollo y altera la *par condicio* en relación a los acreedores que deben cobrar en moneda nacional. Tal como se desprende del art. 19 *in fine* de la ley 24.522: “Las deudas en moneda extranjera se calculan en moneda de curso legal, a la fecha de la presentación del informe del síndico previsto en el artículo 35, al solo efecto del cómputo del pasivo y de las mayorías”.

Esto no significa que dichas deudas sean canceladas en moneda de curso legal, sino que, simplemente, son convertidas en pesos al día del informe del síndico, a sus efectos: evaluación del cómputo del pasivo y de

las mayorías para alcanzar el acuerdo. La conversión es, en consecuencia, meramente provisional¹³⁵⁵.

En épocas de convertibilidad del austral y de las obligaciones (ley 23.928, Edla, 1991-114), tal criterio podría aceptarse dado el cambio de política legislativa –que también obedecía a un cambio en la realidad económica y social del país y en el valor estable de la moneda¹³⁵⁶– que permitía mantener un tipo de cambio invariable.

Pero, este dispositivo debería ser modificado, sobre todo en épocas como las actuales, en que las variaciones cambiarias producto de la depreciación de nuestra moneda, desnaturaliza la igualdad de los acreedores, ya no solo durante el concurso sino *ex post* cuando el deudor deba cumplir con el pago de la cuota concordataria correspondiente.

Este precepto genera una evidente desigualdad, ya que en caso de existir acuerdo preventivo, el acreedor cuya acreencia se encuentra pactada en dólares, euros, etc. se beneficiará con los eventuales incrementos que sufra la misma por depreciación de la moneda local, lo cual representa una evidente arbitrariedad, entre los que cobran las cuotas concordatarias en moneda local y los que lo hacen en moneda extranjera en ocasión de tornarse exigible cada pago.

Evidentemente, violenta el orden público concursal una disposición como la examinada; si los acreedores cuyo crédito es exigible en moneda de curso legal deben soportar, no solamente el término de duración del proceso concursal sino que deben sobrellevar la quita a la que los someta el deudor –con los límites fijados por la C.S.J.N. en el precedente Arcángel Maggio S.A.¹³⁵⁷– y el plazo de espera para el cumplimiento del acuerdo –aunque con el criterio fijado por la Cámara Nacional Comercial en “Linea Vanguard”¹³⁵⁸– a lo que se suma un condimento más: las alteraciones a las que se ve sometido el acreedor a consecuencia de las reglas

¹³⁵⁵ CNCom., sala C, 17/09/1976, “Lital S.A.”, L.L. 1977-B-183; íd. sala B, 08/08/1977, “Red Caminera Argentina S.A.”, L.L. 1979-A-581, sum. 3588.

¹³⁵⁶ Cfr. VÍTOLO, Daniel Roque, *Un incomprensible avance judicial en materia legislativa*, E.D. 218-425 (2006).

¹³⁵⁷ C.S.J.N., “Arcángel Maggio S.A. s/concurso preventivo s/incidente de impugnación al acuerdo preventivo” (A.2495.XL-R.H.), E.D. 222-398 (2007).

¹³⁵⁸ CNCom., sala C, “Linea Vanguard S.A.”, L.L., 2002-A-394; CNCom., sala B, “Covello, Francisca M. s/quiebra”, L.L. 1997-E-244, con nota de Guillermo Emilio RIBICHINI, D.J. 1997-3-753.

sobre privilegios o, sencillamente, por no tener la suerte de integrar las mayorías¹³⁵⁹, lograr una ventaja competitiva más en relación al resto de los *accipiens*, al lograr la reexpresión de su crédito al momento del pago, pareciera no coincidir con los principios del ordenamiento.

Sin perjuicio de ello, en tiempos de crisis económica, se ha entendido que en el supuesto de que el pago de las cuotas concordatarias debiera efectuarse sobre créditos en moneda extranjera en deudas originadas antes de la ley 25.561 «...el valor de cada una de las cuotas establecidas en el acuerdo homologado será la suma que resulte de calcularla a la paridad un dólar igual un peso, con más el 50% de la diferencia existente entre esa paridad y el valor del dólar estadounidense en el mercado libre de cambios a la fecha correspondiente al vencimiento de cada una de ellas»¹³⁶⁰, recurriendo al criterio del esfuerzo compartido.

En este último supuesto, se advierte que ha prevalecido la equidad, por cuanto el apartamiento a una norma sustentado en el esfuerzo compartido conduce a adoptar soluciones intermedias y, tal hermenéutica interpretativa, no puede alterar el principio de igualdad, en cuanto impone que todos los acreedores se encuentren en idénticas condiciones de participación y de cobro.

7.d) Los intereses y el CER (Coeficiente de Estabilización de Referencia)

Sin perjuicio de lo expresado acerca de la suspensión de intereses a partir de la presentación concursal y las estimaciones que sobre éstos se efectuará en el Capítulo IX § 13.A, resulta oportuno efectuar algunas precisiones en relación al CER (Coeficiente de Estabilización de Referencia), y su aplicación en los concursos en relación a la igualdad.

Con el objeto de recomponer las relaciones crediticias entre diversos sujetos que contrataron en moneda extranjera, el Congreso Nacional san-

¹³⁵⁹ Cfr. MARTORELL, *op. cit.*, t. I, pág. 260.

¹³⁶⁰ CNCom., sala C, “Incidente de verificación de crédito por Sanwey Industria de Containers Ltda. c. Electrometalúrgica Andina S.A.I.C. s/Concurso Preventivo s/Incidente de verificación de crédito, ED Digital, 05/12/2008, n.º 20813.

cionó la ley 25.561 a los fines de restablecer el orden económico, lo que fue convalidado por la Corte Nacional¹³⁶¹.

Conforme el art. 11 de la ley 25.561: “las obligaciones de dar sumas de dinero existentes al 6 de enero de 2002, expresadas en dólares estadounidenses u otra moneda extranjera, no vinculadas al sistema financiero, cualquiera sea su origen o naturaleza, haya o no mora del deudor, se convertirán a razón de 1 U\$S = 1 \$, o su equivalente en otra moneda extranjera, resultando aplicable la normativa vigente en cuanto al Coeficiente de Estabilización de Referencia (CER) o el Coeficiente de Variación de Salarios (CVS), o el que en el futuro los reemplace, según sea el caso”.

Huelga señalar que el CER –conforme lo ha entendido la prestigiosa Cámara Comercial– no es más que la expresión actualizada del capital reconocido, cuyo fin es recomponer razonablemente una deuda de dinero, que se ha visto sujeta a la devaluación operada respecto del signo monetario. En este marco, el capital ajustado no pierde su naturaleza ni varía su calidad de tal¹³⁶².

Teniendo en cuenta que la depreciación monetaria y la variación del cambio de moneda en las relaciones contractuales imponían un reajuste equitativo de las prestaciones, este criterio, no afectó los principios de igualdad, concurrencia y colectividad que rigen el proceso concursal, ya que como ha sido sentenciado, tales principios no impiden que se establezcan distinciones valederas entre supuestos que se estimen diferentes ya que circunstancias disímiles requieren necesariamente un trato también diverso, so riesgo de incurrir en un “igualitarismo” absoluto que no es de modo alguno el fin perseguido por nuestra Constitución Nacio-

¹³⁶¹ C.S.J.N. “Massa, Juan Agustín c. Poder Ejecutivo Nacional”, 27/12/2006, Sup. Esp. Persefificación de los depósitos bancarios 2006 (diciembre), 45, con nota de Eduardo S. BARCESAT; Alberto B. BIANCHI; Roberto J. BOICO; Walter F. CARNOTA; Andrés GIL DOMÍNGUEZ; Douglas ELESPE; María Angélica GELLI; Horacio Tomás LIENDO (h.); Pablo L. MANILI - DJ 10/01/2007, 54, con nota de Andrés GIL DOMÍNGUEZ; Walter F. CARNOTA - DJ 07/02/2007, 234, con nota de Pablo DESCALZI - IMP 2007-3, 306 - DJ 14/02/2007, 306, con nota de Gregorio Jorge LARROCA - Sup. Esp. La emergencia y el caso Massa 2007 (febrero), 113 – La Ley 13/04/2007, 7, con nota de Pedro Marcelo SEXE.

¹³⁶² CNCom., sala A, “Weben S.A. s/Concurso preventivo s/Incidente p/Logro Máquinas Gráficas S.R.L.”, Lexis n.º 70044959, (2008).

nal¹³⁶³. En el caso, la circunstancia de que una acreencia haya sido originariamente constituida en moneda extranjera en épocas en que la paridad cambiaria y la situación económica eran otras, habilita a adoptar un tratamiento diferenciado, ya que la contratación en dólares –al modificarse las reglas de juego– altera el principio constitucional de igualdad que presupone igualdad de circunstancias¹³⁶⁴, lo cual no se produce cuando se presentan acreencias originadas en diferentes monedas.

De la misma forma, en los casos en que se pretendió la admisión de un crédito en moneda extranjera, la Suprema Corte bonaerense, siguiendo los argumentos establecidos por la C.S.J.N. *in re* “Picapau S.R.L.” y, particularmente, en función de la remisión allí efectuada a la solución brindada en el caso “Longobardi”, dispuso: convertir a pesos el capital en moneda extranjera que se intenta verificar a razón de un peso por dólar estadounidense, más el 50% de la brecha existente entre un peso y la cotización de la mencionada divisa extranjera en el mercado libre de cambio –tipo vendedor– del día que corresponda efectuar el pago; salvo que la utilización del coeficiente de actualización, previsto en las normas de emergencia económica, arroje un resultado superior; con más una tasa de interés del 7,5% anual, no capitalizable entre moratorios y punitivos desde la fecha en que se produjo la mora y hasta la fecha de apertura del concurso (art. 19, ley 24.522)¹³⁶⁵.

Como se aprecia, los tribunales debieron recurrir a la justicia por equidad para poder recomponer las obligaciones afectadas por la emergencia en orden a resguardar la efectiva tutela de los derechos constitucionales involucrados, tratando de restablecer un adecuado equilibrio en las prestaciones comprometidas, recurriendo a la distribución proporcio-

¹³⁶³ *Idem*. El decisorio reprodujo los argumentos utilizados por la Corte Nacional *in re* “Neville, Jorge A. v. Banco Popular Argentino S.A.”, t. 308, p. 1.361; *id.*, *in re* “Carranza Torres, José M. v. Provincia del Chaco”, t. 308, p. 1837; *id.*, 1/1/1950, *in re* “Pactolo S.R.L. v. Piedrarena S.A.”, t. 216, p. 41; *id.*, 1/1/1952, *in re* “Arranz, Pedro A. v. Hearts Corporation”; *id.*, 14/9/2000, *in re* “Pérez Companc v. GDA”, t. 323, p. 2395; *id.* 24/10/2000, *in re* “Magan de Arias, Josefa v. ANSES, s/Jubilación”; *id.*, 27/9/2001, *in re* “Mainhard, Edgar W. s/ Recurso de Casación”, t. 324, p. 3269; *id.* 3/12/2002, *in re* “Gregorchuk, Ricardo s/Recurso de Casación”.

¹³⁶⁴ Cfr. *idem*.

¹³⁶⁵ S.C.J. Buenos Aires, “International Trade Logistic S.A. c. Tevycom Fapeco S.A. Incidente de revisión en autos: Tevycom Fapeco S.A. s/concurso preventivo, E.D. 07/05/2009, nro 12.249.

nal entre las partes de la carga patrimonial originadas en la variación cambiaria¹³⁶⁶.

Ahora bien, todo esto en el marco de las obligaciones nacidas en la emergencia: ¿y después qué? Ciertamente, alejados de los tiempos de crisis económica y financiera correspondería adoptar criterios que no desnaturalicen en forma exorbitante las prestaciones de las partes.

7.e) Desistimiento voluntario

Conforme lo dispone el art. 31 de la ley 24.522, el deudor puede desistir de su presentación concursal en dos oportunidades: a) antes de la primera publicación de edictos, para lo cual no requiere conformidad alguna. Es claro que si los acreedores no tuvieron ocasión de conocer el estado de cesación de pagos en que virtualmente se encontraba el deudor, no resulta necesario conformidad alguna y b) después de la publicación de edictos y “hasta el día indicado para el comienzo del período de exclusividad previsto en el artículo 43 si, con su petición, agrega constancia de la conformidad de la mayoría de los acreedores quirografarios que representen el setenta y cinco por ciento (75%) del capital quirografario...” (art. 31, LCQ).

Independientemente de la forma de reunir tal mayoría (acreedores denunciados; informados por el síndico o verificados) lo indiscutible es que se trata de una mayoría agravada en la que los privilegiados, agazapados a la espera de poder ejecutar el bien, con sus acciones suspendidas (art. 21 y 24, LCQ), retoman la posibilidad de realizar la *res* y no quedan sometidos a la consideración de propuesta alguna.

Esta mirada del legislador, en la que exige una mayoría agravada para dar por concluido el concurso, no parece violentar el principio de igualdad –a pesar de que no exige ninguna paridad en la propuesta de pago o en las conformidades otorgadas por los *creditors*–, el que se irradia a mérito de una mayoría acrecentada, necesaria para concluir el proceso universal.

¹³⁶⁶ Cfr. C.S.J.N., “Longobardi, Irene Gwendoline y otros c. Instituto de Educación Integral San Patricio S.R.L.” (L.971.XL), E.D. 226-580.

7.f) Clasificación y agrupamiento

El art. 41 de la ley 24.522 enuncia que dentro de los diez días de dictada la sentencia de verificación tempestiva de créditos (art. 36, LCQ)¹³⁶⁷, el concursado debe presentar una propuesta fundada de agrupamiento y clasificación en categorías de los acreedores con créditos verificados y declarados admisibles. La propuesta se presenta al síndico y al juez.

Esta forma de tratar a los acreedores basada en el derecho norteamericano es sumamente ventajosa e implica admitir que en la práctica no a todos los acreedores quirografarios se les pagaba lo mismo, conforme lo ofrecido en el acuerdo¹³⁶⁸.

Para la elaboración de la clasificación el deudor podrá tomar en consideración: “los montos verificados o declarados admisibles, la naturaleza de las prestaciones correspondientes a los créditos, el carácter de privilegiados o quirografarios, o cualquier otro elemento que “razonablemente”, pueda determinar su agrupamiento o categorización, a efectos de poder ofrecerles propuestas diferenciadas de acuerdo preventivo” (art. 41, LCQ).

Es lógico reconocer que cualquier forma que se utilice para ordenar a los *accipiens* en clases o categorías, debe serlo siguiendo un criterio ecuaníme, sin generar alteraciones que lleven a producir arbitrariedades. La reunión de los acreedores con criterios de “razonabilidad” representa una máxima del proceso concursal, a punto tal, que sobre ella deberá ex-

¹³⁶⁷ A favor: Juzgado de Procesos Concursales y Registros n.º 3 de Mendoza, “Chyc Cahiza Hnos. y Cía. S.A.”, LLGran Cuyo 1998, 462, con nota de PULIAFITO, Gladys J.; L.L. 1998-E-441. En dicho resolutorio se sostuvo: «La consideración de los acreedores de las propuestas de acuerdo preventivo supone el previo dictado de las resoluciones de verificación y de categorización, pues en tal momento el concursado se encuentra en condiciones de conocer quiénes y en qué categorías intervendrán en la formación de la voluntad concordataria, por lo cual la renuncia al privilegio de que goza un crédito debe efectuarse antes del vencimiento del plazo para que aquél presente su propuesta de categorización, o sea, dentro de los 10 días de la sentencia de verificación». En contra: Julio C. RIVERA, *Instituciones de Derecho Concursal*, 2ª ed., Rubinzal-Culzoni, Bs. As., (2003), t. I, pág. 423, quien sostiene que como la ley establece que la categorización ha de ser presentada “Dentro de los diez días contados a partir de la fecha en que debe ser dictada la resolución prevista en el art. 36”, dicho término debe computarse desde la fecha en que debió dictarse, para lo cual deberá tenerse presente para categorizar –a falta de resolución de verificación– el informe del síndico.

¹³⁶⁸ Cfr. MOCCERO, Eduardo M., *Principios orientadores de la ley 24.522*, L.L. 1996-A-1234.

pedirse el síndico en forma fundada al producir el informe general (art. 39 inc. 9, LCQ) y queda sujeta a resolución judicial (art. 42, LCQ), ya que el juez es quien fija definitivamente las categorías, como así también los acreedores comprendidos en ellas.

Para la Real Academia Española, razonable: prov. del latín *rationabilis*, es algo arreglado, justo, conforme a razón¹³⁶⁹, se trata de algo que es aceptable. Como expresa RAWLS, la virtud de ser razonable está vinculada con la facultad moral de tener un sentido de justicia¹³⁷⁰. Las personas son razonables cuando encontrándose frente a otros en igualdad de condiciones, se encuentran dispuestas a efectuar propuestas de cooperación en la que todos gozan de las mismas ventajas¹³⁷¹.

Por otro lado, se sostiene que la razonabilidad es entendida como atributo y justificación de las disposiciones normativas¹³⁷² pero también, la razonabilidad es una virtud que se aprende. En efecto, si no existen personas razonables, nada puede esperarse de las instituciones, ni de parte de aquellos que las conducen. De la misma forma, nadie levantaría voces para defenderlas (instituciones) si no existiera un ferviente reconocimiento a ella (razonabilidad) y un espíritu exultante de cooperación entre iguales¹³⁷³.

La sensatez de la categorización tiene que ver con el principio de igualdad y la ordenación y agrupamiento de los acreedores en forma razonable hace al orden público concursal; pero ello, no debe entenderse en el sentido de que la categorización importe adoptar un criterio dogmático, sino que admite alguna moderación.

La ley 24.522 relativizó también en este aspecto este principio paritario permitiendo la categorización de acreedores para presentarles propuestas diferenciadas, considerándose las diferentes situaciones de los participantes en la negociación (*accipiens*), lo que en tiempos de la ley 19.551 [ED, 42-1029; EDLA, 1984-161] era permitido únicamente para

¹³⁶⁹ Diccionario de la Real Academia Española, (22ª edición), ed. Espasa-Calpe.

¹³⁷⁰ Cfr. RAWLS, John, *El liberalismo político*, ed. Crítica, Barcelona, (2004), pág. 80.

¹³⁷¹ Cfr. *ibidem*.

¹³⁷² Cfr. CIANCIARDO, Juan, *El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad*, ed. Ábaco, Bs. As., pág. 10 (prólogo de Francesco VIOLA).

¹³⁷³ Cfr. MUÑOZ OLIVEIRA, Luis Humberto, *La razonabilidad como virtud*, Universitat Autònoma de Barcelona, ISBN: 9788469139165, (2007), pág. 225.

los acreedores privilegiados. Fue así, que la *par condicio creditorum*, entendida por la generalidad de sacrificio entre todos los acreedores, fue transformándose a través del tiempo, alcanzando cada vez más un mayor grado de flexibilización¹³⁷⁴.

De esta forma, el legislador pretendió encontrar soluciones más elásticas y con mayores posibilidades de cumplimiento, sin que ello vaya en desmedro del interés de los acreedores¹³⁷⁵, ya que la igualdad de trato se mantendrá no ya respecto de la totalidad de los *accipiens* considerados en forma global, sino dentro de cada una de las categorías a las que alcance la propuesta.

ROUILLON entiende que esta novedosa posibilidad (categorizar) «da primacía al valor superación de la crisis de manera no liquidativa (“conservación de la empresa”, en terminología algo menos frecuente en estos tiempos) por sobre el valor igualdad de trato a los acreedores de igual rango»¹³⁷⁶. Así, igualdad e indemnidad del patrimonio constituyen las caras de una misma moneda y no son pasibles de un análisis estático o rígido, desde que el principio de igualdad lo es de los iguales, lo que supone contemplar los casos de diversidad de acreedores –según sus derechos de preferencias– el régimen actual ha ahondado el sentido dinámico de este principio al autorizar la categorización de acreedores (art. 41, LCQ). Es decir, que no significa violar la igualdad de los acreedores sino, por el contrario, evitar tratar igual a quienes son desiguales¹³⁷⁷.

Pero ello, la flexibilización en el trato de los acreedores a los fines de ofertarles propuestas concordatarias, no significa que desaparezca la *par condicio creditorum* haya desaparecido, ya que no es lo mismo, provecho que razonabilidad y, ésta última, resulta un límite a la conveniencia del

¹³⁷⁴ Cfr. GRAZIABILE, Darío J., *Categorización de acreedores. Agrupamiento de acreedores y renunciabilidad del privilegio*, E.D. 213-698 (2005).

¹³⁷⁵ Cfr. RIVERA, Julio C. - ROITMAN, Horacio - VÍTOLO, Daniel R., *Ley de concursos y quiebras*, Rubinzal-Culzoni, Bs. As., (2000), t. I, pág. 293.

¹³⁷⁶ ROUILLON, Adolfo A. N., *Novedades concursales de fin del milenio: la clasificación de acreedores en el concurso preventivo*, J.A. 80° aniv. 1998-400.

¹³⁷⁷ «Ello revela que la norma busca dinamizar el entendimiento de las situaciones concretas en un marco de equidad cuyo telón de fondo es la “igualdad”, o prioridad de los acreedores con derecho. También es relativo hablar de incolumidad de un patrimonio cuyo objeto comercial en el concurso sigue inalterado; porque en él ingresan y salen valores económicos a veces de envergadura, con ganancias y pérdidas». CApel.Civ. y Com. Rosario, sala II, “Laromet S. A., s/conc. prev.”, LLLitoral 1999, 1007, con nota de Adolfo A. N. ROUILLON, 12/08/1999.

deudor en su proposición en función del trato paritario que impone la *par condicio*, a fin de evitar la discriminación irracional o arbitraria, tendiente a neutralizar la disidencia de alguno con las conformidades de otros¹³⁷⁸.

Debe tenerse presente, que la nueva ley concursal admite la renuncia del acreedor privilegiado (art. 43, LCQ) y éste al resignar su privilegio se integra a alguna categoría. También aquí deberá ser cauteloso el magistrado en ocasión de efectuar el debido control de mérito en la conformación de la clasificación y evitar el abuso que se produce cuando el acreedor renuncia a su privilegio –a último momento– a los fines de integrar una categoría y forzar al deudor a mejorar la propuesta, lo cual podría constituirse en un abuso del derecho (art. 1071, Cód. Civ.).

Concluyendo, categorizar –en los términos apuntados– significa poder agrupar a los acreedores en clases y ofrecer una o varias propuestas para ellos, pero esta liberalidad de la que goza el deudor debe serlo de forma tal que, al agrupar no exista irrazonabilidad en su proposición o discriminación que entrevea arbitrariedad en su conformación y, en este sentido, será el magistrado quien tendrá en sus manos la posibilidad de ponderar que se cumplan estos designios (art. 42, LCQ).

7.g) Propuesta concordataria

Conforme reza el art. 43 de la ley concursal “...las propuestas deben contener cláusulas iguales para los acreedores dentro de cada categoría, pudiendo diferir entre ellas”, con lo que el legislador admite la igualdad, únicamente, en este supuesto.

Resulta indiscutible que la o las propuestas que formule el deudor deben contener un tratamiento igualitario dentro de cada categoría, dentro de los límites analizados en el § 7.f. Para PAJARDI¹³⁷⁹, la igualdad de trato constituye la regla medio respecto de la regla fin, representada por el pago a los acreedores en la medida más alta posible de su satisfacción, a punto tal que el estudioso asigna a este principio el de *condicio iuris* de la

¹³⁷⁸ Cfr. *ibidem*.

¹³⁷⁹ Cfr. PAJARDI, Piero, *Derecho concursal*, Ábaco, (1991), pág. 113.

existencia de la quiebra¹³⁸⁰. Respetuosamente, se disiente con tal posición ya que como ha sido sostenido en párrafos anteriores, la igualdad se enfrenta con otros principios del ordenamiento que merecen, cuanto menos, similar o tal vez, mayor consideración: *v. gr.* conservación de la empresa.

La propuesta de pago que contenga quita, espera o cualquier otra que formule el deudor para cumplir con sus obligaciones no tiene pisos en el nuevo ordenamiento. Recuérdese que ha sido eliminado el límite de quita que no podía exceder del 60% de los créditos quirografarios (ley 25.589, Adla, 2002-C-2862). Pero, esta forma de ver del legislador se contrapuso con una fuerte doctrina judicial construida detrás del abuso del derecho (art. 1071, Cód. Civ.).

No es objeto del presente analizar las condiciones de la propuesta y la abusividad de la misma, a la luz de una extensa y autorizada doctrina que ha profundizado sobre el tema¹³⁸¹, pero resulta oportuno hacer algunas apreciaciones.

¹³⁸⁰ Cfr. PAJARDI, Piero, *El proceso de quiebra entre el pasado y el futuro y los problemas de la reforma del sistema ejecutivo concursal*, RDCO, (1982), pág. 179.

¹³⁸¹ GRISPO, Jorge Daniel, Alcance de las facultades homologatorias del magistrado: Una ecuación para resolver el límite de la razonabilidad de la propuesta, Sup.CyQ 2003 (julio), 31; JUNYENT BAS, Francisco, Categorización y propuesta: en el proceso concordatario de la ley 24.522, E.D. 213-610 (3/5/2006); MAFFÍA, Osvaldo, El no logrado régimen de exclusiones sobre votación de la propuesta de acuerdo preventivo, L.L. 1996-E-745; TRUFFAT, E. Daniel, La abusividad de la propuesta y la moralización de los concursos en lo atinente –precisamente– a la oferta del deudor, J.A. 2008-IV-1398; RASPALL, Miguel Angel, La legitimación para formular propuestas de acuerdo preventivo en las sociedades. ¿Órgano de gobierno u órgano de administración?, E.D. 224-810 (19/09/2007); BARREIRO, Marcelo G., La propuesta de acuerdo, su homologación y su cumplimiento, L.L. 2005-E-1; RICHARD, Efraín H., Legalidad de la propuesta de acuerdo en el concurso societario, J.A. t. IV, pág. 1242 (2008); CULLARI, Carlos A., Orden público y propuesta concursal, E.D. 210-996 (1/2/2005); RICHARD, Efraín Hugo, Otra vez sobre propuesta abusiva en obra colectiva “Conflictos en la insolvencia” dirigido por Ricardo A. NISSEN y Daniel R. VITOLO, ed. Ad Hoc, Bs. As., (2005), pág. 409 CASADÍO MARTÍNEZ, Claudio Alfredo, Propuesta abusiva en el concurso preventivo, L.L. 2007-C-560, idem *Propuesta abusiva y actividades desplegadas por el deudor concursado*, L.L. 2009-A-547; TRUFFAT, E. Daniel, Proponiendo una polémica: los términos de renegociación de la deuda pública en default y su incidencia sobre el criterio para juzgar la abusividad de las propuestas concordatarias, E.D. 218-908; TRUFFAT, E. Daniel, Algunas pautas para el empleo de la facultad de no homologar un concordato presuntamente abusivo, E.D. 198-76 (2002); entre otros.

Como expresara JUNYENT BAS lo trascendente en todo acuerdo lo constituye la propuesta del deudor¹³⁸² que puede contener o no la categorización de sus acreedores pues, esta última, se deriva simplemente de las diversas condiciones y características de la masa pasiva. Por lo que lo relevante, verdaderamente, es la propuesta y su aprobación.

El deudor puede efectuar más de una propuesta respecto de cada categoría, lo importante, es que los acreedores no se vean impedidos de optar entre las distintas alternativas ofrecidas por el sujeto *in malis*. De lo contrario, la propuesta –sin entrar a considerar si es abusiva o no– sería discriminatoria y, por ende, arbitraria.

Este criterio, ha sido seguido por la judicatura al admitir que cualquier acreedor que haya verificado su crédito en el concurso preventivo y que, como consecuencia de ello, haya sido admitido para conformar la masa pasiva del deudor concursado, no sólo tiene derecho –como principio– a que su voz sea escuchada, aprobando o desechando la propuesta que se le haga, sino también a que su crédito sea computado en la base de cálculo de las mayorías necesarias para la aprobación de la propuesta¹³⁸³.

De dicho resolutorio se sigue que los acreedores se encuentran alcanzados por un doble régimen protectorio: a) que su crédito sea incluido en la base computable para alcanzar las mayorías y b) que su conformidad sea determinante en la conformación de las voluntades necesarias para alcanzar o no la homologación del acuerdo preventivo¹³⁸⁴.

El acreedor debe optar en el momento de dar su adhesión a la propuesta, cuando se le haya ofertado un menú. Si el acreedor se viere impedido de poder escoger, y elige una sola cuando existían varias, la actitud que asuma el deudor impidiendo que el acreedor conozca las diferentes alternativas de pago ofrecidas, podrá ser considerada arbitraria, con lo cual se violentaría el principio de igualdad.

Con lo expresado, se puede concluir que, en relación a la propuesta concordataria, la igualdad se vincula con la categorización de acreedores propuesta por el deudor y la razonabilidad seguida en su constitución, a lo que se suma que la actitud que asuma el deudor impidiendo que los

¹³⁸² JUNYENT BAS, *op. cit.*, pág. 610.

¹³⁸³ Cfr. Juzgado Nacional de 1ª Inst. en lo Comercial n.º. 16, “Telearte S.A. Empresa de Radio y Televisión”, L.L. 2006-C-367 - IMP, 2006-9-1247, consid. 18.

¹³⁸⁴ Cfr. *idem*, consid. 17.



acreedores puedan votar una pluralidad de propuestas (art. 52 inc. 2º, LCQ), dándoles a conocer eventualmente una sola, podrá invalidar la misma y, en tal sentido, alterar la igualdad en que se encuentran todos los acreedores, que es la de gozar de las mismas oportunidades (art. 52 inc. 2º.b.iii, LCQ).

7.h) Categorización, propuesta y continuación de la empresa

Una de las tensiones más importantes que se producen dentro del trámite del proceso concursal se presenta entre las alternativas de continuar con la empresa –principio que toma cada día más fuerza– y el del interés de los acreedores de obtener rápidamente la satisfacción de su acreencia.

El interés general (uno de los principios rectores del ordenamiento concursal), no tendría la misma entidad que el principio de igualdad, el cual le seguiría un paso atrás, en cuanto a su tratamiento en el trámite del preventivo. Sin embargo, existe otro principio, como es el de la “conservación de la empresa” que en ciertas circunstancias sirve como guía en la formulación de propuestas; ya que la posibilidad de categorizar da primacía al valor superación de la crisis de manera no liquidativa por sobre el valor igualdad de trato a los acreedores de igual rango. O, si se quiere, la igualdad de trato se reformula. Ya no se la ata indisolublemente a la pertenencia al mismo peldaño de la jerarquía en el orden de las preferencias (privilegiados especiales, generales, quirografarios, subordinados), sino que se permite distinguir, dentro de cada escalón, elementos que sean comunes a algunos de los integrantes de él, para agrupar a éstos conforme a un común denominador algo impreciso¹³⁸⁵.

La presentación de la propuesta es condición de la continuidad del trámite del preventivo (art. 43, LCQ) y su falta de presentación habilita a la inmediata declaración de quiebra. Pero, resultaría injusto que una empresa en la que existen posibilidades de continuar con la explotación y mantener los puestos de trabajo, que se encuentra negociando la propuesta con los acreedores sea declarada en quiebra, simplemente, por no haber

¹³⁸⁵ ROUILLON, Adolfo A. N., *Categorización de acreedores en el concurso preventivo: el juicio de “razonabilidad” y el rol del síndico*, LLLitoral 1997, 708.

presentado la misma en el expediente. Esta hipótesis no condice con el principio enunciado (conservación de la empresa) y resultaría, cuanto menos arbitraria, lo cual habilitaría a que el magistrado llegado el vencimiento del plazo para su presentación requiera que el deudor acompañe a la causa el texto de la misma a los efectos de sortear la sanción por su falta de agregación.

Los jueces se encuentran condenados a maximizar un principio dentro del ordenamiento y están forzados a dar prioridad a aquél que posee mayor trascendencia social, por lo que el de “conservación de la empresa”, prácticamente, ha desplazado al tradicional *par condicio creditorum*. La propuesta concordataria ya no es valorada en términos aritméticos de la quita efectuada, hoy corresponde considerar, a tal efecto, las posibilidades económico-financieras del deudor y si se encuentra en condiciones de mejorar el ofrecimiento realizado; el interés general del comercio y la protección del crédito; las circunstancias de tiempo y lugar –en particular, el contexto económico del país–; la importancia de la deudora como empresa útil y generadora de empleo y, por último, el grado de aprobación de la propuesta entre los acreedores¹³⁸⁶.

A la luz del principio de continuidad de la empresa y la voluntad demostrada por el deudor para solucionar la crisis patrimonial se pueden encontrar sobrados motivos para rechazar un pedido de quiebra fundado en esta causa (falta de presentación de la propuesta de pago)¹³⁸⁷, por cuanto la preservación de la hacienda ostenta mayor entidad que aquel que surge de adoptar un criterio formalista en la interpretación de la ley.

7.i) Supuestos especiales (art. 48, LCQ)

En el caso del art. 48 de la ley concursal (supuestos especiales o también apodado: salvataje), se produce un caso muy particular. Existe igualdad de acreedores y paridad en los oferentes de la propuesta de pago, esto es, paridad activa y pasiva.

¹³⁸⁶ Cfr. Juz.Nac.en lo Comercial n.º 16, “Ferrum S.A. de Cerámica y Metalurgia s/concurso preventivo”, laleyonline, 28/09/2004.

¹³⁸⁷ Cfr. S.T.J. de Misiones, “Brañas de Poujade, Nilda, s/quiebra”, LLLitoral, 19982-1088.

Tal como reza el inc. 4º del artículo 48: “...Si dentro del plazo previsto en el primer inciso se inscribieran interesados, estos quedarán habilitados para presentar propuestas de acuerdo a los acreedores, a cuyo efecto podrán mantener o modificar la clasificación del período de exclusividad. El deudor recobra la posibilidad de procurar adhesiones a su anterior propuesta o a las nuevas que formulase, en los mismos plazos y compitiendo sin `ninguna preferencia` con el resto de los interesados oferentes”.

De ello se desprende que el deudor concurre, sin ningún favoritismo, es decir, en igualdad de condiciones con el resto de los inscriptos. Por lo que, en caso de existir propuestas similares, con las mayorías necesarias, el deudor no podrá argumentar ninguna preferencia en lograr para sí la homologación del acuerdo, rigiendo a este respecto las mismas reglas que rigen en las contiendas deportivas: gana el que llegue primero (art. 48 inc. 6º, LCQ). Por otro lado, el tercero que pretenda la aprobación de una propuesta concordataria, tiene la posibilidad de modificar la clasificación formulada por el deudor en el período de exclusividad y, para este supuesto, deberá hacerlo en condiciones de no violentar la paridad conforme se expusiera en § 7.f.

A diferencia de lo que ocurre en el trámite común del proceso (art. 42, LCQ), en el caso del salvataje, el tercero que recategorice (art. 48 inc. 4º, LCQ) no queda sometido en teoría a ningún control judicial ya que no existe resolución en la que el *iudex* se pronuncie sobre las categorías y la razonabilidad de las mismas en su conformación.

Sin perjuicio de ello, el juez en virtud del principio inquisitivo posee amplias facultades para evaluar –no solamente, la propuesta y/o su conveniencia– sino la clasificación efectuada por el tercero, en aras de obtener las aprobaciones a su ofrecimiento de pago. De esta forma, queda resguardada la igualdad de trato en la categorización de los acreedores formulada tanto por el deudor como, asimismo, por un tercero adquirente.

7.j) La participación de la cooperativa en el salvataje. La cuestionable intervención de los trabajadores y la dilución del crédito laboral (art. 48 bis, ley 26.684)

La reforma introducida al régimen falencial por ley 26.684 potenció el poder de injerencia de los trabajadores en el proceso concursal –con

particular incidencia durante el trámite del preventivo– habilitándolos a participar del salvataje empresario por medio de la cooperativa de trabajo o la cooperativa en formación, posibilitando que ésta se inscriba a los efectos de poder ofrecer propuesta de pago a los acreedores, en caso de que el deudor no hubiere obtenido las conformidades de estos en el período de exclusividad (arts. 48 y 48 bis, LCQ, t.o. ley 26.684).

El art. 48 bis (ley 26.684) permite que los trabajadores –conformados en cooperativa– participen de la negociación con los acreedores del proceso concursal y, más allá, de la potestad de los asalariados de imputar las indemnizaciones que les correspondan para hacerlos valer en el procedimiento, en relación a los socios (art. 48 bis, primero y segundo párrafo, LCQ), la ley nada menciona sobre la factibilidad de cumplimiento de la propuesta que realice la cooperativa a los acreedores, como que tampoco hace referencia alguna sobre las garantías necesarias para la homologación del acuerdo (art. 59, segundo párrafo, LCQ).

Esta posibilidad, de que la cooperativa sea adquirente de las cuotas o acciones de la sociedad concursada, encuentra algunos escollos. El empleado que prosigue en actividad no posee un crédito en expectativa, puesto que mantiene su relación laboral y salvo que hubiere sido despedido no tiene un crédito que le otorgue la condición de acreedor, lo cual impediría que pueda hacer valer la hipotética indemnización que le correspondiera como un crédito contra el concurso¹³⁸⁸. Resulta también observable, que la cooperativa conformada por los trabajadores quede exceptuada de realizar el depósito del 25% del valor de la oferta prevista en el art. 48 inciso 7.i, puesto que el pago de lo que correspondería a los socios (titulares de las cuotas o acciones) no podría ser obviado, toda vez que de lo contrario, estaríamos frente a una expropiación privada sin compensación alguna (art. 53, LCQ).

Otra cuestión polémica, es que la cooperativa sería beneficiada por entidades fiscales y de crédito (AFIP y Banco Nación) al permitirles obtener planes de facilidades de pago y de refinanciación de deudas que le permitan ser abonados según sus posibilidades, sin que el deudor y/o terceros pretensos adquirentes puedan ser beneficiados con estas ayudas, lo cual sería, por lo menos, discriminatorio. En este punto, sería conveniente

¹³⁸⁸ Cfr. DASSO, Ariel A., *La reforma de la Ley de Concursos y Quiebras según Ley 26.684. La observable constitucionalidad del cramdown cooperativo*, L.L. 23/06/11.

que estas posibilidades: “acceso al crédito” y “plan de pago diferido de deudas fiscales”, sea implementado *ex ante* por éstos y también por otros organismos fiscales y de crédito, en miras a una rápida superación de la crisis y en beneficio del deudor concursado (persona jurídica) y los acreedores y, no exclusivamente, a favor de la cooperativa de trabajadores.

Los trabajadores reunidos en cooperativa tienen la opción de requerir la continuación inmediata de la explotación en hipótesis de quiebra y solicitar de esta forma, la concesión de facilidades de pago de los créditos correspondientes a tales organismos, por lo que la participación de la cooperativa de trabajadores durante esta etapa de negociaciones sería aceptable, siempre y cuando, ello no genere ventajas indebidas para unos en perjuicio de otros; lo que atenta contra el principio de igualdad (art. 16, C.N.).

Siguiendo el pensamiento desarrollado en el punto anterior (§ 7.i), la cooperativa conformada por los trabajadores de la empresa, no puede ser excluida del control de mérito que posee el juez –en virtud del principio inquisitivo– sobre la razonabilidad y legalidad de la categorización de los acreedores que haga ésta como, asimismo, no puede ser exceptuada del control de mérito sobre las conformidades y la sensatez de la propuesta de pago (art. 52, LCQ).

Desde otra perspectiva, se ha discutido si la cooperativa puede ser socia única de la sociedad comercial cuyas cuotas o acciones adquiere¹³⁸⁹ (art. 48, LCQ), a mérito de la prohibición establecida en el art. 6 de la ley de cooperativas¹³⁹⁰. No obstante el impedimento legal –por cuanto la ley de cooperativas no ha sido modificada– entiendo que tal posibilidad sería viable, puesto que la ley concursal (*lex specialis*) posee rango superior a la ley de cooperativas, lo cual también estaría justificado en el principio de conservación de la empresa. Así como la sociedad en liquidación puede concursarse (art. 5, LCQ), superando de esta forma la prohibición establecida en la ley de sociedades comerciales (art. 100, LSC) que dispone

¹³⁸⁹ Cfr. RUBÍN, Miguel Eduardo, *Las reformas a la Ley de Concursos y Quiebras del año 2011 y el fenómeno de las cooperativas de trabajo. Comprobando que más difícil que sacar al genio de la lámpara es volver a meterlo en ella*, E.D. 243, n.º 12.803, 01/08/2011.

¹³⁹⁰ Art. 6 ley 20.337. “No pueden transformarse en sociedades comerciales o asociaciones civiles. Es nula toda resolución en contrario”.

que la personalidad se conserva en orden a la liquidación del ente, de la misma forma la ley concursal posee grado máximo en relación a la ley 20.337.

La actuación de los trabajadores a través de la cooperativa, con ánimo de adquirir la empresa (art. 48 bis, LCQ) podría generar serios inconvenientes, por la contraposición de intereses entre éstos y el sujeto concursado, lo cual toma otro cariz en caso de quiebra a mérito del despoberamiento de los bienes del deudor (art. 107, LCQ). En efecto, no podrá escapar al lector, la posible coexistencia de contraposición de intereses: presiones sindicales y/o gremiales, huelga (art. 14 bis, C.N.) o *lock out* patronal, entre otras medidas y/o conflictos que puedan presentarse; entre trabajadores que desean seguir en relación de dependencia y aquellos que pretenden manejar la empresa mediante la cooperativa de trabajadores. Todos estos posibles escenarios atentan contra la preservación de la hacienda y el mantenimiento del empleo, principio éste que posee rango superior –en particular– durante esta etapa del proceso.

A simple vista, no pareciera que la intervención de los trabajadores en el trámite del salvataje empresario respete derechos constitucionales¹³⁹¹ (arts. 16 y 17, C.N.) como que, asimismo, exista igualdad de condiciones entre el deudor, los terceros (ajenos a la empresa) y la cooperativa que, con amplias ventajas, se encontraría en condiciones superlativas de negociar con los *accipiens*, por las prerrogativas con las que contaría, como es la de hacer valer los acuerdos de ciertos acreedores: AFIP y/o Banco de la Nación Argentina; opción esta a la que no podrían acceder, otros interesados.

La participación de la cooperativa de trabajadores en el salvataje empresario (art. 48 bis, LCQ, ley 26.684) atentaría contra el principio de igualdad previsto en el art. 16 de la Constitución Nacional, por las siguientes razones:

a) Al inscribirse la cooperativa, el art. 48 bis dispone que el juez ordenará al síndico que practique liquidación de los créditos correspondientes a todos los trabajadores inscriptos, los cuales se harán valer en el procedimiento (art. 48, LCQ). No se aclara que significa “trabajadores ins-

¹³⁹¹ Cfr. Cfr. DASSO, Ariel A., “La reforma de la Ley de Concursos y Quiebras según Ley 26.684...” *op. cit.*, L.L. 23/06/11.

criptos”, pero debe leerse –haciendo una interpretación amplia de la tésis del dispositivo– que se trata de los inscriptos para integrar la cooperativa. Ahora bien, puede suceder que estos trabajadores deseen integrar la cooperativa pero no aportar la indemnización que les pudiera corresponder por los años de servicios prestados a favor de ésta; puesto que, de esta manera, diluyen en un solo voto (art. 2 inc. 3º, ley 20.337) el capital acumulado con años de trabajo, lo cual atentaría contra lo dispuesto en el art. 231 de la Ley de Contrato de Trabajo).

Recurriendo a la analogía, en hipótesis de quiebra, los trabajadores –integrantes de la cooperativa (art. 205, LCQ) que deseen adquirir la empresa (art. 203 bis, LCQ, ley 26.684)– tienen la opción de utilizar en forma total o parcial los créditos laborales de los que resulten titulares, a los efectos de imputarlos “libremente”, en forma total o parcial, a favor de la cooperativa, lo cual se llevará a cabo en audiencia ante el juez de la quiebra con intervención de la asociación gremial. Es evidente que esta opción por parte de los trabajadores en el caso del art. 48 bis (ley 26.684) no existe, toda vez que –por mandato legal– los créditos se transfieren a favor de la cooperativa *ope legis*; produciéndose por tal causa, la extinción del contrato de trabajo (art. 48 bis, segundo párrafo, LCQ).

Si bien es cierto que la ley concursal posee rango superior a la normativa laboral, en orden a los intereses comprometidos (*lex specialis*), no menos cierto es que no se explica de que forma el trabajador sin exteriorizar su voluntad cede, lisa y llanamente, la indemnización que le correspondería a favor de la cooperativa de trabajo (art. 48 bis, segundo párrafo, LCQ), extinguiéndose el vínculo laboral sin indemnización alguna en abierta contradicción a lo estatuido en el art. 12 (ley 26.574, ADLA 2010-A-130) y 231 de la L.C.T. (ley 25.877, ADLA 2004-B-1506), que prohíbe la disolución del vínculo sin previo aviso e indemnización pertinente, lo que también atentaría contra el derecho de propiedad (art. 17, C.N.).

b) La cooperativa de trabajadores gozaría de ciertas prerrogativas a las que no podrían acceder otros sujetos: eximición del pago del 25% del precio como garantía de oferta; beneficios fiscales y de otros organismos (AFIP y Banco Nación), advirtiendo que el trato concedido a la coopera-

tiva frente a los demás participantes, resultaría en cierta forma, discriminatorio¹³⁹² (art. 1, ley 23.592).

c) La cooperativa –que no tendría otro capital que el aporte de la su-puesta indemnización debida a los trabajadores por la concursada– se convertiría en obligada al pago de las sumas acordadas con los acreedores del sujeto *in malis*, convirtiéndose por ministerio de la ley en coobligada de compromisos que no asumió, lo cual altera la regla de limitación de la responsabilidad social (arts. 143 y 163, LSC).

Conforme el análisis efectuado, no resultaría acorde al principio de igualdad (art. 16, C.N.) la intervención de los trabajadores –por conducto de la cooperativa de trabajo– en esta etapa de negociación, lo que se revelarí-a inconveniente para garantizar la igualdad de los sujetos intervinientes en el procedimiento.

7.k) Cramdown power (art. 52, LCQ)

El verdadero poder del juez de imponer el convenio arribado por el deudor con algunos acreedores a una categoría o categorías disidentes, es una realidad en nuestro derecho a partir de la incorporación del art. 52 inc. 2.b introducido por la ley 25.589 (Adla, 2002-C-2862).

Otra de las estrechas vinculaciones existentes entre la *par condicio creditorum* y el sistema concursal dentro del trámite del preventivo lo constituye sin lugar a dudas el art. 52, en tanto el mismo impide la aprobación de una propuesta que imposibilite a los acreedores disidentes optar –luego de la imposición y homologación del acuerdo– cualquiera de las propuestas que fueron aprobadas por los acreedores que dieron su conformidad (art. 52, LCQ).

Para este supuesto el legislador utiliza la expresión “no discriminación” y a la vez procede a describir en que sentido debe entenderse la locución utilizada: “impedir poder elegir”.

¹³⁹² Art. 1 ley 23.592: “Quien arbitrariamente impida, obstruya, restrinja o de algún modo menoscabe el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución nacional, será obligado, a pedido del damnificado, a dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y a reparar el daño moral y material ocasionados”.

Cuando el deudor no hubiere logrado las mayorías en todas las categorías “el juez puede homologar el acuerdo, e imponerlo a la totalidad de los acreedores quirografarios cuando resulten reunidos ciertos requisitos: i) Aprobación por al menos una de las categorías de acreedores quirografarios; ii) Conformidad de por lo menos las tres cuartas partes del capital quirografario; iii) No discriminación en contra de la categoría o categorías disidentes. Entiéndese como discriminación el impedir que los acreedores comprendidos en dicha categoría o categorías disidentes puedan elegir, después de la imposición judicial del acuerdo, cualquiera de las propuestas, únicas o alternativas, acordadas con la categoría o categorías que las aprobaron expresamente. En defecto de elección expresa, los disidentes nunca recibirán un pago o un valor inferior al mejor que se hubiera acordado con la categoría o con cualquiera de las categorías que prestaron expresa conformidad a la propuesta; iv) Que el pago resultante del acuerdo impuesto equivalga a un dividendo no menor al que obtendrían en la quiebra los acreedores disidentes”.

Tal como es posible advertir, existe –en ciertos aspectos– alguna desavenencia entre categorización (razonabilidad en su formulación: arts. 41 y 42, LCQ) y homologación de un acuerdo que no reúne las mayorías necesarias; ya que para el primero, el plexo normativo exige razonabilidad en su proposición, mientras que se exime de tal parámetro en el segundo (art. 52, LCQ). Sin embargo, ello tiene razón de ser en lo que se ha pregonado en los apartados anteriores: existen otros principios protectores que minimizan la *par condicio* pero que potencian la “conservación de la empresa” o el “interés general”. Es que para que una propuesta pueda ser homologada judicialmente, no debe estar ausente uno de los presupuestos y finalidades esenciales del proceso concursal, esto es: la conservación de la empresa o actividad económica y el mantenimiento de una fuente de producción y de trabajo. Tal ausencia impide la consideración de mejora alguna en la propuesta¹³⁹³.

Lo que se pretende es evitar las situaciones desfavorables que se producen cuando alguna categoría queda librada a la suerte de un acreedor o de unos pocos acreedores quienes –haciendo jugar el papel que desempeñan los *big*s en el deporte (para hacer referencia a la importancia

¹³⁹³ Cámara 1ª de Apelaciones en lo Civil y Comercial San Isidro, sala II, “Bezruk, Manuel s/conc. prev.”, LLBA 2005 (julio), 723.

que revisten algunos acreedores por el montante de su acreencia)– persiguen lograr para sí una mejora, sin percatarse que de esta forma quebrantan la *par condicio*¹³⁹⁴ de una categoría a la que, originariamente, no pertenecían.

Pero, el articulado también posee un fin teleológico al proteger a los acreedores de la eventual situación perjudicial en la que se encontrarían de obtener un dividendo menor en la quiebra liquidativa de lo que propone el deudor para el resto de los *accipiens* que dieron su conformidad en la o las otras categorías¹³⁹⁵.

La *par condicio* no sólo funciona para los acreedores que participaron de la votación, adhiriendo o no a la propuesta, también los revisionistas, tardíos, etc. quedan sometidos a lo que hubiere convenido el deudor en igualdad de condiciones que el resto de los *creditors*, por lo que no sería homologable una propuesta que establezca que tales sujetos queden sometidos a la alternativa más gravosa para sus derechos «puesto que viola el principio de la igualdad de los acreedores de la misma categoría y constituye una cláusula abusiva en los términos del art. 52 inc. 4 de la ley concursal (EDLA, 1995-B-896), porque implica castigar a los que no adhirieron oportunamente o no tuvieron oportunidad de participar del cómputo de las mayorías por no hallarse aún verificados»¹³⁹⁶.

En definitiva, el ordenamiento concursal ha dotado al juez del poder de decidir la homologación de una propuesta que no reuniera las mayorías en cada una de las categorías, lo cual resultaría contrario a la *par condicio creditorum*, pero tal potestad no puede ir en desmedro de otros principios rectores ya que si bien resulta atractivo esgrimir argumentos a

¹³⁹⁴ BARREIRO, Marcelo G. - LORENTE, Javier Armando - TRUFFAT, Edgardo Daniel, *La aplicación de la facultad prevista en el artículo 52.2."b" de la ley 24.522 (el "cramdown power" en el derecho argentino)*, L.L. 2005-D-1057.

¹³⁹⁵ Así, la judicatura ha tenido oportunidad de expresar: «Corresponde confirmar la sentencia que rechazó el pedido de homologación del acuerdo preventivo si el dividendo que ofreció pagar el concursado es menor al que puede obtenerse en un proceso liquidatorio pues dicha propuesta causa un perjuicio injustificado a los acreedores disidentes y ausentes que la torna abusiva cuando además está ausente la conservación de la empresa o actividad económica porque el concursado actúa como prestamista intermediario al margen del control del Banco Central de la República Argentina». Cámara 1a de Apelaciones en lo Civil y Comercial San Isidro, sala II, “Bezruk, Manuel s/conc. prev.”, LLBA 2005 (julio), 723.

¹³⁹⁶ CNCom., sala C, “Pulenta, Francisco A. s/conc. prev.”, IMP 2006-11-1456 – L.L. 2006-D-838. (Del dictamen de la fiscal general que la Cámara hace suyo).

favor de la facultad que el art. 52 inc. 4° de la ley 24.522 –reformado por la 25.589 (Adla, 2002-C-2862)– le confiere al juez para decidir la no homologación de una propuesta de acuerdo preventivo, se corre el riesgo de que la vara para medir las propuestas abusivas tenga la discrecionalidad de quien detenta esa potestad (el juez) por la vaguedad de la fórmula legal, contribuyendo no sólo a crear inseguridad jurídica sino desvirtuando el principio rector en materia concursal, cual es la continuidad productiva y no la quiebra¹³⁹⁷.

Igual criterio se ha seguido en casos de impugnación de una propuesta concordataria, al considerar que debe «rechazarse la impugnación articulada contra un acuerdo preventivo por su supuesto carácter abusivo al consistir en el pago del 40% del capital verificado, en siete cuotas anuales y consecutivas, con un plazo de gracia de ocho años y un interés variable –a partir del 29 de agosto de 2001– del 3% al 7% anual»¹³⁹⁸, puesto que la disyuntiva que presenta la declaración de quiebra y la consiguiente liquidación de los bienes que componen el activo sería, en principio, menos beneficiosa para los acreedores, ya que la realización de los activos arrojaría un resultado inferior al contenido económico de la propuesta.

En base a las observaciones apuntadas, el *cramdown power* gira en torno a dos cuestiones puntuales: a) no discriminación y b) beneficio para los *accipiens*; por lo que si el deudor no demuestra que la propuesta signifique una verdadera ventaja para los acreedores frente a la posibilidad de realización de los bienes, el juez deberá declarar la quiebra.

Desde otra posición, se ha dicho que si el impugnante de un acuerdo preventivo «no ha demostrado que la propuesta de acuerdo signifique un beneficio para los acreedores menor que el dividendo que pudieren obtener en una liquidación de quiebra, se encuentra superada la pauta valorativa prevista en el art. 52 inc. 2 ap. IV de la ley 24.522 la cual, si bien aparece como vinculada a la operatividad del *cramdown power*, constituye

¹³⁹⁷ Cfr. Cám. Apel. Civ. y Com. de Bahía Blanca, sala II, “Echeverz, Lionel H. s/conc. prev.”, LLBA, 2004, 1243.

¹³⁹⁸ CNCom., sala E, “Entertainment Depot S.A. s/conc. prev.”, L.L. 2004-D-853. (del dictamen de la Fiscal General Subrogante que la Cámara hace suyo).

un requisito intrínseco de viabilidad de toda propuesta de concordato»¹³⁹⁹.

7.1) Acuerdo preventivo extrajudicial

En nuestro sistema legal, los acuerdos que celebre el deudor con sus acreedores, comprendiéndolos a todos, sin presentación judicial posterior (acuerdos privados) no quedan sometidos a ninguna paridad de tratamiento, por lo que el deudor goza de la más amplia libertad en su celebración, pudiendo convenir condiciones distintas –inclusive– entre los acreedores titulares de obligaciones de igual naturaleza.

Sin embargo, cuando el deudor va a presentar una propuesta de concordato para su homologación judicial, toda vez que la misma tendrá efectos *erga omnes* la libertad de contenido, debe interpretarse en sus justos límites, es decir, respetando la *par condicio creditorum*¹⁴⁰⁰, evitando su desnaturalización.

Este criterio ha sido seguido por la judicatura al considerar que sería contrario al orden público imponer al resto de los acreedores, acuerdos discriminatorios que otorguen ventajas a algunos respecto de otros, priorizando la igualdad de trato¹⁴⁰¹.

Como puede apreciarse, el principio de igualdad tiene sentido y funcionalidad en el concordato judicial (concurso preventivo o APE), precisamente, para neutralizar su imposición a los que no pudieron participar en su aprobación o negaron su conformidad, con lo que recobra efectos frente a ellos una propuesta que, no sólo contenga las mayorías exigidas, sino también que respete la igualdad de trato a los *accipiens*.

¹³⁹⁹ CNCom., sala D, “Editorial Perfil S.A. s/conc. prev.”, IMP 2007-21-2037 – L.L. 2007-F-338, con nota de Francisco JUNYENT BAS; L.L. 2007-F-660.

¹⁴⁰⁰ Cfr. JUNYENT BAS, Francisco y MACAGNO, Ariel G., *La igualdad de trato también rige en el acuerdo preventivo extrajudicial*, E.D. 206-895 (2004).

¹⁴⁰¹ Cám. 3a Civ. y Com. de Córdoba, “Tubos Trans Electric Sociedad Anónima”, LLC 2006-361 - IMP 2006-11-1459.

7.11) La paridad post-homologación

Tal como enuncia el art. 59 de la ley de quiebras, el concurso concluye, definitivamente, con la declaración de cumplimiento, mientras tanto, el deudor queda con una suerte de *capitis deminutio* atenuada, limitada a la inhibición general de bienes, por el plazo de cumplimiento del acuerdo y la previa autorización judicial para disponer bienes registrables.

Por ende, existiendo comité de control (art. 42, LCQ, ley 26.684) o, en su caso síndico encargado de vigilar el cumplimiento del acuerdo, deberá velarse para que la igualdad se mantenga incluso con posterioridad a la conclusión del concurso (art. 59 primera parte), ya que ello hace a su eficacia y al orden público concursal.

Resulta conocido que la presentación en concurso preventivo fulmina con la nulidad los beneficios otorgados a los acreedores que exceden lo establecido en el acuerdo para cada categoría, (art. 56 párr. 3º, LCQ), tornando nulo el pacto que se celebre en violación a la prohibición impuesta. Siendo así, vale recordar que, tratándose de un pacto posterior al acuerdo, su nulidad absoluta resguarda el principio de la igualdad de los acreedores, esto es, que la propuesta contenga cláusulas iguales para los acreedores dentro de cada categoría (...) es de destacar, que no está alcanzado por esa sanción el mayor beneficio que el deudor otorgue si tiene por efecto extenderse a “todos” los acreedores pues, en tal caso, no habrá violación de la *par condicio creditorum*¹⁴⁰².

Conforme lo expresado, la *par condicio* mantiene su vigencia, no solamente durante el curso del proceso sino también hasta su cumpli-

¹⁴⁰² «En el *sub lite* la concursada ofreció: “...a los señores acreedores quirografarios –que hagan uso de la opción– el pago anticipado de la sexta y última cuota concordataria contra una quita del 12% sobre...” su importe. Más allá de que –así expresada– la propuesta no es una mecánica mejora para el universo de acreedores (recuérdese con el pago anticipado tiene como correlato una quita), situación que obligaría a un control de mérito sobre sus términos, encuentra la Sala que el óbice fundamental para su aprobación es que su operatividad queda supeditada a la opción de cada acreedor. Es decir, que en caso de no mediar la aceptación de “todos” los acreedores coexistirían distintas modalidades de cumplimiento del acuerdo, lo cual no puede validarse por afectar el ya mencionado principio de la *par condicio creditorum*». CNCom., sala D, “L’Etage S.A. s/concurso preventivo”, elDial.com - AA533F, 18/03/2009.

miento, con lo que se advierte que sus efectos se extienden más allá del límite temporal que fija el trámite concursal y hasta el cumplimiento del acuerdo (*vide* art. 59, LCQ).

7.m) Quiebra. Hipótesis que alteran la igualdad

Una vez que el juez declara la falencia y ésta queda firme, todos los acreedores quedan sometidos a las resultas del proceso (art. 125, LCQ); esto es, deben obtener el reconocimiento de sus acreencias (art. 126, LCQ) y participan de la liquidación de bienes (art. 204 y 218, LCQ) a prorrata.

Evidentemente, se trata de la máxima en que la paridad de los acreedores puede llegar a materializarse ya que salvo las excepciones apuntadas en relación a los acreedores privilegiados, todos los demás quedan en pie de igualdad para percibir sus créditos. Asimismo, existen otras situaciones en las que la *par condicio* parece renovar fuerzas. Por ejemplo, cuando se declaran ineficaces los pagos realizados al fallido con posterioridad al inicio del proceso colectivo y consiguiente desapoderamiento, ya que el conocimiento del inicio del trámite universal, se presume *ipso iure* a partir del día siguiente a la última publicación de edictos¹⁴⁰³. Es que la conjunción de las disposiciones contenidas en el art. 107 (bienes del deudor) junto al art. 109 (los bienes son administrados por el síndico) del citado cuerpo legal, conforman un régimen unitario que tiende a cristalizar el patrimonio falencial, colocándolo en una situación de intangibilidad a favor de los acreedores con el propósito de su reparto según la regla en análisis¹⁴⁰⁴.

¹⁴⁰³ «Por otro lado, el conocimiento del inicio del proceso colectivo se presume *iuris et de iure* a partir del día siguiente a la última publicación de edictos (esta CNCom., esta Sala A, 08.03.96, “Carrillo de Marquez Liliana Hilda s. Quiebra s/inc. de apelación”; *id.* 15.02.93, “Blanco Encalada 1444 S.A. s/Quiebra”; *id.* “Roggerone Carlos Enrique - Roggerone Obdulio Saul (SH) s/quiebra s/inc. de apelación”). Es que la publicación de edictos de quiebra importa un pleno conocimiento de la declaración de falencia *erga omnes* y con alcance universal, por lo que a partir del cumplimiento de ese requisito no puede alegarse válidamente ignorancia de esa situación». CNCom., sala A Lexis n.º 70052188 (13/02/2009).

¹⁴⁰⁴ Cfr. *idem*.

Sin embargo, existen algunas normas que producen un quebrantamiento de la tan anhelada igualdad de los acreedores. A guisa de ejemplo se pueden mencionar:

a) el caso de compensación (art. 130, LCQ), en el que se concede privilegio al acreedor que resulta a la vez deudor del fallido para extinguir su obligación para con aquél hasta el monto de la menor y,

b) el supuesto del adquirente de inmueble por boleto de compraventa –celebrado antes de la falencia– en que hubiere abonado el 25% del precio (art. 1185 bis del Cód. Civ.), quien tiene derecho a reclamar la escritura traslativa de dominio del bien¹⁴⁰⁵, quedando al margen del proceso verificadorio con lo que se alteraría, por lo menos *ab initio*, la paridad de los acreedores.

Por último, tenemos el caso del avenimiento (art. 225, LCQ) en el que a pedido del deudor, el juez puede dar por concluido el concurso cuando lo consientan todos los acreedores verificados. En esta hipótesis de conclusión, el deudor no está obligado a dar cuenta de un tratamiento igualitario de los acreedores, pero sí está compelido a acreditar la absoluta conformidad de la totalidad de los *accipiens*.

En tal caso, la igualdad reviste otro matiz y se exterioriza con la exigencia de una mayoría agravada: generalidad de acreedores reconocidos (quirografarios y privilegiados) que presten adhesión a la propuesta de conclusión del trámite de quiebra, mediante expresión por escrito; quienes deben, simplemente, prestar su conformidad para la terminación del concurso –en cuyo caso, no se exigen formalidades sacramentales–. En tal supuesto, los acreedores pueden reclamar del deudor el pago de los intereses suspendidos.

§ 8. ¿ES RAZONABLE APARTARSE DEL RÉGIMEN DE PRIVILEGIOS?

A mérito de lo expresado, muy poco es lo que queda del régimen de igualdad en el concurso preventivo, tal como había sido concebido históricamente. Prueba de esta afirmación la constituyen algunos precedentes

¹⁴⁰⁵ CNCom., en pleno, “Arturo de Zaguir, María c. Concepción Arenal S.C.A.”, E.D. 94-648 (1981).

recientes, en los que los magistrados debieron apartarse del régimen de privilegios declarando su inconstitucionalidad, o bien, abandonar tal sistema y declarar inaplicable el acuerdo celebrado entre el deudor y los acreedores –respecto de un *accipiens*– en aras de sostener la igualdad de trato o en razón de proteger un bien humano.

La sentencia recaída *in re*: “González, Feliciano c. Microómnibus General San Martín S.A.C.”¹⁴⁰⁶ marcó un antes y un después en el derecho concursal, en tanto el régimen de privilegios –por tratarse de una ley de orden público– parecía, en principio, inexpugnable. En este precedente el magistrado interviniente declaró inconstitucional el acuerdo arribado por el deudor con los acreedores en relación a la víctima de un accidente de tránsito, a la que se le reconociera el crédito correspondiente a los daños y perjuicios sufridos, ya que teniendo en cuenta su avanzada edad y que el acuerdo tiene previsto cuotas que se devengarán durante diecisiete años, tal razonamiento implicaría que “su crédito se transformaría en un crédito para sus herederos, de aplicarse a ultranza el principio de igualdad de los acreedores”.

Apelado que fuere el pronunciamiento anotado, la Cámara Civil y Comercial de San Isidro confirmó el decisorio del *a quo* y, no solamente, declaró inoponible el acuerdo respecto de la damnificada (acreedora tardía), sino que a la misma vez utiliza un razonamiento adecuado en la circunstancia que es apartarse de la igualdad de trato convenida en el concordato respecto de los acreedores incluidos en la categoría, fundamentando tal modo de juzgar: «cuando por razones económicas se limita un derecho humano básico hasta hacerlo inexistente o se contraría la esencia de ese derecho»¹⁴⁰⁷. En tal hipótesis, es justicia que el *iudex* se aparte del acuerdo declarándolo inaplicable en el caso, por cuanto, la avanzada edad de la víctima de un accidente de tránsito (78 años), y el compromiso de

¹⁴⁰⁶ Cám.Apel.Civ.yCom. San Isidro, sala I, “González, Feliciano c. Microómnibus General San Martín S.A.C.”, pub. en La Ley, Sup.CyQ 2004 (septiembre), 30, con nota de Jorge MOSSET ITURRASPE; IMP 2004-B, 2883 - LLBA 2004, 818, con nota de Darío J. GRAZIABILE; Sup.CyQ 2004 (noviembre), 38, con nota de Edgardo D. TRUFFAT. El decisorio fue confirmado por la corte bonaerense en fecha 05/04/06, SCJ Bs. As., LLBA 2006-904.

¹⁴⁰⁷ Cám.Apel.Civ.yCom. San Isidro, sala I, “González, Feliciano c. Microómnibus General San Martín S.A.C.”, pub. en La Ley, Sup.CyQ 2004 (septiembre), 30.

vida de ésta, tornan procedente priorizar el derecho a la vida frente a la igualdad¹⁴⁰⁸.

Otro loable esfuerzo realizado para restablecer el equilibrio entre los acreedores lo constituye el precedente “Institutos Médicos Antártida S.A. s/quiebra s/incidente de verificación por: R. A. F. y de L. R. H. de F.”¹⁴⁰⁹. La sentencia de mención, con nota de JUNYENT BAS¹⁴¹⁰, admitió la verificación del crédito insinuado por los padres de un menor discapacitado derivado de una sentencia por mala praxis, y le otorgó privilegio especial y general, ya que si bien el crédito reclamado no goza de privilegio alguno en la ley concursal, los artículos de la ley que regulan el régimen de privilegios, colisionan con las disposiciones de la Convención Internacional de los Derechos del Niño¹⁴¹¹ que reviste jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22, C.N.), ya que dicho crédito debe tener un reconocimiento prioritario pleno y mejor que el resto de los privilegios especiales.

FINNIS considera que existen diversas formas de bien, que él considera que son bienes humanos básicos, a saber: “la vida”; “el conocimiento”; “el juego”; “la experiencia estética”; “la sociabilidad”; “la razonabilidad práctica” y “la religión”¹⁴¹² y, cada uno es una forma de bien igualmente evidente. De ahí, que no hay una jerarquía objetiva entre ellos y la jerarquización del “derecho a la salud”, como tópico con reconocimiento constitucional, configura, un piso que no es permitido perforar (art. 42, C.N.). De allí que sea válido el criterio utilizado por el juzgador de apartarse del acuerdo, cuando éste podría llevar a una situación disvaliosa cu-

¹⁴⁰⁸ Cfr. *idem*.

¹⁴⁰⁹ Los incidentistas no plantearon la inconstitucionalidad del régimen de privilegios de la ley concursal. *Ad maiori ad minus* los padres del menor solicitaron una medida de tutela de satisfacción inmediata del crédito con fundamento en el art. 3 *in fine* de la ley 26.061, solicitando el pronto pago del crédito, Juz. Nac. 1ª Inst. Com., n.º 20, “Institutos Médicos Antártida S.A. s/quiebra s/incidente de verificación por R. A. F. y de L. R. H. de F.”, L.L. 2007-E-552. El decisorio no fue apelado.

¹⁴¹⁰ JUNYENT BAS, Francisco, *Se abrió el cielo. A propósito de los daños a la salud del menor y la inconstitucionalidad del régimen de privilegios concursales*, L.L. 2007-E-552.

¹⁴¹¹ Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en la ciudad de Nueva York (Estados Unidos de América), el 20 de noviembre de 1989. Aprobada por la República Argentina según la ley 23.849 (sancionada el 27/9/90; promulgada de hecho el 16/10/90; publicada en el B. O. el 22/10/90), (EDLA, 1990-203).

¹⁴¹² FINNIS, John, *Ley Natural y Derechos Naturales*, (8ª reimp., 1980), ed. Abeledo-Perrot, Bs. As., (2000), pág. 117.

ya protección requería razonable resguardo y apego a la cúspide del ordenamiento.

La constitucionalización, entendida como la capitulación del orden jurídico a la norma fundamental, abarca o comprende a todas las leyes de fondo y de forma que lo integran. Por ello, no resulta admisible que el intérprete pretenda escapar en algún momento a las reglas que emergen de un sistema piramidal¹⁴¹³.

Algunos autores advierten que tratándose de acreedores que poseen un crédito extracontractual basado en la responsabilidad aquiliana, deberían tener un trato diferente al resto de los *accipiens*¹⁴¹⁴, no solamente, porque no son acreedores que tuvieron intención de contratar con el deudor, sino también, porque existen otros motivos (edad avanzada, estado de salud), que legitiman otro arquetipo de protección.

En resumen, de estos precedentes se advierte que, más allá de los privilegios concursales y la igualdad de trato de los acreedores en los concursos –ante la presencia de situaciones en las que está en juego la vida, la salud o la integridad física de las personas– la igualdad debe ceder, siendo propicio realizar un adecuado balanceo entre la norma y la constitución.

También resulta importante señalar que la propia ley concursal realiza algunos distingos en el tratamiento de los privilegios sin un motivo plausible que justifique tal proceder, y que importan –en sí mismo– una marginación irrazonable, a saber: cuando concede privilegio general al crédito originado en facturas de crédito por hasta la suma de \$20.000. A pesar que VILLANUEVA alude que el privilegio en estos créditos está dado por los fines que inspiran la ley –facilitar el crédito comercial, que incide en la economía general–¹⁴¹⁵, los interrogantes se suceden a medida que se avanza en las consideraciones sobre éste crédito: ¿por qué distinguir a éste acreedor de causa contractual con el resto de los *accipiens* de idéntica

¹⁴¹³ Cfr. MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Otra muestra del “Derecho Privado Constitucional”*: *La Constitución avanza sobre los privilegios concursales*, pub. en *La Ley en Sup.CyQ* 2004 (septiembre), 29.

¹⁴¹⁴ Cfr. TRUFFAT, Edgardo Daniel, *Reflexiones sobre abuso y discriminación en la propuesta de acuerdo –con motivo de un fallo tan querible como erróneo–*, *La Ley, Sup.CyQ* 2004 (noviembre), 38.

¹⁴¹⁵ VILLANUEVA, *op. cit.*, pág. 358.

fuente?, ¿por qué otorgar privilegio al que posee factura de crédito y no al que posee una factura común?, ¿por qué conceder el beneficio hasta la suma de \$20.000, cuando por ejemplo: el fisco no posee límite alguno para verificar su acreencia con privilegio general (art. 246 inc. 4º), o cuando el concursado, siendo persona física se otorga privilegio: a) los gastos funerarios según el uso; b) los gastos de enfermedad durante los últimos seis (6) meses de vida; c) los gastos de necesidad en alojamiento, alimentación y vestimenta del deudor y su familia durante los seis (6) meses anteriores a la presentación en concurso o declaración de quiebras, sin límite alguno (art. 246 inc. 3º)?, ¿por qué admitir el ejercicio de este derecho, en relación al librador y no a los endosantes?, ¿no es discriminatorio realizar estos distinguos?

Todos estos enigmas permiten corroborar que la misma ley incurre en alguna injustificada segregación, con lo que no sería irrazonable que el juez se aparte de la norma escrita, para adecuar el caso a la constitución. Así, cuando el juez concede un privilegio o un beneficio (pronto pago) y lo hace en forma excepcional en razón de la naturaleza alimentaria de una acreencia, hace ejercicio de la facultad que le confiere la ley o la norma fundamental de hacer justicia, aunque a veces y bajo ciertas circunstancias, deba apelar a la equidad.

Existen ciertos escenarios en los que el magistrado apartándose de la norma dicta una sentencia que se apega a la Constitución, y ésta forma de razonar –en una humilde posición– no merece reparo alguno pero, pone a las claras, que el régimen de privilegios merece ser revisado.

§ 9. ¿QUEDA ALGO DE LA *PAR CONDICIO CREDITORUM*?

La vigencia de los derechos, entendidos como porciones de libertad, requiere de la posibilidad de optar, y optar supone elegir y elegir reconoce a la libertad como presupuesto ineludible. Postulado, que en un sistema democrático constitucional conduce al principio de igualdad¹⁴¹⁶. Pero, en caso de concurso preventivo, debe admitirse que la igualdad está contenida en la libertad de participación y de opción, limitada por el orden público, el abuso del derecho, la buena fe y la Constitución Nacional.

¹⁴¹⁶ Cfr. CAYUSO, *op. cit.*, pág. 1380.



A pesar de las consideraciones expuestas a lo largo de este apartado, la igualdad entendida como el tratamiento uniforme de todos los acreedores se encuentra reducida a una regla que se aplica en contadas ocasiones. Sin embargo: ¿hay algún principio más familiar o que se encuentre mayormente emparentado –históricamente– con la quiebra que el de la *par condicio creditorum*? La respuesta –en la actualidad– la encontraríamos, tal vez, en otros principios que vinieron a *aggiornare* este aforismo, cada vez más devaluado del derecho concursal.

Empero, ¿si prescindieramos del “principio de igualdad”, quedaría algo del derecho falimentario? Probablemente, éste quede reducido a un mero “principio de suspensión”, para que el deudor logre la reorganización de la empresa. ¿Y si no lo logra? Entonces, deberíamos preguntarnos, si es necesario reconstruir la igualdad en el proceso concursal.

En base a estas consideraciones se podría sostener que el adagio: *par condicio creditorum*, más que un principio jurídico mantiene un valor histórico, menguado como tal, pero vigente como apotegma, bajo ciertas circunstancias. Será el intérprete quien deberá luchar para mantener su valor como *principle*, el que se exhibe cada vez más degradado.

§ 10. MUTACIÓN DE LA IGUALDAD. PRINCIPIO DE LAS MAYORÍAS

La discusión recurrente de si el deudor debe pagar, recta y puntualmente, las pretensiones de todos los acreedores encontrándose en cesación de pagos, deviene en una controversia tan antigua como la que se debate entre la protección del deudor o de los acreedores, el crédito y la deuda.

Para poder individualizar las relaciones intercurrentes entre los intereses de los acreedores y el deudor, debe tenerse en cuenta, si éste último se encuentra en algún grado de posibilidades de pagar todos los créditos, íntegra y regularmente¹⁴¹⁷. Si el deudor se encuentra en condiciones de abonar lo que debe se produce una situación de mera coincidencia de intereses la cual se distingue de la comunidad de intereses pués, en la hipótesis de intereses compartidos –la comunidad que se forma es resultado

¹⁴¹⁷ Cfr. SACCHI, Roberto, *Il principio di maggioranza nel concordato e nell'amministrazione controllata*, ed. Giuffrè, Milano (1984), pág. 235.

de una organización, más o menos compleja en función del caso, mediante la conexión de cada uno de las posiciones individuales, unificadas o en un interés común—. Ese elemento no se encuentra en los casos en que en síntesis, los intereses surgen diferentes y mantienen una coherencia en exclusividad de las cuestiones individuales¹⁴¹⁸.

Cuando el deudor se encuentra en estado de insolvencia (cesación de pagos) frente a un *genus limitatum de accipiens*, el interés no se asienta tanto en la prioridad temporal del crédito sino, en la observancia de la alicaída *par condicio creditorum*¹⁴¹⁹. Aquí la paridad está dada en el interés del deudor de colocar a los acreedores en una situación de correspondencia entre ellos: la de obtener el reconocimiento judicial de sus créditos para poder formularles propuesta de pago, clasificándolos en categorías (art. 41, LCQ).

Sin embargo, algunos autores –prescindiendo de los límites en los que el principio de igualdad de trato de los acreedores puede ser considerado como que opera, fuera de los procedimientos de quiebra– sostienen, que es sin duda el reconocimiento en la quiebra lo que ha potenciado la paridad¹⁴²⁰. A pesar de ello, el interés de los acreedores en la hipótesis de concurso está dado, por la mejor propuesta concordataria y en el caso de liquidación de bienes en la quiebra, por el mayor precio que se obtenga en el menor tiempo posible de la venta de los bienes del fallido; toda vez que la praxis indica que en estado de insolvencia son muy pocas las posibilidades de que los acreedores recuperen íntegramente, sus acreencias.

Si partiéramos del presupuesto que la igualdad es un principio absoluto e inderogable de la ley concursal, todos los acreedores deberían ser colocados en paridad de condiciones de cobro de sus créditos, por lo que no tendría sentido la exigencia de mayoría alguna. Sería suficiente con efectuar la presentación concursal y formalizar una propuesta de pago, para que contando con los mínimos recaudos la misma sea admitida, ya que todos cobrarían lo mismo.

Pero, esta solución no se condice con la voluntad del legislador, tanto nacional como extranjero. Al punto que, si se repara en la existencia de

¹⁴¹⁸ Cfr. PESCATORE, S., *Il rappresentante comune degli obbligazionisti*, Riv. dir. comm, (1968), t. I, pág. 118.

¹⁴¹⁹ Cfr. SACCHI, *op. cit.*, pág. 237.

¹⁴²⁰ Cfr. PASETTI, G., *Parità di trattamento e autonomia privata*, Padova, (1970), pág. 138.

una propuesta consistente en “entrega de bienes a los acreedores; constitución de sociedad con los acreedores quirografarios, en la que éstos tengan calidad de socios; reorganización de la sociedad deudora; administración de todos o parte de los bienes en interés de los acreedores; emisión de obligaciones negociables o debentures; emisión de bonos convertibles en acciones; constitución de garantías sobre bienes de terceros; cesión de acciones de otras sociedades; capitalización de créditos, inclusive de acreedores laborales, en acciones o en un programa de propiedad participada, o en cualquier otro acuerdo que se obtenga con conformidad suficiente” (art. 43, segundo párrafo, LCQ), unos tendrían mayor participación accionaria que otros y tal solución sería producto del simple juego de las mayorías y no una consecuencia disvaliosa de la igualdad.

La circunstancia de existir una comunidad de intereses orientada a obtener un reconocimiento de sus pretensiones y una propuesta de pago (derecho de tutela de los acreedores) es ejercido colectiva y contemporáneamente¹⁴²¹ por la mayoría de acreedores que tiende a aceptar la pérdida a la cual son expuestos.

En el caso de concurso preventivo la singular posición individual se transforma en la coincidencia de una comunión de intereses que reconoce a la mayoría, una relación de instrumentalidad, con poderes suficientes para imponer una determinada posición contra la voluntad de la minoría y/o de la acción ejecutiva correspondiente a cada uno de los acreedores¹⁴²².

Este principio no solo resulta propio del ordenamiento concursal sino, asimismo, un instituto propio del régimen societario en tanto el mismo requiere la conformación de determinadas mayorías para la adopción de decisiones sociales –incluso a veces agravadas– como por ejemplo: cuando en la sociedad de personas se requiere el consenso de todos los socios para la modificación del contrato social (art. 131, LSC).

La oportunidad del principio de las mayorías se sostiene en la deliberación que realizan los acreedores de la propuesta concordataria, en consideración no tanto a la propuesta de acuerdo sino, a la extensión de los poderes de la mayoría y a la conservación de la empresa.

¹⁴²¹ Cfr. ROCCO, Alfredo, *Il concordato nel fallimento e prima del fallimento*, ed. Fratelli Bocca, Torino, (1902), pag. 152.

¹⁴²² SACCHI, “*Il principio...*”, *op. cit.*, pág. 247.

Existe, por tanto, un poder implícito reconocido a la mayoría de los acreedores en la votación del acuerdo, toda vez que el mismo ostenta una notable ingerencia en la esfera jurídica individual de los acreedores singularmente considerados, con la consecuente limitación de la autonomía privada. Estos poderes reconocidos a la mayoría poseen ciertas particularidades: mientras que en la propuesta para los acreedores quirografarios (con la doble mayoría de capital y de personas) se requiere una mayoría simple; de otro lado, para los acreedores con privilegio especial se requiere contar con la unanimidad.

Las potestades de los acreedores para acordar con un deudor que ofrece lo que quiere no son absolutas, ya que la facultad del juez de homologar una propuesta concordataria, tiene como límite infranqueable – aunque el *cessatus* hubiere logrado obtener las mayorías necesarias– el abuso del derecho y el orden público concursal (art. 52, *in fine*, LCQ), con lo que la igualdad: depreciada, es sustituida por la equidad: valorada.

§ 11. REFLEXIONES EN TORNO A LA PARIDAD DE ACREEDORES EN EL SISTEMA CONCURSAL

Las normas prohíben, obligan o facultan ciertas conductas a las que describe con satisfactoria claridad. Por el contrario, la naturaleza del principio les hace perder claridad y precisión, su carácter principal –en opinión de SÁNCHEZ DE LA TORRE– es el dinámico potencial, por eso los principios son normas de normas o leyes de leyes, pues esa carga de cierta indeterminación y generalidad de todos los principios les permite con facilidad el recurso a su formulación en locuciones breves, compendiosas y concisas¹⁴²³.

A diferencia de las normas, los principios tienen una tendencia a una estabilidad y permanencia mayor que las normas en general. Ellos requieren para su total inteligibilidad y vigencia efectiva, de normas que históricamente los van proyectando en un orden particular de conductas. Así, los principios representan el pensamiento, el inicio, el que por medio de

¹⁴²³ VIGO, Rodolfo L., *Interpretación jurídica*, ed. Rubinzal Culzoni, Sta. Fe, (1999), pág. 122.

una procedimiento de valoración pone a la norma en funcionamiento y le da contenido axiológico¹⁴²⁴.

Los adagios tienen una función docente y atemporal, invitan a la meditación, señalan el camino, colaboran en la interpretación e integración de la norma con el resto del ordenamiento jurídico¹⁴²⁵, de allí su importancia en tiempos en los cuales –debido a la escasez de leyes– servían como elementos integradores del ordenamiento. Pero esto, no sucede en tiempos en los que el legislador ha priorizado otros institutos del derecho concursal, como es el de la conservación de la empresa, por la importancia que el mismo representa para la economía y el Estado.

Por ende, existirían serias dificultades poder retornar a los viejos estatutos medievales, que juzgaban a la *par condicio creditorum* como línea directriz del ordenamiento falimentario y cuya regla era la *solutio per soldum et libram, pro rata creditorum*: pagar cada crédito, es decir, en proporción a la capacidad del patrimonio, y no sobre la base de una graduación entre los propios acreedores efectuada atendiendo a criterios de prelación, con lo cual se consigue, normalmente, la satisfacción general, solamente, de algunos acreedores¹⁴²⁶.

El presente del derecho concursal se revela distinto a aquél existente en los orígenes del instituto. La igualdad de acreedores frente a un sujeto *in malis* presenta diversas excepciones al punto que, en algunos supuestos, requiere apartarse de ella para lograr soluciones más justas; por lo que más que un principio sería más propicio hablar de una regla, ya que el derecho de quiebras no protege la rígida igualdad en el trato de los acreedores, ni se preocupa por una distribución igualitaria en las pérdidas; está más ocupado en la preservación de la empresa y el beneficio que ello representa para la economía¹⁴²⁷ y para los acreedores, que de un mo-

¹⁴²⁴ «La no aplicación de la norma que regula el caso en cuestión, la afecta en su existencia jurídica, de ahí que exija del jurista una explicación jurídica de tal apartamiento; en cambio, el principio da más libertad al encargado de aplicar el Derecho; el hecho de que no se emplee específicamente para el caso no lo conmueve gravemente en su vigencia y validez. En definitiva, los principios causan y requieren de la claridad y detalle prescriptivo de las normas, su indeterminación les brinda diferentes matices y riqueza jurídica potencial». Cfr. *idem*, pág. 123.

¹⁴²⁵ Cfr. MONTEJANO, Bernardino (h), *Curso de Derecho natural*, (7ª edición), ed. LexisNexis Abeledo-Perrot, Bs. As., (2002), pág. 333.

¹⁴²⁶ Cfr. CÁMARA, *op. cit.*, vol. III-B, pág. 530

¹⁴²⁷ Cfr. CONIL PAZ, *op. cit.*, pág. 294.

do u otro, necesitan un *bill* de protección y equilibrio frente a los intereses de la hacienda. Sin embargo, negar la existencia de la igualdad –*lato sensu*– podría llevarnos a la discriminación y la arbitrariedad.

No obstante lo apuntado, éste interés por la protección de la empresa, radicalmente, podría generar situaciones disvaliosas, en las que el adagio: *pacta sunt servanda*, se pierda definitivamente como principio de los contratos; en las que la igualdad de los acreedores a ultranza pueda llevar a arbitrariedades –como la que se produciría si los trabajadores fueran colocados en igual posición que los acreedores quirografarios–; en los que un sistema, excesivamente protectorio de los acreedores, podría llevar al desequilibrio necesario entre el interés de éstos y el interés del concurso (el del Estado: por la percepción de tributos; el de la economía: por la diversificación de las inversiones; el del propio fallido: en la continuación de la actividad) y, todo ello, representa un enorme desafío para el jurista.

Si los acreedores no pueden agredir el patrimonio para lograr la satisfacción personal de sus créditos y el deudor no puede abonar a cada uno lo que les corresponde a valores nominales, el concurso preventivo como proceso de reorganización, sigue siendo la mejor opción para que todos (acreedores y deudores) sean tratados equilibradamente, como solución para contrarrestar la discriminación y la arbitrariedad.

CÁMARA consideraba que todos los acreedores deben ser valorados sin distinción alguna entre quirografarios y privilegiados, ya que es justo que todos ellos, en mayor o menor medida, soporten la crisis patrimonial del deudor, así se satisface la moral comercial y el interés público¹⁴²⁸.

La expansión desmedida que tuvieron los privilegios concursales en nuestro sistema jurídico (arts. 241 y 246, LCQ) ha llevado a una tiranía legal que fuera consabida históricamente para resguardar situaciones de inequidad que se presentaban frente a un número indeterminado de sujetos que de cara a un deudor insolvente, tomaban para sí los bienes a los fines de satisfacer sus pretensiones crediticias. De allí, la necesidad de rediseñar los privilegios concursales, suprimir varios de ellos y lograr –de esta forma– que la insolvencia alcance a todos en forma más equitativa.

¹⁴²⁸ Cfr. CÁMARA, *op. cit.*, vol. III-B, pág. 809.

Sin embargo, que todos los acreedores sean tratados en un exacto pie de igualdad como fuera concebido en los primeros ordenamientos fallimentarios, que el régimen concursal proteja todos los intereses en juego: el del fallido, los acreedores, los trabajadores, la empresa, el orden público, la integridad del patrimonio, el interés del Estado, el de la economía y cuantos otros más se puedan enumerar; únicamente puede concebirse como describía TOMÁS MORO, en la isla de las utopías.

CAPÍTULO IX

SUSPENSIÓN DE EJECUCIONES, ACCIONES E INTERESES: SU VALOR COMO PRINCIPIO Y LA DESMITIFICACIÓN DEL FUERO DE ATRACCIÓN CONCURSAL

§ 1. PREFACIO

La ley de concursos y quiebras establece diversas pautas directrices que, como líneas orientadoras de los fines que persigue el ordenamiento se incardinan, normalmente, hacia la reestructuración del pasivo falencial y la consecuente recuperación de la empresa y, por ende, del empresario.

Sin embargo, el *desideratum* de este proceso de transformación no podría alcanzarse, si no se dotara al deudor de verdaderos instrumentos que permitan la tan anhelada superación del estado de cesación de pagos, que viabilicen los caminos tendientes a concretar la metamorfosis de este procedimiento de reconversión al que recurren las empresas –la mayor de las veces– que no pueden superar los problemas que presenta la interrupción en los pagos y/o el incumplimiento.

Para poder llevar adelante esta tarea: reorganizativa –tanto en la hipótesis de concurso, cuanto en la de quiebra con continuidad de la explotación– el deudor o, en caso de falencia: el síndico, requieren de una suerte de *impasse* que permita detener el tiempo, efectuar una rápida mirada de la situación de la hacienda, valorar las fortalezas y debilidades, preparar y programar un plan de saneamiento y, por último, reestructurar el pasivo con el menor sacrificio de bienes posible, en aras de lograr la continuidad de la explotación.

Para lograr tal decálogo, resulta imprescindible contar con instrumentos idóneos que permitan poder llevar a cabo tal emprendimiento,

congelando por un tiempo la imagen; lo que en el caso de la normativa concursal se logra en un primer instante y con un grado apreciable de efectividad, con la suspensión de las ejecuciones seguidas en contra del patrimonio del *cessatus*. Pero, claro está, ello solo no resulta suficiente para poder reestructurar la empresa; se requiere de otros efectos que, con la apertura del proceso concursal, permitan que la película se detenga (aunque sea, por un lapso de tiempo prudencial), permitiendo que el empresario y/o el síndico (en caso de quiebra) posean una visión más clara y amplia de la realidad de la hacienda, lo que coadyuvará a poner manos a la obra en su reestructuración.

El art. 21 de la Ley de Concursos y Quiebras provee dos efectos irreductibles y necesarios de todo proceso concursal: “la suspensión de ejecuciones” y “la suspensión de acciones de contenido patrimonial”. Estas secuelas de la apertura del concurso poseen estrecha relación con la continuidad y conservación de la hacienda y resultan imprescindibles para lograr la prosecución de la explotación. El dispositivo referido prescribe: “la apertura del concurso produce, a partir de la publicación de edictos, la suspensión del trámite de los juicios de contenido patrimonial contra el concursado por causa o título anterior a su presentación, y su radicación en el juzgado del concurso. No podrán deducirse nuevas acciones con fundamento en tales causas o títulos” (t.o. ley 26.086).

Similar a lo que sucede en caso de concurso, en la hipótesis de falencia (art. 77, LCQ) se producen idénticas consecuencias para los acreedores, esto es, las acciones quedan suspendidas *ipso facto* por la declaración de quiebra (art. 132, LCQ) ordenando, asimismo, la radicación de las causas ante el juzgado donde tramita el proceso universal; salvo las exclusiones –lo cual opera para ambos procedimientos: concurso o quiebra– expresamente previstas: a) procesos de expropiación, los que se funden en las relaciones de familia y las ejecuciones de garantías reales; b) juicios de conocimiento en trámite; c) juicios laborales; y, por último, d) aquellos procesos en los que el concursado sea integrante de un litis consorcio pasivo necesario (art. 21, LCQ).

A mérito de lo dispuesto en el art. 21 y 132 del ordenamiento falencial, a partir del momento en que el juez ordena la apertura del concurso preventivo o bien declara la quiebra, se suspenden los juicios de contenido patrimonial –que no sean procesos de conocimiento (*exceptio*: art. 21 inc. 2º, LCQ)– iniciados por los acreedores contra el deudor, como asi-

mismo, se prohíbe iniciar toda acción nueva por causa o título anterior a la fecha de presentación en concurso o declaración de quiebra.

Los acreedores que adoptan la categoría de concursales –aunque no de concurrentes, lo que no ocurre sino, a partir del pedido de verificación de créditos– al ver suspendidas sus pretensiones de cobro individuales se ven compelidos a insinuar sus pretensiones creditorias, ya que de quedar expectantes a las resultas del proceso concursal, no podrán participar de una propuesta concordataria o, en su caso, no podrán proseguir las acciones personales que tenían en contra del deudor.

Por ende, considerando que no resulta viable admitir la coexistencia de un proceso singular y uno universal¹⁴²⁹ sobre un mismo sujeto; a partir de la declaración judicial de bancarrota se produce la paralización automática de las acciones individuales (en particular, aquellas que traen aparejada la ejecución de los bienes del deudor), a los fines de encaminar el proceso hacia la verificación de créditos, el que pasará a sustituir las ejecuciones particulares de los *accipiens*.

De esta forma, las acciones personales de contenido patrimonial que los acreedores poseen contra el deudor quedan paralizadas, detenidas –con motivo de la apertura del proceso universal– y, no podrán continuar hasta tanto se solicite el pedido de insinuación del crédito, salvo las excepciones expresamente enumeradas (art. 21 inc. 1, 2 y 3, LCQ). No obstante, el legislador nacional fue más allá y dispuso que, no solamente quedan suspendidas las acciones legales en curso sino que estableció la prohibición de deducir acciones nuevas; impidiendo de esta forma, que los acreedores puedan valerse de la inexistencia de una acción en marcha, para beneficiarse con la promoción de una nueva, eludiendo de esta forma el trámite verificadorio.

Se produce así una suerte de limitación actuarial por parte de los *creditors*, quienes quedan sometidos al trámite concursal, quedando abolidas las pretensiones de cobro por la vía ejecutiva debiendo, por ende, reconducirse la pretensión individual por el cauce de la verificación de créditos: tempestiva (art. 32, LCQ) o tardía (art. 56, LCQ).

¹⁴²⁹ Cfr. RAGUSA MAGGIORE, Giuseppe, *Instituzioni di Diritto Fallimentare*, (2ª edición), ed. Dott, Padova, (1994), pág. 174.

La conservación de la administración de la hacienda por parte del deudor, únicamente puede tener razonable aceptación, en la convicción de que el mismo podrá –con posterioridad a la presentación concursal– reorganizar la empresa, y ello sólo puede admitirse, si existe un compás de espera que permita la tan anhelada reestructuración.

La suspensión de los pedidos de quiebra, de las acciones de contenido patrimonial, la prohibición para deducir nuevas demandas por cobro de créditos, la paralización de las ejecuciones de garantías reales y el impedimento para dictar medidas cautelares que impidan por parte del deudor el uso de la cosa gravada, son principios cardinales en todo proceso de reorganización. De esta forma, existe una convalidación si bien no de todos, por lo menos, de algunos de estos efectos en forma casi generalizada en el derecho comparado.

Sin embargo, la suspensión no sólo está dada a favor del deudor (art. 10, LCQ) sino que, también está prevista en el interés de los acreedores: *v. gr.* cuando la ley (art. 16 y 17, LCQ) prohíbe al deudor la realización de actos que importen alterar la situación de los acreedores por causa o título anterior a la presentación, como es el pago a los *creditors* de obligaciones originadas con anterioridad a la presentación concursal¹⁴³⁰.

De esta forma, la igualdad de acreedores se encuentra más emparentada con el estado de éstos frente al concurso del deudor (concursoales vs. desinteresados) que con la paridad en el cobro de las acreencias adeudadas por el insolvente; impidiendo ésta interdicción que el cesante en sus pagos modifique el *status* de los acreedores del concurso con posterioridad a su presentación.

¹⁴³⁰ Cfr. CNCom., sala A, “Club Daom”, L.L. 2003-D-725. La violación a la prohibición de efectuar pagos a los acreedores una vez realizada la presentación concursal tiene como sanción la ineficacia de pleno derecho de tales actos, quedando obligado quien recibiere tales pagos a reintegrar a la masa, las sumas que percibiere de quien se encontraba impedido de disponer de sus bienes (art. 118 inc. 2º, LCQ y art. 18 y 734, Cód. Civ.); *idem*, CNCom., sala A, “Carrefour s/inc. de restitución de fondos en: Argentina Fibraltex S.A. s/conc. prev.”, L.L. 11/08/2005, 7; CNCom., sala C, “Círculo de Suboficiales del Servicio Penitenciario Federal Argentino s/conc. prev.”, L.L. 16/03/2010, 4.

§ 2. LA SUSPENSIÓN EN EL DERECHO CONCURSAL COMPARADO

En la legislación extranjera se puede advertir sin hesitación que la mayoría de ellas –por vía de la suspensión de ejecuciones o simplemente de acciones– tienden a resguardar el patrimonio del deudor a la espera de que el mismo pueda lograr la tan ansiada reorganización de la empresa.

Para la *InsO* alemana, la presentación por parte del deudor de un pedido de apertura de insolvencia (art. 13.I, *InsO*), lo cual presupone que el atrasado se encuentra cesante en sus pagos (art. 17.II, *InsO*), habilita al juez a adoptar las medidas necesarias a los fines de preservar el interés de los acreedores pudiendo, inclusive: “prohibir o suspender, momentáneamente, medidas de ejecución forzosa contra el deudor, hasta el punto que los bienes inmuebles no sean afectados” (art. 21.II.3, *InsO*)¹⁴³¹ por el trámite de ejecución.

Si bien puede apreciarse que la suspensión en el régimen germánico no es un efecto directo o consecuencial de la apertura del proceso de insolvencia; en aras de la protección del interés general, el *iudex* se encuentra habilitado para disponer medidas que impidan la ejecución del bien o bienes necesarios para la prosecución de las actividades de la empresa.

En el caso de la ley belga (*Loi relative au concordat judiciaire*), el art. 26 ordena la suspensión del trámite de los procesos de ejecución sobre bienes garantizados hasta la verificación, estableciendo la interrupción de los procedimientos de ejecución a favor del propietario de los mismos. Sin perjuicio de ello, el tribunal podrá, a petición de los administradores, paralizar la ejecución de un bien seguida por una acreencia con privilegio especial, por un período máximo de un año contado desde la declaración de *faillite*¹⁴³². Durante este período se tiende a lograr la puesta al día de la empresa, con el fin de permitir la continuidad de la explotación, con el mínimo deterioro posible de la masa de bienes.

En Francia, la Ley de Salvaguarda de Empresas (*Loi de sauvegarde des entreprises et liens vers les décrets d'application*) hace gala del nombre impuesto a la normativa concursal, estableciendo la suspensión de las agresiones patrimoniales en contra del deudor. El art. 622-22 prescribe

¹⁴³¹ Cfr. DASSO, Ariel A., *Derecho Concursal Comparado*, inédito, ed. Legis, Bs. As., (2009). El artículo me fue facilitado por el autor, previo a su publicación.

¹⁴³² Art. 26. *Loi relative au concordat judiciaire*.

que las acciones en curso no son interrumpidas sino después de que el acreedor haya obtenido la declaración de su derecho; tales acciones prosiguen de pleno derecho, con intervención del representante de los acreedores o administrador pero, solamente, para la constatación del crédito y la fijación de su monto¹⁴³³. La percepción de la acreencia se realiza conforme se encuentre establecido en el acuerdo o lo disponga el magistrado.

El régimen galo se encuentra orientado a facilitar la reorganización de la empresa para permitir la continuación de la actividad económica, la conservación del empleo y la determinación del pasivo (art. L. 620-1).

Por su parte, la *legge falimentare* italiana instituye que “desde el día de la presentación de la solicitud hasta el momento en que el decreto de aprobación definitiva de un convenio devenga definitivo, los acreedores por título o causa anterior al decreto no pueden, bajo pena de nulidad, iniciar o proseguir acciones ejecutivas sobre el patrimonio del deudor” (art. 51 y 168, LF).

Por otro lado, la declaración de falencia “suspende el curso de los intereses convencionales o legales, los efectos de la competencia, hasta la clausura de la quiebra...” (art. 55, LF), con lo que se estima –*asimili* con lo que estatuye el art. 19 de la ley concursal argentina– que el régimen itálico mantiene el criterio de aplazamiento de las ejecuciones, del curso de los intereses y de los derechos de los acreedores para la petición de reconocimiento de sus créditos, los que quedan sometidos a las resultas del proceso concursal.

La ley española 22/03 determina que una vez “declarado el concurso, no podrán iniciarse ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, ni seguirse apremios administrativos o tributarios contra el patrimonio del deudor” (art. 55.1, LCE), por lo que las acciones quedan enderezadas hacia la verificación. Únicamente, podrán proseguirse aquellas ejecuciones laborales, siempre y cuando, los bienes objeto de embargo no resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor.

¹⁴³³ Cfr. HEREDIA, Pablo D., *Ley 26.086: nuevo modelo en el régimen de suspensión y prohibición de acciones y en el diseño del fuero de atracción del concurso preventivo*, SJA 3/5/06, J.A. 2006-II-950.

A partir de la fecha de presentación concursal, las actuaciones que se hallaren en trámite quedan tácitamente suspendidas, siendo nulas las acciones que se lleven a cabo en contravención a esta prohibición (art. 55.2 y 55.3, LCE).

En el caso de los acreedores titulares de garantías reales “sobre bienes del concursado afectos a su actividad profesional o empresarial o a una unidad productiva de su titularidad, no podrán iniciar la ejecución o realización forzosa de la garantía hasta que se apruebe un convenio cuyo contenido no afecte al ejercicio de este derecho o transcurra un año desde la declaración de concurso sin que se hubiera producido la apertura de la liquidación” (art. 56.1, LCE). Tal dispositivo brinda claras señales de la importancia que posee para el legislador hispano, el mantenimiento de la actividad y la trascendencia que dispensa la paralización por un plazo razonable de las ejecuciones seguidas sobre bienes del deudor, necesarios para el desarrollo de su actividad.

El legislador ibérico no ha dejado de lado el tratamiento de los intereses y, para ello, ha dispuesto que la declaración de concurso produce la suspensión del devengo de todo tipo de interés: legal o convencional, salvo los correspondientes a los créditos con garantía real (art. 59.1, primera parte, LCE).

Párrafo aparte merece la cuestión relativa a los créditos salariales. Para las acreencias laborales que resulten reconocidas, las mismas devengarán intereses conforme al interés legal del dinero fijado en la correspondiente Ley de Presupuestos (art. 59.1, LCE), pero los intereses correspondientes a tales créditos, tendrán carácter de subordinados en los términos del art. 92.3 de la citada ley, con lo que tales créditos –los generados por los intereses devengados por el período de tramitación del concurso– son pagados después de atendidas todas las acreencias.

Sin perjuicio de ello, en el supuesto de que se arribe a un convenio que no importe quita, el deudor podrá acordar el pago de los intereses suspendidos. En caso de liquidación, si resultara remanente después del pago de la totalidad de los créditos, se reembolsarán los intereses suspendidos, calculados al tipo convencional (art. 59.2, LCE).

En Inglaterra, la *Insolvency Act* establece ciertos efectos que se producen a partir de la solicitud de petición del procedimiento de insolvencia (art. 10, TIA): a) durante el período comprendido entre el pedido de administración (el que se materializa por medio de un administrador) y ter-

mina con la realización de bienes (*winding up*) o, en su caso, la desestimación de la petición, no puede adoptarse ninguna decisión que imponga la liquidación de la empresa; b) tampoco pueden tomarse medidas que impongan hacer cumplir las garantías sobre bienes de la empresa, excepto con la autorización de la Corte y con sujeción a las condiciones que el tribunal puede imponer; c) no puede iniciarse ni continuar ningún otro procedimiento legal, ni ponerse en peligro la empresa y sus bienes, excepto con la autorización de la Corte y con sujeción a las condiciones que ésta requiera¹⁴³⁴.

En caso de que se presente un acuerdo voluntario pedido por una empresa (*company voluntary arrangement*) o por una persona física (*individual voluntary arrangement*), los efectos referidos poseen mayor entidad, por la importancia de salvar la empresa frente a la posibilidad de obtener un menor resultado en la liquidación de los activos (*liquidation of assets*), conforme las funciones encomendadas al liquidador (art. 143, TIA).

El *Bankruptcy Code* americano se sostiene en un sistema preventivo-reorganizativo (en especial el que regula el *Chapter 11*) por lo que los efectos de la declaración de un procedimiento de apertura (*Chapter 7, 11, 12 o 13*)¹⁴³⁵ conlleva una serie de medidas destinadas a paralizar las acciones que persigan la modificación en la composición de los activos del deudor.

La Sección 361 y 362 del Subcapítulo IV (*Administrative powers*) del Capítulo III (*Commencement of a case*) de la ley de quiebras americana, prescribe que a partir de la presentación de un proceso de quiebra bajo el Capítulo 7 u 11, se suspenden todas las acciones y procesos iniciados por los acreedores contra el deudor. La ley enuncia un régimen de protección de bienes del deudor, ordenando la suspensión automática: a) de una acción, o procedimiento judicial o administrativo contra el deudor que hubiera sido iniciado antes de la petición de insolvencia, tendiente a recuperar un crédito en contra del deudor; b) de una sentencia judicial obtenida antes del inicio de una causa de insolvencia; c) de todo acto tendiente a ejercer un derecho de propiedad sobre la masa concursal; d) de todo acto tendiente a obtener un derecho preferencial contra la masa con-

¹⁴³⁴ Cfr. Art. 10. *The Insolvency Rules*, 1986, U.K.

¹⁴³⁵ Cfr. Secc. 103, *Bankruptcy Code*, U.S.C.

curial¹⁴³⁶. Quedan excluidos del régimen de suspensión de acciones los reclamos tendientes a la determinación de la paternidad, pensión alimentaria, gastos correspondientes a una propiedad que no pertenezca a la masa, etcétera.

El efecto de la paralización de acciones y procesos judiciales en contra del deudor es conocido como *automatic stay* y es considerado una de las disposiciones más fuertes con la que cuenta la normativa federal.

En Brasil, la ley 11.101 que *Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária* prescribe que la apertura del procedimiento de recuperación judicial suspende todas las acciones y ejecuciones contra el deudor (art. 6.1).

En lo que concierne –particularmente– a los reclamos de los trabajadores, los mismos prosiguen sus acciones ante los tribunales correspondientes a la materia hasta la admisión y, en su caso, asignación del crédito respectivo, lo cual será incorporado en el listado general de acreedores que llevará el juzgado donde tramita el proceso universal (art. 6.2).

En Colombia, el art. 14 de la ley 1116/06 (Régimen de Insolvencia Empresarial), dispone: “A partir de la fecha de iniciación de la negociación, y hasta que hayan transcurrido los cuatro (4) meses previstos en el artículo 27 de esta ley, no podrá iniciarse ningún proceso de ejecución contra el empresario y se suspenderán los que se encuentren en curso, quedando legalmente facultados el promotor y el empresario para alegar individual o conjuntamente la nulidad del proceso o pedir su suspensión al juez competente, para lo cual bastará que aporten copia del certificado de la cámara de comercio en el que conste la inscripción del aviso (...) Durante la negociación del acuerdo se suspende el término de prescripción y no opera la caducidad de las acciones respecto de los créditos contra el empresario”.

Por otro lado, el art. 34, tercer párrafo, establece: “La suspensión, durante la vigencia del acuerdo, de la exigibilidad de gravámenes y garantías reales y fiduciarias. La posibilidad de hacer efectivas tales garantías durante dicha vigencia, o la constitución o modificación de tales cauciones tendrá que pactarse en el acuerdo sin el voto del beneficiario o beneficiarios respectivos. Si el acuerdo termina por incumplimiento con-

¹⁴³⁶ Cfr. Secc. 362, *Bankruptcy Code*, U.S.C.

forme a lo dispuesto en la presente ley, se restablecerán de pleno derecho la exigibilidad de los gravámenes y garantías reales y fiduciarias que se hayan suspendido...”.

De la cita realizada se puede advertir que la suspensión –en algunos casos, más amplia y en otros, un tanto más restringida– aparece como un denominador común en las legislaciones concursales modernas.

La necesidad de contar con un dispositivo que paralice las acciones individuales de los acreedores se justifica en la universalidad del proceso concursal y en el interés del Estado de crear las condiciones adecuadas para que el deudor pueda reestructurar la empresa, congelar las acciones tendientes a la realización de los bienes (garantía de satisfacción de los acreedores reconocidos) y genere las condiciones necesarias y adecuadas para superar el estado de insolvencia.

§ 3. LAS NORMAS DE LA UNCITRAL

La Guía Legislativa sobre el Régimen de la Insolvencia preparada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), tiene como finalidad, servir como instrumento de referencia –al que pueden recurrir autoridades de las naciones y órganos legislativos– para contribuir a la creación de un marco jurídico eficaz y eficiente para regular la situación de los deudores con dificultades económico-financieras.

Estas recomendaciones concretan en su preceptiva los objetivos de un Régimen eficaz y eficiente de la Insolvencia, concordados en el seno de la Comisión de Trabajo V, de la UNCITRAL¹⁴³⁷, que son: “a) maximizar el valor de los bienes; b) saber cuando recurrir a la liquidación y cuando a la reorganización; c) trato equitativo que se ha de dar a los acreedores de rango similar; d) prever una apertura rápida y eficiente del procedimiento y propiciar una solución imparcial de la insolvencia; e) prevenir todo desmembramiento prematuro de la masa patrimonial del deudor por sus acreedores; f) proveer un procedimiento transparente con incentivos que favorezcan la recolección y la presentación de informa-

¹⁴³⁷ Versión en inglés de la CNUDMI (United Nations Commission on International Trade Law).



ción; g) reconocer todo derecho válido que tengan los acreedores y respetar el orden de prelación de los créditos en el marco de un procedimiento cuyo desarrollo sea previsible y h) crear un marco para la insolvencia transfronteriza”¹⁴³⁸.

Conforme a esta guía, y a fin de que las empresas puedan seguir funcionando y se disponga de tiempo suficiente para obtener y evaluar la información sobre el deudor, formular y ajustar las propuestas para resolver las dificultades financieras de este; resultaría necesario celebrar un acuerdo contractual (podría agregarse, “o disposición legal”), en virtud del cual, se suspendan las acciones adversas incoadas por los principales acreedores. Ese acuerdo debería cumplirse durante un período definido, generalmente, breve a menos que fuera inapropiado en un determinado caso.

La Guía Legislativa establece como uno de los principios fundamentales que ha de ser observado en todo régimen de insolvencia, la índole colectiva del procedimiento, que exige el amparo de los intereses de todos los acreedores frente a toda actuación por separado de uno o algunos de ellos. Muchos regímenes de insolvencia han previsto un mecanismo que no sólo impide que los acreedores puedan interponer demandas para obtener la ejecución de sus derechos mediante recursos legales durante la totalidad o alguna fase del procedimiento de liquidación o reorganización, sino que también paralizan las acciones contra el deudor que ya estén en curso.

La CNUDMI cita algunos ejemplos de medidas y actos que resultan ilustrativos por la importancia que posee para los Estados incorporar normas que paralicen acciones que puedan modificar la situación de los bienes o de los acreedores a la fecha de apertura de un procedimiento de insolvencia. Entre otros, menciona: a) la apertura o la continuación de acciones o procedimientos contra el deudor o relativo a sus bienes; b) la apertura o la continuación de algún procedimiento de ejecución relativo a los bienes del deudor, incluida la ejecución de una sentencia, y las acciones para hacer efectivas las garantías reales contra terceros o para ejecu-

¹⁴³⁸ La última versión de estos trabajos en: *Proyecto de guía legislativa sobre el régimen de la insolvencia*, Nota de la Secretaría, 19 de marzo de 2002, documento A/CN.9/WG.V/WP.61, add. 2. IGLESIAS, José A., *Las tendencias del derecho concursal comparado y las reformas a nuestra legislación*, E.D. 205-684 (2003).

tar una garantía real; c) la recuperación por su propietario de bienes que estén siendo utilizados u ocupados por el deudor, que estén en su poder o que le hayan sido arrendados; d) el pago de alguna deuda contraída por el deudor con anterioridad a la fecha de apertura o la constitución de alguna garantía real respecto de dicha deuda; e) la cesión, la constitución de gravámenes o la disposición de algún otro modo de cualesquiera bienes por el deudor (en procedimientos de reorganización, esto podría limitarse a la cesión, el gravamen o la disposición de bienes que no se efectúen en el curso de las actividades ordinarias de la empresa); f) la resolución por la contraparte de un contrato con el deudor (excepto si el contrato estipula una fecha de resolución que sea posterior a la de la apertura); y g) la terminación, suspensión o interrupción de algún servicio o suministro esencial para el deudor (por ejemplo: agua, gas, electricidad y teléfono)¹⁴³⁹.

De lo mencionado puede concluirse que la UNCITRAL aconseja establecer procedimientos que prevengan un desmembramiento prematuro de la masa patrimonial del deudor, evitando de esta forma la liquidación de los bienes en forma anticipada.

Aunque la guía preparada por los expertos en insolvencia, no menciona *expressis verbis* a la conservación de la empresa como uno de los pilares de todo régimen de quiebras, de los principios enumerados y de aquél que indica que debe evitarse la liquidación anticipada del patrimonio, puede decirse que el principio de subsistencia de la hacienda ha sido receptado.

¹⁴³⁹ Cfr. Aprobación preliminar del proyecto de guía legislativa de la CNUDMI sobre el régimen de la insolvencia. Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la labor realizada en su 36º período de sesiones. 30 de junio a 11 de julio de 2003 Asamblea General. Quincuagésimo octavo período de sesiones Suplemento n.º 17 (A/58/17) ISSN 0251-9143, disponible en la *world wide web*: http://www.unctad.org/sp/docs/a58d17_sp.pdf (acceso del 15-02-08).

§ 4. SUSPENSIÓN. CONCEPTO

El término “suspensión”, proviene del latín *suspensio*, *-ōnis* que significa: acción y efecto de suspender. De acuerdo al diccionario jurídico, entre sus diversas acepciones, implica “detención de un acto”¹⁴⁴⁰.

Pero, el vocablo desde la óptica jurídica también posee otros alcances, como ser: “sanción administrativa que priva a un sujeto del sueldo y, a veces, temporalmente del empleo”; “corrección disciplinaria laboral”¹⁴⁴¹. Aunque, también se lo puede encontrar unido a otras voces, indicando los efectos que pretende alcanzar. Así: suspensión de garantías constitucionales, suspensión de la prescripción, suspensión del ejercicio de la patria potestad e incluso, suspensión de pagos.

Nuestro régimen concursal utiliza la voz “suspensión”, para referirse en diversos pasajes de la ley, a los efectos que provoca la presentación concursal en relación a ciertas relaciones jurídicas: *i. e.* suspensión de intereses (art. 19 y 129, LCQ); suspensión del trámite de juicios de contenido patrimonial en contra del deudor (art. 21, LCQ); suspensión de remates y medidas precautorias (art. 24, LCQ); suspensión del contrato de trabajo en hipótesis de quiebra (art. 196, LCQ); no obstante, también podríamos mencionar que el presupuesto objetivo para la presentación concursal (esto es, el estado de *cessation des paiements*) importa, ciertamente, una verdadera suspensión de desembolsos.

Esta voz suele recibir diversos nombres, entre ellos: moratoria, suspensión o paralización. La UNCITRAL a través de la Guía Legislativa utiliza el término “paralización” en sentido lato como referido tanto a la suspensión de las acciones en curso como a la moratoria impuesta al ejercicio de nuevas acciones.

La razón de ser de este efecto del proceso universal, al que cabría reconocer atributos de “principio” estriba en la necesidad de delimitar el pasivo concurrente a los fines de poder conocer con exactitud la cuantía que corresponde a cada uno de los acreedores, los bienes que garantizarán la propuesta concordataria, o bien que servirán para atender las

¹⁴⁴⁰ OSSORIO, Manuel, Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, (24ª edición), ed. Heliasta (1997).

¹⁴⁴¹ *Idem.*

acreencias frente a la eventualidad de que se produzca la liquidación de los activos del deudor.

De esta forma, la administración de la insolvencia se materializa por conducto del paraguas protector que concede el efecto suspensivo del concurso, el que se sustenta en la necesidad de impedir que las ejecuciones individuales y la prosecución de acciones en contra del *cessatus*, erosionen de tal modo el patrimonio del deudor que vuelvan inviable para él toda alternativa de solución¹⁴⁴².

En cierta medida, la finalidad de la quiebra en relación al principio de universalidad como proceso colectivo está dado por la constitución de una masa de acreedores que se cristaliza con la presentación concursal o la declaración de falencia y se sostiene en la paralización de las acciones individuales de éstos contra el quebrado. Sin éste efecto, sería imposible pretender la tan ansiada reestructuración de la hacienda con la consiguiente satisfacción del crédito de los acreedores, en moneda de quiebra.

Con estas precisiones, podría conceptuarse al principio de suspensión como: “el enunciado normativo de carácter general que impide la prosecución de las acciones o procesos que puedan modificar o alterar la situación de los activos del deudor concursado¹⁴⁴³”.

El *principium* tiene alcance de norma de orden público¹⁴⁴⁴, no solo por estar inserto en una ley que protege intereses generales, sino también porque el mismo posee carácter irrenunciable, conforme surge del brocárdico romano: *privatorum conventio iure publico non derogat*¹⁴⁴⁵ y expresamente lo prevé el art. 872 del Código Civil¹⁴⁴⁶.

¹⁴⁴² Cfr. MARTORELL, Ernesto Eduardo, *Tratado de Concursos y Quiebras*, ed. Depalma, Bs. As., (1998), t. II-A, pág. 240.

¹⁴⁴³ La expresión “concurso” es utilizada para hacer referencia tanto al deudor que pide su concurso preventivo, cuanto para aquél a quien le ha sido declarada la quiebra.

¹⁴⁴⁴ Ha resuelto la prestigiosa Cámara Comercial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, el carácter de orden público que revisten las normas concursales, destacando el interés general que protege, *in re* “Barros, Claudio Angel s/conc. prev.”, L.L. 2008-A-249.

¹⁴⁴⁵ La traducción del aforismo latino debería leerse así: “la convención de los particulares no deroga el derecho público”, GERNAERT WILLMAR, Lucio R. R., *Diccionario de aforismos y locuciones latinas de uso forense*, 2ª edición, ed. Abeledo Perrot, Bs. As., (2000), pág. 124.

¹⁴⁴⁶ Art. 872 Cód. Civ.: “Las personas capaces de hacer una renuncia pueden renunciar a todos los derechos establecidos en su interés particular, aunque sean eventuales o condicionales; pero no a los derechos concedidos, menos en el interés particular de las personas, que en mira del orden público, los cuales no son susceptibles de ser el objeto de una renuncia”.

Sin temor a equívocos, la forma de hacer efectiva la concursalidad es –precisamente– a través de la suspensión y/o paralización de los juicios de contenido patrimonial en contra del deudor, impidiendo que éstos puedan proseguir tales procesos, sin conocimiento de los órganos del concurso, los que son sustituidos a partir de la resolución de apertura del juicio universal, por la verificación de créditos.

El artículo 20 de la Ley Modelo sobre Insolvencia Transfronteriza de la CMUDNI es un ejemplo de lo que debe entenderse sobre paralización de acciones o procedimientos. Al respecto, dispone el dispositivo, en los supuestos de reconocimiento de un procedimiento extranjero como procedimiento principal de iniciación¹⁴⁴⁷: “se paralizará la iniciación o la continuación de todas las acciones o procedimientos individuales que se tramiten respecto de los bienes, derechos, obligaciones o responsabilidades del deudor, así como toda medida de ejecución contra los bienes de éste, suspendiéndose todo derecho a transmitir o gravar los bienes del deudor, así como a disponer de algún otro modo de esos bienes”.

Así como el deudor se encuentra impedido de hacer pagos a los acreedores –inexcusablemente– porque ha cesado en su capacidad de cumplimiento, así también se encuentra impedido de modificar la situación de los acreedores de causa o título anterior a la presentación (art. 16, LCQ). De la misma forma, los acreedores están impedidos de proseguir sus acciones individuales y de iniciar otras nuevas, salvo las exclusiones expresamente previstas (art. 21, LCQ).

El sentido de esta disposición reposa en la necesidad de que el deudor destine todos sus esfuerzos a los efectos de encontrar soluciones para sanear la empresa o bien, para optimizar el recupero de créditos y pago a los acreedores, volcando sus energías a dar la mayor satisfacción posible a las pretensiones creditorias.

¹⁴⁴⁷ A modo de ejemplo de la hipótesis planteada en el dispositivo referido puede citarse el art. 4 de la ley 24.522 el que establece: “La declaración de concurso en el extranjero es causal para la apertura del concurso en el país, a pedido del deudor o del acreedor cuyo crédito debe hacerse efectivo en la República Argentina. Sin perjuicio de lo dispuesto en los tratados internacionales, el concurso en el extranjero, no puede ser invocado contra los acreedores cuyos créditos deban ser pagados en la República Argentina, para disputarles derechos que éstos pretenden sobre los bienes existentes en el territorio ni para anular los actos que hayan celebrado con el concursado”.

§ 5. LA SUSPENSIÓN DE PAGOS

5.a) Diferencia entre cesación de pagos y suspensión de desembolsos

A menudo suele confundirse cesación de pagos con suspensión de desembolsos. Ambos conceptos revelan la imposibilidad de cumplir por parte del deudor, aunque con efectos diametralmente opuestos.

La cesación de pagos –presupuesto objetivo de admisión de la presentación concursal preventiva– es un requisito que hace a la apertura del proceso universal y evidencia la imposibilidad del deudor de atender en forma regular y con cierta permanencia las obligaciones contraídas¹⁴⁴⁸.

La suspensión de pagos –por el contrario– es un efecto de la apertura del concurso, esto es, el deudor se ve impedido, imposibilitado, inhibido de poder realizar pagos a los acreedores de causa o título anterior a la presentación concursal (art. 16, LCQ). Esta interrupción se extiende, desde el momento mismo de la presentación del trámite universal y dura hasta el inicio del período de exclusividad, oportunidad en la cual el deudor celebrará acuerdos con los *creditors*.

Pero, también posee efectos *ex tunc* ya que los pagos que hiciere el deudor en perjuicio de los acreedores –con anterioridad a la presentación concursal– resultaran ineficaces de pleno derecho en los términos del art. 118 de la ley 24.522 o bien, por conocimiento del estado de cesación de pagos (art. 119, LCQ), lo cual tiene origen en lo establecido en el art. 737 del Código Civil que deja sin efecto y de ningún valor el pago hecho por el deudor insolvente en fraude de otros acreedores.

Glosando, podría mencionarse entre algunos supuestos que habilitan tal declaración y que no pueden ser realizados por el deudor (suspensión de pagos), los siguientes: a) pago de deudas no vencidas; b) pago de deudas naturales; c) pago de deudas ajenas y d) el caso de la dación en pago; cuando lo proporcionado en pago es de mayor valor que el monto de la deuda.

La prohibición-interrupción prevista en el art. 21 de la ley concursal no importa la pérdida de la administración ni de disposición de los bienes

¹⁴⁴⁸ Cfr. Capel.Civ. y Com. Rosario, sala II, “Primer Centro de Distribución de Comestibles S.R.L. y otro s/conc. prev. –hoy su quiebra–”, LLLitoral, 2001-858, Fecha: 21/11/2000.

por parte del *debitor*, simplemente, se trata de una restricción a las facultades de disposición de las que el mismo goza, aunque cabe destacar que hoy es pacíficamente aceptado que no existen derechos absolutos y, por ejemplo, el de administrar el propio patrimonio tiene como límite el desapoderamiento (art. 107, LCQ) que se produce con la declaración de falencia¹⁴⁴⁹.

Los actos a título gratuito, pago anticipado de deudas cuyo vencimiento según el título deba producirse en el día de la quiebra o con posterioridad o la constitución de hipoteca o prenda o cualquier otra preferencia, respecto de obligación vencida o no vencida que originariamente no tenía esa garantía (art. 118, LCQ), son hechos que el deudor está vedado de realizar. Por lo tanto, en relación a estos actos, existe una suerte de *capitis diminutio* que se extiende desde la presentación del preventivo hasta el momento en que el deudor comunica el cumplimiento del acuerdo (art. 59, penúltimo párrafo, LCQ).

Sin embargo, estas secuelas a raíz de la presentación concursal, también se retrotraen en el tiempo y comienza con la fijación de la fecha de iniciación del estado de cesación de pagos (art. 116, LCQ) toda vez que, a partir del hecho o circunstancia que determine el inicio de él o los incumplimientos por parte del deudor (art. 39 inc. 6, LCQ), los actos realizados en los términos de los arts. 118 y 119 de la ley 24.522 serán ineficaces respecto de los acreedores.

La suspensión y prohibición poseen estrecha relación con el principio de universalidad patrimonial de la quiebra y hacen al adecuado equilibrio de intereses entre deudor y acreedores.

En el elenco de actos prohibidos de realizar por parte del deudor se encuentran: el comodato, la dación en pago, el mutuo gratuito, la fianza a favor de terceros, la donación y la constitución de bien de familia (art. 35 ley 14.394; Adla, 1954-A-237).

De otro lado, entre los actos que el deudor se encuentra impedido de efectuar hasta el inicio del período de exclusividad (art. 43, LCQ), se pueden mencionar: la constitución de garantía (hipoteca o prenda) sobre

¹⁴⁴⁹ Cfr. MOSSET ITURRASPE, J., *Negocios simulados, fraudulentos y fiduciarios*, ed. Ediar, Bs. As., (1975), t. II, pág. 10-11; BUERES, Alberto J. y HIGHTON, Elena I., “Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial”, ed. Hammurabi, Bs. As., (1998), t. 2B, pág. 73.

un bien del deudor de una deuda que originariamente no poseía gravamen alguno; el pago total o parcial anticipado de una deuda que vencía el día de la presentación en concurso o con posterioridad; la transferencia de acciones de las que el concursado sea titular.

Durante el período de exclusividad, el deudor comienza a negociar con los acreedores las propuestas que les ofreciere y en el seno de las tratativas podrá efectuar pagos a cuenta o desembolsos parciales a los efectos de obtener de éstos las conformidades. El impedimento de realizar pagos cesa, por ende, con el inicio del período de exclusividad, manteniéndose la prohibición sobre ciertos actos los que, normalmente, tienen que ver con bienes registrables.

Este principio genera una situación *status quo* de todos los acreedores en relación al deudor, es decir, ninguno de ellos, tenga o no un privilegio, puede obtener o sacar ventajas del estado de insolvencia en que éste se encuentra, lo que se relaciona con el principio de igualdad de los acreedores¹⁴⁵⁰ (art. 16, CN). Así, resultan ineficaces los pagos efectuados por el concursado a un acreedor hipotecario desde la apertura del concurso preventivo y sin haber solicitado ni obtenido la autorización pertinente¹⁴⁵¹.

La violación a esta prohibición –de realizar pagos o de alterar la situación de los acreedores de causa o título anterior– es fulminada con la ineficacia de pleno derecho (art. 17, LCQ), con lo que con tal previsión, quedan resguardados los intereses de todos los *accipiens*. Lo mismo sucede en los casos en que el deudor (fallido) recibe pagos, los que resultan ineficaces respecto de los demás acreedores. Este criterio es seguido por la magistratura al establecer la inoponibilidad de actos realizados por el concursado con posterioridad a la declaración concursal¹⁴⁵², con lo que se puede apreciar la potestad tuitiva del régimen falencial.

¹⁴⁵⁰ CNCom., sala A, “Talleres Maestra Rodríguez S.A. s/conc. prev. s/inc. de piezas por separado”, L.L. 2001-D-200 (20/12/2000).

¹⁴⁵¹ CApel. Civ. y Com. de Santa Fe, sala I, “Bonaglia, Héctor L. s/conc. prev.”, LLLitoral 2001, 1094, AR/JUR/3044/2000, 08/11/2000.

¹⁴⁵² En este caso, el síndico de la quiebra de una cooperativa de trabajo, promovió incidente de ineficacia concursal respecto de ciertos pagos realizados por una empresa a la fallida con posterioridad al decreto de quiebra. El juez de primera instancia declaró la ineficacia del acto “*ipso iure*” e intimó a la sociedad a depositar el importe abonado en forma indebida a la fallida. Cfr. CNCom., sala A, “Industria Metalúrgica Plástica Argentina Cooperativa de Trabajo Ltda.

Otra situación que se plantea, es que el pago sea efectuado por medio de un proceso judicial seguido ante un juzgado distinto a aquél en el cual tramita el juicio universal, por quien se encuentra tramitando una ejecución. En tal supuesto, no es necesaria la declaración de ineficacia, por cuanto el acto cae bajo los efectos de la nulidad que establece el art. 21 y 22 de la ley de concursos y quiebras (Adla, LV-D-4381) y no en la figura de ineficacia de los actos celebrados por el deudor en perjuicio de sus acreedores prevista en el art. 17 de la normativa mencionada, por cuanto se trata de un pago que no fue otorgado voluntariamente por el concursado¹⁴⁵³.

El pago de una deuda se encuentra sometido al principio de la buena fe y éste no se satisface cuando el *solvens* paga perjudicando al resto de sus acreedores, pues con el pago provoca o agrava su estado de insolvencia. El deudor goza de la posibilidad de poder elegir libremente, cuál es la deuda que paga y cuál la que posterga, pero cuando lo hace en perjuicio de otros acreedores, entonces, su pago constituye la utilización de un esquema permitido –acto lícito y debido: el de pagar–, para lograr un resultado prohibido¹⁴⁵⁴, lo cual no puede ser tolerado.

5.b) Controversia acerca de la perjudicialidad del acto como condición para la declaración de ineficacia en violación a la prohibición legal de realizar pagos

Alguna jurisprudencia capitalina considera que existen supuestos en los que no cabe declarar la ineficacia del acto, si no surge acreditado que el desprendimiento dinerario en que incurre el deudor pudiere afectar la

s/quiebra s/inc. de ineficacia concursal s/inc. de apel. prom. por: Casa Julia S.A.”, LLO AR/JUR/3179/2009, 13/02/2009.

¹⁴⁵³ Cam. 1ª de Apel. Civ. y Com. Mar del Plata, sala II, “Benzo, José María”, L.L. 2005-B-625 - LLBA 2005 (mayo), 443, 19/08/2004.

¹⁴⁵⁴ SALVAT, Raymundo y LÓPEZ OLACIREGUI, José María, “Tratado de derecho civil argentino. Parte General”, ed. Tea, Bs. As., (1964), t. II, pág. 617, n.º 2422; LÓPEZ CABANA, Roberto M., “Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado”, BELLUSCIO, A. C. (dir.) ZANNONI, E. A. (coord.), ed. Astrea, Bs. As., (1981), t. 3, p. 479, n.º 1, glosa al art. 737.

continuación de las actividades de la concursada o de los intereses de la masa de acreedores¹⁴⁵⁵.

Podría sostenerse –en una humilde posición– que tal apreciación exige la existencia de perjuicio o daño alguno que pudiese afectar la continuidad de la empresa como recaudo de admisión de la declaración de ineficacia, encontrándonos ante una exigencia no prevista en la ley. En efecto, el acto es ineficaz, en tanto y en cuanto, el mismo haya sido celebrado en contravención a la manda legal (art. 17 o 118, LCQ) sin esperar a que se acredite que el mismo ocasione daño alguno, sea éste en interés de los acreedores o en el de la continuidad de la explotación.

Debe recordarse que el art. 17 de la ley 24.522 pulveriza cualquier acto realizado por el deudor en violación a lo estatuido en el art. 16 (“actos prohibidos”) por lo que no resulta admisible establecer como exigencia para la declaración de ineficacia la previa acreditación o justificación de que el daño no puso en riesgo la continuidad de la explotación o el interés de los *creditors*.

De seguir tal razonamiento podría llegarse al absurdo de tener que acreditar como exigencia para la declaración de ineficacia, la previa acreditación de daño a los intereses de los acreedores o el serio riesgo que el acto importaría para la continuidad de la empresa, lo que atañería, cuanto menos, una obligación no querida por el legislador.

Distinta resulta la solución cuando es el magistrado concursal quien autoriza el pago en los términos del art. 16 de la ley, ya que –justamente– es a mérito de la facultad que consagra la normativa falencial, que el juez se encuentra autorizado para ordenar a título ejemplificativo, el pago anticipado del crédito laboral.

También podría suceder que el acreedor que reciba el pago no ponga en serio riesgo la continuidad de la empresa, pero si perjudique la igualdad que debe privar entre los acreedores de una misma clase, generando también esta situación una posición de privilegio o ventaja inadmisibles en el régimen concursal, por cuanto si los fondos no alcanzan para pagar a todos los acreedores laborales, el síndico deberá efectuar un plan de pa-

¹⁴⁵⁵ Cfr. CNCom., sala D, “María Mater S.A. s/conc. prev. s/inc. de verif. de cred. por: Salmoiraghi, Luis Enrique”, L.L. Sup. CyQ 2010 (abril), 62, AR/JUR/64868/2009, 01/12/2009.

gos proporcional (art. 16, LCQ), con lo cual se guarece el justo equilibrio entre los interesados al cobro.

De lo expuesto, podría afirmarse que no resulta necesario la previa acreditación del perjuicio o la potencialidad perjudicial del acto ineficaz para su declaración; es suficiente para ello, la violación de la manda legal, para que resulte operable la declaración de ineficacia, toda vez que es la transgresión de la conducta esperada lo que habilita a esterilizar sus efectos.

§ 6. SUSPENSIÓN DE ACCIONES Y EJECUCIONES FRENTE AL CONCURSO DEL DEUDOR

La posibilidad de que los acreedores puedan seguir atacando los bienes del deudor conservando las acciones individuales para realizar bienes de éste, resulta contranatural al proceso concursal. Los juicios, algunos, son atraídos para garantizar un adecuado control por parte del juez del concurso, impidiendo la prosecución de las acciones de realización de bienes. Por lo tanto, el efecto suspensivo del concurso, cumple entonces, una función de aseguramiento (medio) contra la mutilación del patrimonio por conducto del ejercicio de vías judiciales individuales ya iniciadas (fin)¹⁴⁵⁶.

De esta forma, el *prius* de la presentación concursal preventiva se exterioriza a partir del momento en que el juez dispone la apertura (a lo que cabría agregar: y el deudor realiza la publicación de edictos [art. 21, LCQ, t.o. ley 26.086]) y se exterioriza con la suspensión del trámite de los juicios de contenido patrimonial en contra del concursado, por causa o título anterior a la presentación y su radicación en el juzgado del concurso (art. 21, primer párrafo, LCQ), salvo las excepciones establecidas (art. 21 inc. 2º y 3º, LCQ).

El art. 22 de la ley 19.551 determinaba que la apertura del concurso produce: “inc. 1º) la suspensión del trámite de los juicios de contenido patrimonial contra el concursado, salvo los procesos de expropiación y los que se funden en relaciones de familia. Las ejecuciones de garantías

¹⁴⁵⁶ Cfr. HEREDIA, *op. cit.*, pág. 950.

prendarias e hipotecarias pueden deducirse o continuar una vez presentado el pedido de verificación respectivo. Si no se inició la publicación de edictos o no se presentó la ratificación prevista en los arts. 6 a 8, solamente se suspenden los actos de ejecución forzada...”.

La normativa era inobjetable, los efectos suspensivos del concurso se producían *ipso iure* a partir de la resolución de apertura; empero, si el deudor no iniciaba la publicación de los edictos o si no se adjuntaba la ratificación a que aluden los arts. 6 a 8, únicamente se suspendían los actos que tendían a la realización obligada del bien.

La ley 24.522 (t.o. 1995) modificó el dispositivo y estableció que a partir de la resolución que dispone la apertura del proceso universal se produce la radicación y suspensión de acciones de contenido patrimonial; con lo que se presentaba la posibilidad de que el deudor (producto de una defectuosa presentación) dilate la apertura y, por ende, la correspondiente publicación, y con ello se produzca *sine die* la demora del proceso concursal, requiriendo para ello de algún emplazamiento para hacerlo, tal como lo resolviera en un precedente la justicia de la ciudad de Buenos Aires¹⁴⁵⁷.

La publicación de edictos contemplada por nuestro ordenamiento falencial tiene carácter de verdadero emplazamiento, por lo que la misma, resulta esencial para la presentación de los *creditors* y responde a una necesidad de cumplimiento insoslayable, atento a la tésis del régimen concursal.

¹⁴⁵⁷ Ha sentenciado la Cámara Comercial, que «debe tenerse por desistida a la concursada del proceso, en tanto, no acreditó ni la publicación de edictos ordenada, ni el interés por llevarla a cabo, limitando su proceder a la solicitud de fijación de nuevas fechas, las cuales no proceden en mérito al tiempo transcurrido desde la apertura del proceso, a su injustificable incumplimiento, y a la salvaguarda que merecen los derechos de sus acreedores. Permitir lo contrario importaría la desatención de la rigurosidad que corresponde aplicar de acuerdo a la finalidad que lo inspira. Es que el incumplimiento de lo prescripto por nuestro ordenamiento concursal (art. 27), cuya finalidad es que todos los acreedores y terceros interesados tengan conocimiento de la existencia del concurso preventivo, a los fines de que puedan ejercer sus derechos mediante la verificación de créditos ante el síndico, no puede ser evadido. Las excusas sobre desinteligencias con sus anteriores letrados, o la reiterada petición de nuevas fechas, pese a estar notificada debidamente de que debe dar cumplimiento a la publicación de edictos, no pueden ser escuchadas a los fines de mantener vivo el proceso concursal», CNCom., sala B, “Tras Leo S.A. s/concurso preventivo”, 30/09/05, Microjuris, MJJ6026.



La ley 26.086 (Adla, 2006-B-1368) retomó la vieja senda y en el ánimo de remover y apuntalar los escombros de la sólida y bien estructurada ley 19.551, relegó toda referencia a la suspensión de actos de ejecución forzada de bienes, con lo que quedó desprotegido –en cierta forma– el deudor, que aún no cuenta con una resolución de apertura del concurso y tiene en puerta el remate extrajudicial de un bien de su propiedad, el que –valga la aclaración– no queda alcanzado por los efectos suspensivos de la resolución de apertura¹⁴⁵⁸. Por lo tanto, como expresara con acierto GRACIABILE, ya no resulta conveniente presentar un concurso preventivo para suspender subastas inminentes que estén apremiando bienes del deudor¹⁴⁵⁹, la demora en conseguir la documentación necesaria para la presentación (art. 11, LCQ), el término para que el juez se pronuncie (art. 13, LCQ), y el plazo para la designación del síndico y el recibimiento del cargo por parte de éste (art. 14 inc. 2º, LCQ), atentan contra la celeridad y urgencia que requiere la presentación, para adoptar medidas conservadoras de los bienes.

Lo central –en este supuesto– es que la *nuova legge* generó más dudas que certezas, y contribuyó en cierta medida a incrementar la vacilación acerca del cómputo del *dies a quo* para la declaración de los actos ineficaces como, asimismo, el momento desde el cual se produce la suspensión de las acciones de contenido patrimonial en contra del deudor.

Con la nueva redacción (art. 21, t.o. ley 26.086), quedan suspendidos todos los juicios de contenido patrimonial alcanzados por el fuero de atracción y, excepcionalmente, los procesos de conocimiento y laborales, en los que el actor haya optado por verificar su crédito e incorporarse al pasivo, de acuerdo a la regla concursal (art. 32, LCQ).

Siguiendo el *iter* del art. 21 de la ley 24.522, no todos los juicios de contenido patrimonial en contra del deudor quedan atraídos (espíritu del régimen derogado), sino sólo aquellos de causa o título anterior a la presentación concursal. Por ende, quedan comprendidos en el fuero de atrac-

¹⁴⁵⁸ CNCom., sala A, “Licursi Ricardo Oscar s/concurso preventivo s/incidente de apelación”, elDial.com - AA3C8C, 13/02/2007.

¹⁴⁵⁹ Cfr. GRAZIABILE, Darío J., *Suspensión de acciones y fuero de atracción en el concurso preventivo. Versión 2006 (ley 24.522, reformada por la ley 26.086)*, J.A. 2006-II-1345.

ción pasivo reducido: los juicios ejecutivos, las ejecuciones de sentencia y apremios cualquiera que fuera el fuero en donde tramiten¹⁴⁶⁰.

Corolario de lo expuesto –y en estrecha vinculación con la conservación de la empresa– es que el sistema de publicación edictal como presupuesto para la suspensión de acciones de contenido patrimonial se revela como insuficiente a la hora de resguardar los bienes del deudor e impedir la ejecución de éstos, que en algunos casos pueden llegar a resultar imprescindibles para la continuidad de las actividades del insolvente.

Si bien es cierto que el espíritu que impregnó la reforma se asentúa en la necesidad de agilizar el trámite de los concursos preventivos evitando su dilación, también es real que la reforma no tuvo en cuenta algunos supuestos, que de presentarse, atentan contra la integridad patrimonial, generando indebidas ventajas para algunos, quebrantando el principio de universalidad del concurso.

En el sistema concursal español, con anterioridad a la reforma y siguiendo algún criterio del Tribunal Constitucional, el remedio preventivo que prohíbe al deudor pagar a sus acreedores por causa o título anterior a su presentación no produce la acumulación de los procesos en su contra ante el tribunal concursal, ni prohíbe su continuación; lo que no pueden, es ejecutar sus acreencias en contra de éste¹⁴⁶¹.

Por ende, debe admitirse, como una primera conclusión, que la presentación concursal posee como efecto consustancial al proceso universal la suspensión de las acciones y ejecuciones –particularmente– aquellas que se exteriorizan en su faz compulsiva (subasta o remate).

§ 7. LAS SUSENSIONES EN EL ACUERDO PREVENTIVO EXTRAJUDICIAL (APE)

El art. 69 de la ley 24.522 admite la presentación para homologación de un acuerdo celebrado entre el deudor –que se encuentra en dificultades económicas o financieras de carácter general, o bien, que se halla en estado de cesación de pagos– y sus acreedores, tendientes a obtener una re-

¹⁴⁶⁰ Cfr. *idem*, pág. 1346.

¹⁴⁶¹ Cfr. BLANCO CONSTANS, Francisco, *Estudios Elementales de Derecho Mercantil*, ed. Reus, Madrid, (1945), pág. 454.

solución que –previa comprobación por el juez– de fuerza a un convenio privado con efectos hacia terceros que no participaron del mismo, cumpliendo con las mayorías requeridas por la ley (art. 45, LCQ).

Por su parte, el art. 72 *in fine* dispone que una vez “ordenada la publicación de los edictos del art. 74, quedan suspendidas todas las acciones de contenido patrimonial contra el deudor, con las exclusiones dispuestas por el art. 21”. En tal entendimiento, la recta interpretación del art. 72, último párrafo, de la ley 24.522 (Adla, LV-D, 4381) conduce a sostener que la suspensión prevista en dicha norma frente al pedido de homologación de un acuerdo preventivo extrajudicial, sólo alcanza a los actos de ejecución forzada o cautelares que imposibiliten la disponibilidad de bienes del deudor¹⁴⁶².

Asimismo, el art. 76 de la ley falimentaria prescribe: “el acuerdo homologado... produce los efectos previstos en el artículo 56, y queda sometido a las previsiones de las Secciones III, IV y V del Capítulo V del Título II de esta ley”. En ningún momento, la ley hace referencia alguna a la Sección II del Capítulo II (Efectos de la apertura), con lo que cabe el entresijo si se aplica el resto de las disposiciones de esta sección al deudor que presenta un APE para homologación.

Más allá de las discusiones acerca de la naturaleza jurídica del APE (sobre la que no cabe hacer un análisis pormenorizado en esta oportunidad), es dable mencionar que el mismo –tal como lo sostuviera en algún trabajo¹⁴⁶³ con anterioridad– resulta un híbrido concursal puesto que no participa de los caracteres propios del concurso preventivo, como que tampoco es el típico acuerdo privado, que no produce mayores efectos que para los contrayentes que lo han otorgado; aunque, cabe reconocer que gran parte de la doctrina nacional lo ha asimilado al concurso preventivo.

¹⁴⁶² Cfr. CNCom., sala C, “Etcheto, Alejandro A. c. Banco Hipotecario”, L.L. 13/04/2005, 13 - L.L. 2005-B-760 - IMP 2005-A-1131.

¹⁴⁶³ He sostenido que el APE es “un contrato plurilateral atípico con efectos *erga omnes*, con posterioridad a su presentación y se consagran con la homologación”. MÁRMOL, Pablo Ernesto, *El control difuso de admisibilidad de los créditos que conforman el capital en el APE (Ley 25.589)*, V Congreso Argentino de Derecho Concursal – III Congreso Iberoamericano sobre la Insolvencia, ed. Ad-Hoc, (2003), t. I, pág. 377.

En efecto, no puede confundirse la causa del acuerdo extrajudicial (que es siempre unitaria y que consiste en una función económico social del concordato, de evitar el *crack* de la empresa mediante reducción de una parte del crédito para todos o para algunos acreedores), con la causa de los contratos individuales estipulados para los diversos acreedores (que como intento remoto pudo haber evitado aquel *crack*; intento que constituye, sin embargo, la función del concordato extrajudicial). El incumplimiento del concordato no elimina la causa, porque no puede deshacer la función típica del concordato, pero sí actúa como un evento externo que torna inútil el mantenimiento del contrato e impone la quiebra¹⁴⁶⁴.

A pesar de que el art. 72 *in fine* de la ley 24.522, establece que a partir de la presentación del APE a homologación quedan suspendidas todas las acciones de contenido patrimonial contra el deudor en los términos previstos en el art. 21, nada se dice en relación a las ejecuciones por remate no judicial ni a las demás medidas precautorias trabadas en contra del patrimonio del *cessatus*, las que atentan contra la continuidad de la explotación.

Y en este sentido, cabe formular un primer interrogante: ¿con la presentación de un APE a homologación, se suspenden también las ejecuciones por remate no judicial y otras medidas que atentan contra el patrimonio?

A pesar de que no existe una remisión expresa en la norma, por vía analógica, correspondería la suspensión de las mismas, como si se tratara de un deudor concursado, toda vez que ello tiene asidero en la similitud de ambos procedimientos, ya que tomando alguna propiedad que posean en común ambas cosas, podremos asimilar el caso por analogía¹⁴⁶⁵ y su-

¹⁴⁶⁴ Refiere el eximio tratadista italiano: «Non può quindi confondersi la causa del concordato stragiudiziale (che è sempre unitaria e che consiste nella funzione economico – sociale del concordato di evitare il dissesto dell' impresa mediante riduzione di una parte del credito per tutti o per taluni creditori), con le cause dei singoli contratti stipulati dai diversi creditori (che come intento remoto possono avere quello di evitare il dissesto; intento che costituisce però la funzione del concordato stragiudiziale). L' inadempienza del concordato non ne elimina la causa, perché non può venir meno la funzione típica del concordato, ma si pone come un evento esterno che rende inutile la manutenzione del contratto e impone il fallimento» (la traducción me pertenece). RAGUSA MAGGIORE, op. cit., pág. 672.

¹⁴⁶⁵ Cfr. NINO, Carlos Santiago, *Introducción al Análisis del Derecho*, ed. Astrea, (1984), cap. V, pág. 285.

plir la orfandad legislativa. Y ambos procesos (concurso preventivo y APE) poseen caracteres comunes: a) tienden a lograr la reestructuración de la empresa; b) importan un acuerdo con los acreedores con iguales efectos y c) permiten la continuidad de la explotación en manos del deudor. Por ende, resulta de toda lógica sostener que el deudor que presenta un APE para su homologación desde el momento mismo en que el juez ordena la publicación (art. 74, LCQ) del acuerdo alcanzado, se suspenden las acciones y las ejecuciones de bienes de titularidad del *cessatus* (art. 72, LCQ).

Adviértase que mientras en la hipótesis de concurso las acciones se detienen a partir de la publicación de edictos (art. 21, primer párrafo, LCQ), en el caso del APE, las mismas se paralizan con la orden misma emitida por el *iudex* que dispone la publicación del acuerdo para homologación. No se entiende este modo de resolver por parte del legislador, situaciones que en su esencia son bastante similares, no obstante con rasgadas diferencias pues, mientras en uno la apertura del concurso hace conocer el inicio del juicio universal, en el otro se da a conocer la existencia del acuerdo alcanzado por el deudor con los acreedores.

Tal diacronía justificaría adoptar un criterio de interpretación más equilibrado, disponiendo por ejemplo la suspensión de acciones –en ambos supuestos– a partir de la resolución que dispone la presentación del concurso o del APE para su homologación.

Otra duda que se plantea es: ¿qué sucede con las ejecuciones de garantías reales seguidas por sus titulares?, ¿estas se suspenden?

Si estos acreedores fueron incluidos en el acuerdo y prestaron su conformidad a la propuesta concordataria, sus acciones individuales son alcanzadas por el concordato y, por tanto, sus acciones serán suspendidas, para lo cual el juez que intervenga en la homologación del APE, deberá remitir un oficio al juzgado donde tramita la ejecución de la garantía real, disponiendo su paralización.

Ahora bien, si dichos acreedores, no fueron alcanzados por la propuesta o si la tuvieron el deudor no obtuvo las mayorías necesarias (art. 47, LCQ) de acreedores requerida para homologar una propuesta para acreedores con privilegio especial (unanimidad); éstos acreedores no pueden verse alcanzados por la paralización, conforme surge del régimen excepcional del art. 21 inc. 1º (t.o. ley 26.086).

Debe razonarse que, mientras en el concurso el remate de la cosa gravada se detiene hasta que el acreedor solicita la verificación de su acreencia, en el caso del APE, no existe período verificadorio, con lo que bien podría sostenerse que la ejecución no debería detenerse y podría proseguir sin solución de discontinuidad, a mérito de lo dispuesto por el art. 21 de la ley falencial (t.o. ley 26.086).

A criterio del autor de este trabajo ésta sería una salida disvaliosa y, hasta discriminatoria no querida por el legislador puesto que el deudor que pide su concurso o declaración de quiebra –frente a los acreedores hipotecarios o prendarios– obtendría mayores ventajas y protección que las que la ley preve para el que presenta un APE a homologación.

Mientras el texto del art. 72 *in fine* de la ley 214.522 en su anterior redacción, establecía que a partir de la presentación del acuerdo se suspenden “todas” las acciones de contenido patrimonial –sin realizar distinción alguno entre las diversas clases de proceso: *v. gr.* juicios de conocimiento, aquellos en los que el deudor participe de un litisconsorcio pasivo necesario o aquellos que tramiten por vía ejecutiva tendientes a la realización de un bien–; la nueva redacción del dispositivo establece excepciones. En otras palabras, la interrupción no resulta operativa en caso de ejecuciones hipotecarias y prendarias, por lo que sería conveniente que el juez dispusiere por analogía, cuanto menos, la suspensión de las mismas hasta que se homologue el acuerdo preventivo extrajudicial o se rechace la petición respectiva¹⁴⁶⁶ o bien, hasta que se cumpla el plazo del art. 24 de la ley concursal (90 días), lo cual sería acorde con un criterio preventivo de la insolvencia.

Si empero, se tratare de un bien necesario para el desenvolvimiento de la empresa, sería conveniente que la interrupción sea dispuesta, por lo menos, por el plazo de seis meses, ya que tal criterio de pensamiento resulta acorde con el principio de conservación de la empresa. Este criterio también encontraría adecuado sustento en la circunstancia de que el acuerdo presentado para homologación ha abreviado todos los plazos y trámites previstos para el caso de concurso, por lo tanto, la reducción de términos y costos para los acreedores justificaría la paralización del trámite de ejecución por un término prudencial, permitiendo ello, la posibi-

¹⁴⁶⁶ HEREDIA, Pablo D., *El acuerdo preventivo extrajudicial, según las reformas introducidas por la ley 25.589*, J.A. 2002-III-1186.

lidad de encontrar una solución alternativa tendiente a evitar la ejecución del bien.

Por último, la ley nada dice acerca de los efectos del APE frente a los pedidos de quiebra pendientes. En efecto, el art. 10 de la Ley de Concursos y Quiebras establece que “el concurso preventivo puede ser solicitado mientras la quiebra, no haya sido declarada”. Pero, ¿si la quiebra hubiere sido declarada, el deudor podrá convertirla en trámite de concurso preventivo, en los términos del art. 90 de la Ley de Concursos? Este dispositivo no alcanza a los acuerdos preventivos extrajudiciales, ya que no existe remisión alguna a este capítulo de la ley que trata, precisamente, este tipo particular de solución preventiva.

Ergo, la presentación de un APE para homologación, no podría servir –a primera vista– como instrumento apto para requerir la conversión de un pedido de quiebra, ya que el deudor debería dar cumplimiento con los recaudos del art. 11 de la ley concursal (art. 93), lo cual no sería factible frente a la presentación de conformidades para su homologación; empero, sería útil para paralizar un pedido de quiebra pendiente ya que tal criterio argumental se sostiene en la tésis del principio de suspensión que rige en materia de insolvencia.

En el sentido apuntado se ha resuelto que si bien el pedido de quiebra no se halla específicamente regulado en los art. 69 y sgtes. de la ley de bancarrotas (Capítulo VII, Acuerdo Preventivo Extrajudicial), una adecuada hermenéutica nos lleva a sostener que el referido artículo 10 debe aplicarse analógicamente a los APE, por cuanto admitir una postura contraria importaría que cualquier acreedor durante el período de suspensión podría frustrar a través de su decisión las posibilidades que la ley brinda al deudor¹⁴⁶⁷.

Se vislumbra, de esta manera, la intención del legislador de fortalecer el acuerdo preventivo extrajudicial como un instrumento más de prevención de la insolvencia, cuyos objetivos y fines teleológicos serían im-

¹⁴⁶⁷ CNCom., sala B, “Microomnibus Norte S.A. s/pedido de quiebra por Roitman, Juana Mirta”, elDial.com - AA2168, 31/05/2004.

posibles de alcanzar si se admitiera la prosecución de los pedidos de quiebra contra el deudor que presenta un APE para homologación¹⁴⁶⁸.

Del análisis pormenorizado efectuado para el supuesto de APE se puede apreciar que la ley 25.589 ha esterilizado al acreedor, al derogar la segunda parte del art. 69 de la ley 24.522, disponiendo así la pérdida de las acciones individuales, estableciendo un obligado sometimiento al efecto homologatorio que impone la regla del art. 56 para el régimen del acuerdo preventivo¹⁴⁶⁹, convalidando el efecto *erga omnes* del trámite homologatorio del acuerdo.

§ 8. POSTERGACIÓN DE ACCIONES DE CONTENIDO PATRIMONIAL EN LA QUIEBRA. LA PERSISTENCIA DE LA ATRACCIÓN DE EJECUCIONES DE GARANTÍA REAL Y EL PRINCIPIO DE UNIDAD PATRIMONIAL

Conforme lo sostiene autorizada doctrina italiana, la consecuencia inmediata del carácter de la quiebra como ejecución colectiva, es la mutación de los poderes procesales de los acreedores, los que encontrándose legitimados para el ejercicio de una acción individual pasan a quedar habilitados a obtener el reconocimiento de su acreencia en un trámite controvertido¹⁴⁷⁰. La interdicción para los acreedores de proseguir las acciones individuales ejecutivas resulta consustancial con el proceso de quiebra. Tanto la promoción, como la prosecución de tales acciones – dirigidas a expropiar los bienes del *debitor*– tornarían a la quiebra en una cuestión abstracta al quedar ésta sin contenido¹⁴⁷¹.

Tal como reza el art. 132 de la ley concursal, los efectos de la declaración de falencia se extienden en forma de “*vis attractiva*” y “paralizante” a las acciones seguidas por los acreedores por las que se le disputen

¹⁴⁶⁸ Cfr. GRISPO Jorge Daniel, *Tratado sobre la ley de concursos y quiebras. Ley 24.522*, comentada anotada y concordada. Modificada por leyes 25.563 y 25.589, ed. Ad-Hoc, Bs. As., (2003), t. VII, pág. 493.

¹⁴⁶⁹ Cfr. TEPLITZCHI, Eduardo, *La posibilidad de una verdadera solución preventiva en la ley 25.589: el acuerdo extrajudicial*, L.L. 2002-D-1351.

¹⁴⁷⁰ Cfr. SATTÀ, Salvatore, *Instituciones del derecho de quiebra*, ed. Ejea, (1951), pág. 42.

¹⁴⁷¹ Cfr. SATTÀ, Salvatore, *Instituciones del Derecho de Quiebra*, (traducción y notas de Derecho Argentino de Rodolfo O. Fontanarrosa), ed. Ediciones Jurídicas Europa-América, Bs. As., (1951), pág. 225.

derechos patrimoniales al deudor, con las mismas exclusiones previstas para ciertos acreedores (art. 21 inc. 1° a 3°, LCQ).

Sin embargo, la atracción –la cual implica una excepción al régimen general de asignación de competencia–¹⁴⁷² ha dejado de ser un elemento aglutinador de acciones ante un mismo magistrado, lo cual generaba las lógicas consecuencias de abarrotamiento de los juzgados concursales, donde no siempre concluían los procesos de conocimiento continuados o los incidentes de revisión para determinar el crédito y, en su caso, el privilegio.

Con el nuevo esquema procesal, no se atraen pero prosiguen, las acciones de contenido patrimonial en contra del deudor que consistan en: a) ejecuciones de garantías reales; b) juicios de conocimiento en trámite; c) juicios laborales y d) acciones en las que el deudor sea parte de un litis consorcio pasivo necesario. Prácticamente, la atracción ha quedado reducida a la acumulación de ciertos procesos (juicios ejecutivos) que por tener capacidad para modificar la situación de los bienes del deudor son, no solamente atraídos, sino también paralizados; quedando el acreedor sometido –*rectius*– al proceso verificadorio.

Con este nuevo diseño, la suspensión de acciones (art. 21 LCQ) emerge operativa cuando el acreedor opta por insinuar su crédito en el pasivo y dejar trunco el trámite del proceso de cognición, con los efectos del desistimiento de la acción¹⁴⁷³, de lo contrario, automáticamente, continúa el trámite para la determinación de la acreencia.

La prosecución de acciones seguidas por el acreedor cuyo crédito posee garantía real –a través del instituto del concurso especial (art. 209, LCQ)– representa una excepción al régimen común de desatracción y el acreedor cuyo crédito posee garantía hipotecaria o prendaria, puede continuar su pretensión ejecutoria ante el tribunal con competencia concursal.

Si bien es cierto que el fuero de atracción concursal no reviste carácter de principio, en el caso de las ejecuciones de garantías reales, resulta necesario tener un tratamiento diferenciado –como históricamente fuera

¹⁴⁷² Cf. HEREDIA, *op. cit.*, pág. 950.

¹⁴⁷³ Cf. MOLINA SANDOVAL, Carlos A., *El cambio de las reglas de juego en el fuero de atracción concursal*, E.D. 217-630 (2006).

diagramado en las leyes concursales, *v. gr.* el art. 203 durante la vigencia de la ley 19.551 (Adla, XXVII-B-1677) o bien, el art. 132 de la ley 24.522 (Adla, LV-D-4381), que imponen al acreedor hipotecario o prendario la obligación de proseguir el trámite de sus acciones ante el juez donde tramita el proceso universal— por cuanto tal criterio de solución posee incidencia directa en la unidad patrimonial.

En tal entendimiento el art. 203 de la ley 19.551 (reeditado en la ley 24.522) establecía: “Los acreedores garantizados con hipoteca o prenda con registro pueden requerir la venta a que se refiere el art. 130, segunda parte, mediante petición en el concurso, que tramita por expediente separado”.

A mérito de los dispositivos citados no existe justificativo alguno que permita la prosecución de acciones de esta naturaleza (hipotecarias o prendarias) en extraña jurisdicción, a mérito de las siguientes consideraciones: a) por que tal criterio de pensamiento, quebranta la debida integridad del patrimonio del *cessatus*. En efecto, si el deudor puede arribar a algún acuerdo con los acreedores (avenimiento) que ponga fin a la quiebra, la realización de un bien de significativa importancia para los *accipiens* en extraña jurisdicción podría atentar contra esta posibilidad; b) conspira contra la continuidad de la explotación de la empresa, toda vez que la realización inmediata del bien donde se asientan los elementos destinados a la producción podrían impedir la continuidad de la hacienda, desnaturalizando completamente la normativa establecida en el art. 190 de la ley 24.522; c) impide la venta de la empresa como unidad (art. 204, LCQ) lo que infringe el objetivo de obtener el mejor precio del producido de la realización de los bienes y contraviene el “interés del concurso” (art. 204, *in fine*, LCQ); d) por último, transgrede el principio de preservación de las fuentes laborales en abierta contradicción con los postulados de los arts. 189 y 190 de la ley 24.522.

Este razonamiento fue receptado por la Corte Suprema *in re* “José Giovannetti s/quiebra”, donde el máximo tribunal ratificó la plena operatividad de la atracción concursal para las ejecuciones de créditos con garantía real¹⁴⁷⁴ en caso de quiebra (art. 132, ley 24.522 modificado por el art. 7 de la ley 26.086). El criterio central es la suspensión de acciones a

¹⁴⁷⁴ C.S.J.N., “Giovannetti, José s/quiebra”, Fallos 330:1305, (2007).



partir de la firmeza que adquiere el auto de quiebra, por lo que los actos de ejecución forzada que importen la disposición y/o enajenación de bienes del fallido quedan suspendidos, sin que puedan llevarse a cabo, aunque no exista sentencia de falencia firme (t.o. ley 26.086).

La doctrina y la jurisprudencia nacional han enriquecido el alcance de la voz “acciones”, por lo que no quedan sometidas al fuero de atracción concursal ni a la suspensión de acciones en la quiebra, amén de las exceptuadas por el art. 21 inc. 1º, 2º y 3º: a) las acciones administrativas y, entre ellas, las determinaciones tributarias¹⁴⁷⁵, cuya calificación no admite la comprensión técnica de “juicios”; b) las acciones o trámites de aduana regulados por la ley 22.415 (art. 998 y conc.)¹⁴⁷⁶.

Como corolario de lo expuesto, surge en forma incontrastable la importancia que reviste para el legislador nacional, paralizar las acciones que persigan la ejecución de bienes del deudor, garantizando de esta manera la integridad patrimonial.

Precisamente, en este mismo sentido, la Ley General del Sistema Concursal del Perú (ley 27.809), establece un régimen de suspensión y prohibición que clarifica los efectos que produce la declaración de falencia, prescribiendo: “A partir de la fecha de la publicación a que se refiere el art. 32, se suspenderá la exigibilidad de todas las obligaciones que el deudor tuviera pendientes de pago a dicha fecha (art. 17.1). “En ningún caso el patrimonio del deudor sometido a concurso podrá ser objeto de ejecución forzosa...” (art. 18.4).

Conforme surge de los párrafos precedentes, la implementación de mecanismos que no sólo impidan que los acreedores puedan interponer demandas para obtener la ejecución de sus derechos durante el trámite de un concurso, sino que también paralice las acciones contra el deudor que se encuentren en trámite, se revela como esencial en todo proceso de insolvencia. Especialmente, aquellas que tienden a la realización y libre disponibilidad de los bienes, cuando existe continuidad de la explotación de la empresa.

¹⁴⁷⁵ C.S.J.N., “Jure Construcciones S.R.L.”, L.L. 1984-D-601.

¹⁴⁷⁶ Cfr. DASSO, Ariel A., *La reforma concursal de la ley 26.086: un remedio preventivo menos concursal y nada atractivo*, Doctrina Societaria y Concursal, ed Errepar, DSE n.º 222, mayo/06, t. XVIII, pág.517.

§ 9. ¿LA PRESENTACIÓN EN CONCURSO PREVENTIVO OBLIGA A SUSPENDER LOS PEDIDOS DE QUIEBRA PENDIENTES?

El art. 10 de la ley falencial habilita la presentación en concurso preventivo del deudor mientras la quiebra no haya sido declarada. De esta disposición se desprende, que el deudor puede peticionar su concurso hasta la oportunidad en que la quiebra –normalmente, solicitada por un tercero– es ordenada.

Si bien existe algún asincronismo entre el precepto contenido en el art. 10 y el 90 de la ley concursal (este último, habilita la conversión de la declaración de quiebra en un trámite de concurso preventivo [por lo que el concurso preventivo puede ser requerido aún declarada la quiebra]) lo cierto es que el deudor está autorizado a solicitar su concurso, mientras no exista la declaración formal de bancarrota¹⁴⁷⁷ ya que, operada ésta última, el *cessatus* únicamente detenta la posibilidad de convertir la declaración de quiebra en un trámite preventivo.

Una hipótesis no prevista por el legislador es la del pedido de concurso preventivo y la coexistencia de solicitudes de quiebra pendientes. En efecto, frente a la coexistencia de trámites paralelos: concurso voluntario y pedidos de quiebra, el magistrado debe razonar de la misma forma en que lo haría frente a un sujeto concursado con un requerimiento de realización de un bien con garantía real; esto es, disponiendo la inmediata paralización del trámite.

El legislador argentino ha priorizado el concurso frente al trámite de declaración de falencia y, para ello, el magistrado debe recurrir a la suspensión del pedido de quiebra para dar prioridad a un trámite preventivo sin esperar a dictar la resolución de apertura del proceso concursal¹⁴⁷⁸, ya que desestimado éste, el *iudex* puede enderezar el trámite de los pedidos de quiebra paralizados.

Igual criterio adoptó la doctrina judicial en caso de presentación de un APE, pues si bien el pedido de quiebra no está específicamente regulado en los arts. 69 y siguientes de la ley concursal (Adla, LV-D, 4381),

¹⁴⁷⁷ CNCom., sala A, “Romero, Roberto D., s/quiebra”, L.L. 1990-C-522 - DJ 1990-2-982, 22/02/1990.

¹⁴⁷⁸ Cfr. ROUILLON, Adolfo, *Régimen de Concursos y Quiebras*, (15ª edición), ed. Astrea, Bs. As., (2006), pág. 70.

de acuerdo a lo establecido en el artículo 10, por analogía debe aplicarse a los APE, impidiendo de esta forma que cualquier acreedor pueda frustrar las pretensiones del deudor de recomponer su patrimonio¹⁴⁷⁹.

La ley 24.522 no establece un término para efectuar la solicitud de concurso cuando existen uno o varios pedidos de quiebra en curso, por tanto, el requerimiento de apertura del preventivo puede efectuarse, aún vencido el término para que el *debitor* haga valer el derecho que le asiste en los términos del art. 84 de la ley concursal, esto es, al contestar la citación efectuada por el juez para que dentro de los cinco días de requerido “invoque y pruebe cuanto estime conveniente a su derecho”. El fin teleológico es claro, que el deudor encuentre en el remedio precautorio, el primer instrumento para solucionar la insolvencia o crisis empresarial.

La asimilación que tiene la quiebra con las ejecuciones de garantías reales es por demás obvia. El art. 203 prescribe que “la realización de los bienes debe comenzar de inmediato”, asentando el carácter ejecutorio de la ley mediante la previsión contenida en el art. 217 que ordena efectuar la enajenación de los activos dentro del plazo de cuatro meses desde que adquirió firmeza el auto de quiebra.

No obstante, la extensión de los efectos entre uno y otro (suspensión de los pedidos de quiebra y suspensión de ejecuciones de garantías reales) poseen distinta entidad. Así, mientras la quiebra importa el desapoderamiento de pleno derecho de todos los bienes del deudor a partir de la declaración (art. 107, LCQ) y la correspondiente orden de realización de los bienes de éste (art. 88 inc. 9, LCQ); en el caso de las ejecuciones de garantías reales, solamente impiden la disponibilidad por parte del deudor del bien sobre el cual recae el asiento del privilegio. Evidentemente, la dimensión de las secuelas en ambos casos, ostenta notoria diferencia, por lo que la suspensión de los pedidos de quiebra cobra mayor jerarquía frente al pedido de concurso efectuado por el deudor.

La presentación del concurso ante juez incompetente¹⁴⁸⁰, como el incumplimiento de todos los requisitos previstos en el artículo 11 para la

¹⁴⁷⁹ Cfr. CNCom., sala B, “Roitman, Juana M. s/ped. de quiebra en: Microomnibus Norte S.A.”, L.L. AR/JUR/1548/2004, 31/05/2004.

¹⁴⁸⁰ CNCom., sala A, “Belvedere, Antonio s/pedido de quiebra por Beremite S.A.” cit por HEREDIA, Pablo D., *Tratado exegético de Derecho concursal*, ed. Ábaco, Bs. As., (2000), t. I, pág. 356.

presentación concursal¹⁴⁸¹, tampoco resultan óbices para detener un pedido de quiebra en trámite, pues la presentación en concurso preventivo paraliza cualquier diligencia que impida el ejercicio de los derechos de disposición y administración por parte del *cessatus* (art. 107, LCQ).

En base a estas razones, no se comparte –en una modesta apreciación– la posición de autorizada doctrina¹⁴⁸² que entiende que los pedidos de quiebra suspendidos a raíz de la presentación concursal, quedan definitivamente impedidos¹⁴⁸³ si el deudor no obtiene la apertura del concurso ya que, si bien es cierto, no existe atracción ni acumulación de estos trámites prefalenciales, no menos cierto es que razones de economía procesal¹⁴⁸⁴ justificarían la prosecución de estas solicitudes, momentáneamente detenidas, *asimili* a lo que sucede con las ejecuciones de garantías reales.

Este caso, no podría asimilarse a la hipótesis de conversión de la quiebra en concurso cuyo trámite no es proseguido; toda vez que ello supone la existencia de una resolución que decreta la falencia, la cual es dejada sin efecto por la conversión en un trámite preventivo. Por consiguiente, la no prosecución del trámite o el desistimiento del concurso no hacen renacer el pedido de quiebra, perentoriamente suspendido.

§ 10. SUSPENSIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES

A diferencia de lo que ocurre en los procesos colectivos, las cautelas en los procesos individuales se ordenan ponderándose los requisitos clásicos propios de ellas: *fumus bonis iuris*, *periculum in mora*, por lo que otorgando la correspondiente fianza para garantizar los daños que pudie-

¹⁴⁸¹ QUINTANTA FERREYRA, F., *Concursos*, ed. Astrea, Bs. As., (1988), t. I, pág. 154; cfr. CApelCivyCom Común de Tucumán, sala I, “Nodos Eléctricos S.A.”, LLNOA 2009 (noviembre), 983 - IMP 2009-23-2071, 28/07/2009; CNCom, sala D, “Marviplast S.A. s/pedido de quiebra por Vázquez, Carlos E.”, Rev. Doctrina Judicial, t. 1996-I, pág. 1089.

¹⁴⁸² HEREDIA, *op. cit.*, t. I, pág. 358.

¹⁴⁸³ *Ibidem*.

¹⁴⁸⁴ CApelCivyCom. de San Nicolás, “Merello, Daniel Kerly s/quiebra”, LLBA 2010 (marzo), 154, con nota de José Javier Tivano. Ha sido referido en este pronunciamiento que «cuando la ley concursal se impone como objetivo buscar la celeridad y economía de los procedimientos, está respondiendo a una razón de orden público que sólo podrá postergarse ante casos excepcionales...».

ren, eventualmente irrogarse, el acreedor obtiene un pronunciamiento que le permite asegurar su derecho a cobrar primero, simplemente, por haberse anticipado¹⁴⁸⁵.

El art. 274 de la ley 24.522 concede al juez la facultad de "...dictar todas las medidas de impulso de la causa y de investigación que resulten necesarias...", debiendo leerse que se encuentran implícitas: la de dictar las medidas cautelares necesarias, tanto para resguardar la integridad patrimonial como, asimismo, para velar por el interés de los acreedores, del deudor, como así también, el de la conservación de la empresa.

La normativa falencial es de fondo y forma y las medidas cautelares en estos procesos complejos se rigen por normas materiales e instrumentales tendientes a impedir toda clase de innovaciones en perjuicio de la masa de acreedores apuntando a resguardar la inalterabilidad del patrimonio del deudor cesante¹⁴⁸⁶.

Para CÁMARA la ley 19.551 era innovadora puesto que, entre los efectos que producía la apertura del preventivo para los *accipiens* se encontraba la que disponía el mantenimiento de las medidas precautorias ordenadas, salvo cuando estas recaían sobre bienes necesarios para continuar con la actividad desarrollada por el deudor¹⁴⁸⁷.

No cabe dudas que el precepto seguido por el legislador del año 1995 (art. 24, LCQ) enaltece el principio de conservación de la empresa al consentir que el *cessatus* mantenga la administración de su patrimonio, sin perjuicio de la subsistencia de tales medidas, salvo que éstas entorpezcan el normal funcionamiento de la empresa, en cuyo caso, el juez podrá disponer su levantamiento¹⁴⁸⁸.

El art. 24 de la normativa falimentaria establece un régimen de suspensión de remates y de liberación de medidas trabadas sobre bienes de titularidad del deudor cuando la providencia ordenada (secuestro, embar-

¹⁴⁸⁵ Cfr. BARACAT, Edgar J., *Medidas cautelares en los concursos*, ed. Rubinzal-Culzoni, Bs. As., (2009), pág. 42.

¹⁴⁸⁶ Cfr. *ibidem*.

¹⁴⁸⁷ Cfr. CÁMARA, Héctor, *El Concurso Preventivo y la Quiebra*, ed. Depalma, Bs. As., (1990), vol. III-B, pág. 802.

¹⁴⁸⁸ Cfr. *ibidem*.

go de cuentas bancarias¹⁴⁸⁹, depósito o bienes dados a embargo, interdicción de salida de buques [ley 20.094, Adla 1973-A-170], inmovilización de aeronaves [Código Aeronáutico, Adla, 1967-A-326], clausura del establecimiento [ley 11.683, Adla, 1920-1940-309]), prohibición de contratar y medida de no innovar [art. 231, C.P.C.C.N.], intervención judicial que impida al deudor la administración de su patrimonio¹⁴⁹⁰) le imposibilite la gestión de sus bienes.

A pesar de estas expresas facultades del magistrado, el art. 21, penúltimo párrafo, de la ley de quiebras (t.o. ley 26.086) vino a reforzar el concepto acerca de la inconveniencia de mantener las medidas precautorias que hubieren sido ordenadas y la prohibición de dictar nuevas en los procesos de conocimiento continuados, juicios laborales y aquellos en los que el deudor sea parte de un litisconsorcio pasivo necesario, las que serán dejadas sin efecto previa vista a los interesados.

Tal criterio merece algunas consideraciones. No cualquier medida cautelar debe ser forzosamente levantada. En efecto: el embargo de bienes (art. 14. inc. 7, LCQ), la interdicción de salida del país (art. 25, LCQ) no producen *per se* indisponibilidad alguna del patrimonio del deudor, por lo que tales medidas pueden, perfectamente, mantenerse ya que no causan perjuicio alguno para la continuidad de la empresa socialmente útil¹⁴⁹¹. Lo mismo sucede con aquellas medidas que resultan de utilidad para resguardar el interés de los acreedores, como la que tiene prevista el art. 181 de la ley de quiebras disponiendo su resguardo: “cuando los bienes se encuentren en locales que no ofrezcan seguridad para la conservación y custodia”; a los fines de evitar sustracciones, pérdidas o deterioros.

Debe tenerse presente que la providencia que impida la administración del patrimonio, debe ser aquella que recaiga sobre bienes necesarios para el giro comercial o industrial, por lo que las medidas de embargo sobre el inmueble, maquinarias, enseres, etc., que no impidan su normal utilización (salvo la hipótesis de los inc. 2º y 3º del art. 21, LCQ) deben

¹⁴⁸⁹ CApel Civ. y Com. de Tucumán, sala III, “Zamora, Juan C. s/inc. de apel. en: Obra Social del Personal de la Actividad Azucarera (O.S.P.A.A.T.) s/conc. prev.”, LLNOA 2004 (mayo), 1099, AR/JUR/5416/2003, 17/06/2003.

¹⁴⁹⁰ CNCom., sala D, “Las Dos Manos S.A. s/conc. prev.”, LLO AR/JUR/7175/2007, 12/09/2007.

¹⁴⁹¹ La consideración sobre “empresa socialmente útil” ha sido acuñada por BARACAT a quien pertenece el calificativo. BARACAT, *op. cit.*, pág. 42.



mantenerse, por cuanto ello posee estrecha relación con el debido resguardo del patrimonio del deudor como prenda común de los acreedores (art. 14 inc. 7º, LCQ).

Empero, cuando la medida (subasta del inmueble donde se halla la fábrica del sujeto concursado) importa la realización de un bien imprescindible para la actividad del deudor, de manera tal que la misma, de proseguir, imposibilitaría poder continuar con la producción industrial afectando los ingresos de los trabajadores –lo que tornaría inevitable la falencia– la ejecución hipotecaria debe ser suspendida toda vez que subyace en el art. 24 un principio conservatorio de los bienes esenciales para el mantenimiento de la actividad del deudor, lo cual no es más que un reflejo de la finalidad misma de todo proceso preventivo¹⁴⁹², aunque el acuerdo se encontrare homologado.

Mayor relevancia adquiere la normativa en análisis cuando se trata de dinero inmovilizado por la cautela, el cual constituye por excelencia un bien necesario para el giro ordinario de la concursada, por lo que cabe considerar configurada la excepción prevista por el precepto legal, dado que el mantenimiento de la indisponibilidad de los fondos podría afectar considerablemente el giro comercial de la deudora que constituye uno de los objetivos del proceso concursal en orden al saneamiento de su patrimonio¹⁴⁹³.

El levantamiento de estas medidas debe ser decidido de inmediato por el juez en ocasión de conocerlas. Sin perjuicio de ello, el concursado o el síndico pueden requerir que se las deje sin efecto con fundamento en la continuidad de la empresa.

Conforme lo sostuviera en un precedente la Cámara capitalina «el mantenimiento o dictado de medidas cautelares respecto de un sujeto en concurso preventivo, como principio general, carece de utilidad práctica, en tanto la preferencia o prioridad en el cobro que otorga el embargo temporalmente anterior sobre el posterior pierde eficacia, al ser esa regla

¹⁴⁹² CNCom., sala C, “CIPAC S.R.L s/conc. prev.”, E.D. digital 47925, 28/08/2008.

¹⁴⁹³ QUINTANA FERREYRA, *op. cit.*, t. I, pág. 286; ZAVALA RODRÍGUEZ, Carlos, *Código de Comercio Comentado*, t. VII, pág. 333; CÁMARA, *op. cit.*, t. I, pág. 519. Este mismo criterio se puede ver en CNCom., sala E, “Vialbares S.A. s/concurso preventivo s/inc. de apelación” 9/11/00; CNCom., sala F, “Iglesias, Silvia Elena s/conc. prev.”, LLO AR/JUR/5263/2010, 07/05/2010.

reemplazada por la de la *par condicio creditorum*»¹⁴⁹⁴. Se trata de un supuesto en el que el deudor se ve impedido de disponer de un activo (cuenta bancaria o similar) y la sola imposibilidad de poder utilizar fondos depositados en una cuenta bancaria, atenta contra la continuidad de la explotación, por lo que podría considerarse más ajustado, justificar su levantamiento o desafectación en este principio o en el de especialidad de la ley concursal (art. 239, LCQ) y no en el de la *par condicio creditorum*, por tener menor precisión.

La ley 19.551 innovó al introducir la posibilidad de propuesta para acreedores privilegiados con la doble proposición: una para los acreedores comunes y otra para los privilegiados o alguna clase de éstos, lo cual debe ser aprobado por las mayorías del art. 57 de la ley 19.551¹⁴⁹⁵ (art. 47 ley 24.522). Sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 59 de la ley concursal (disposiciones tendientes a garantizar el cumplimiento del acuerdo) el levantamiento de estas medidas precautorias concluye con la homologación del preventivo. Esto significa que una vez que el juez resuelve homologar el acuerdo, los acreedores privilegiados que no tuvieron una propuesta o bien que teniéndola, la misma no fue homologada, recobran el ejercicio de sus acciones individuales, hallándose habilitados, no sólo para perseguir el cobro de sus acreencias por la vía común, sino incluso para pedir la quiebra de su deudora, careciendo el juez concursal de competencia para decidir sobre la procedencia de eventuales medidas cautelares que pretendan adoptar en protección de sus créditos¹⁴⁹⁶.

§ 11. LA SUSPENSIÓN EN CASO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS

11.a) Servicios públicos prestados al deudor

Los prestadores de servicios públicos –ya sea el Estado en cualquiera de sus formas (Nacional, Provincial o Municipal) o las empresas que los

¹⁴⁹⁴ Cfr. CNCom., sala D “Camisur S.A. s/conc. prev.”, LLO AR/JUR/7195/2007, 12/09/2007.

¹⁴⁹⁵ Cfr. CÁMARA, *op. cit.*, vol. III-B, pág. 807.

¹⁴⁹⁶ Cfr. CNCom., sala C, “Cotax Coop. s/conc. prev.”, L.L. 1999B-801 E.D. 174463, 23/04/1997.

proporcionen, por medio de una concesión, a través de procedimientos licitatorios– poseen un trámite especial en la ley concursal.

El art. 20 *in fine* de la ley 24.522 establece un régimen de prohibición para las empresas que brindan servicios públicos al *debtors* impidiendo de esta forma, la suspensión de estas prestaciones, con origen en fecha anterior a la de la apertura del concurso.

Coincidente con el principio de conservación de la empresa, la presentación concursal preventiva impide que los acreedores por prestaciones de servicios públicos al concursado –de períodos anteriores a la promoción del proceso universal– puedan prevalerse de las facultades administrativas que les confieren los ordenamientos respectivos, para disponer, unilateralmente, el corte de servicios por falta de pago.

La prohibición de innovar emerge operativa desde el mismo momento en que el juez resuelve la apertura del proceso colectivo, aunque sus efectos se computan desde que el deudor formaliza la presentación concursal, puesto que los períodos anteriores a la presentación son los que impedirán el corte del servicio.

Pero, este impedimento por parte del acreedor tiene fecha de corte el día de la presentación en concurso, por lo que los servicios prestados con posterioridad a la apertura del proceso universal deben abonarse a sus respectivos vencimientos y pueden suspenderse en caso de incumplimiento mediante el procedimiento previsto en las normas que rigen sus respectivas prestaciones.

El sostén de la prestación de los servicios públicos tiene fundamento en el principio de conservación de la empresa, por cuanto el mantenimiento de estos servicios (gas, luz, agua corriente, teléfono, etc.) contribuye al sostenimiento de la explotación de la hacienda y resulta beneficioso para el interés de los acreedores, ya que los mismos podrán esperar una mejor propuesta, cuanto mayor sea previsible, la continuidad de la explotación de la hacienda.

11.b) Servicios públicos concesionados al concursado. ¿Quién debe decidir la continuidad de la concesión?

Este criterio –acerca del mantenimiento de los servicios públicos brindados al concursado– no ha tenido paridad de trato, cuando es el

mismo *cessatus* quien a consecuencia del otorgamiento de alguna licencia, concesión o a través de un proceso licitatorio brinda un servicio público.

En efecto, cuando se trata de servicios que son prestados por el mismo deudor *in malis* la jurisprudencia no ha sido pacífica a los fines de admitir el mantenimiento de los mismos en cabeza de la empresa concursada, con fundamento en la potestad de las autoridades administrativas en materia de prestación de servicios públicos.

Siguiendo este criterio interpretativo se ha entendido que resulta procedente declarar la quiebra de una cooperativa de trabajo si la Secretaría de Transportes de la Nación ha puesto fin a los permisos correspondientes al servicio de transporte automotor de pasajeros que le fueron concesionados, puesto que tal disposición le impide cumplir con el objeto social y, con ello, generar ingresos para cumplir con sus obligaciones¹⁴⁹⁷.

Esta misma línea argumental ha sido seguida por el máximo tribunal de la Nación en la causa “Southern Winds S.A. s/conc. prev.”¹⁴⁹⁸ y la Cámara Comercial capitalina en autos: “Línea Expreso Liniers s/conc. prev.”¹⁴⁹⁹ y “Translink S.A. s/conc. prev. s/inc. de explotación `Cuota Hilton`”¹⁵⁰⁰.

El argumento central en estos precedentes es la incompetencia del juez concursal para decidir cuestiones que hacen a la órbita y atribución correspondientes a los organismos controlantes de tales servicios, cuya potestad reglamentaria permanece en cabeza de las autoridades administrativas quienes ostentan señorío para establecer lo atinente a la habilitación, prórroga, suspensión o rescate de la concesión. Tampoco modifica esta posición –a criterio de los magistrados intervinientes en los precedentes citados– la circunstancia de que el juez que interviene en el proceso universal haya prevenido en la solicitud de mantenimiento de la explotación, toda vez que la circunstancia de que el organismo administrativo

¹⁴⁹⁷ Cfr. Cam. 2ª Apel. Civ. y Com. Minas de Paz y Tributaria Mendoza, “Coop. de Trabajo Transportes Automotores de Cuyo T.A.C. Ltda.”, IMP 2008-19 (Octubre), 1711, L.L. AR/JUR/3358/2008.

¹⁴⁹⁸ C.S.J.N., “Southern Winds S.A. s/conc. prev.”, L.L. LXXI-170-8, D.J. 2007-III-394.

¹⁴⁹⁹ CNCom., sala E, “Línea Expreso Liniers s/conc. prev.”, L.L. 2007-A-157, 04/08/2006.

¹⁵⁰⁰ CNCom., sala C, “Translink S.A. s/conc. prev. s/inc. de explotación `Cuota Hilton`”, L.L. 2005-A-364, 30/06/2004.

encargado de las leyes de la policía del comercio de carnes no haya ejercido concretamente sus atribuciones antes de que el juez de la quiebra dictara la medida, no configura razón para prohibir que lo ejerza en lo sucesivo¹⁵⁰¹.

En una modesta posición se disiente con el criterio adoptado en los precedentes reseñados. Desde la ley de quiebras mexicana de 1942, pasando por el real decreto Italiano de igual año y la ley francesa de 1967, el criterio imperante en materia concursal ha sido el de la conservación de la empresa, lo que fuera recogido por todos los ordenamientos que les precedieron, inclusive, por nuestra Ley de Concursos y Quiebras (t.o. 1995).

La continuidad de la actividad de la empresa (art. 189, LCQ) cuando de su interrupción pudiere derivarse un daño grave e irreparable para los acreedores justifica la adopción de medidas urgentes tendientes a mantener –por cierto tiempo– una situación *status quo* que permita el mantenimiento de la explotación.

Si bien el Estado, por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, posee facultades legítimas para disponer la continuidad o cese de una concesión, no menos cierta es la circunstancia de que tales atribuciones deben ceder cuando se encuentra comprometido el interés público concursal frente al interés público social. Ello así, por cuanto, si bien es cierto que ambos tienen igual jerarquía o entidad, el juez concursal puede encontrar mayores razones y elementos para disponer la continuidad de un servicio público, pudiendo recabar todos los elementos que le permitan –aunque sea por un breve período de tiempo– mantener la explotación del negocio en beneficio, no solamente de los acreedores, sino también de la comunidad toda.

La viabilidad de la empresa y la utilidad social de su conservación, son condimentos en los que el magistrado interviniente se encuentra en inmejorables condiciones de evaluar a la hora de resolver tan delicada si-

¹⁵⁰¹ En el precedente que se glosa, el juez concursal había ordenado mantener la matrícula de la fallida autorizando la explotación del cupo de exportación de carnes –cuota “Hilton”– asignado. La Cámara con fundamento en el precedente de la C.S.J.N. *in re* “Industrias Frigoríficas Nelson S. A.” (Fallos 323:956) modificó la decisión del *a quo*. Cfr. CNCom., sala C, “Translink S.A. s/conc. prev. s/inc. de explotación ‘Cuota Hilton’”, L.L. 2005-A-364, 30/06/2004.

tuación, en los que no siempre los intereses de la administración conjugan con los intereses de la empresa.

Asimismo, la imposibilidad de continuar con la explotación del servicio público determinará la conveniencia de hacer cesar el mismo y, para ello, nada mejor que reconocer que el juez que interviene en la bancarrota encontrará la mejor solución, en el difícil equilibrio entre la continuidad de la explotación¹⁵⁰² y el interés público comprometido.

§ 12. CESACIÓN DEL CONVENIO COLECTIVO DE TRABAJO. UNA REFORMA INCONVENIENTE PARA LOGRAR LA RECUPERACIÓN DE LA HACIENDA (LEY 26.684)

El art. 20 de la ley 24.522 impuso una nueva modalidad en la continuidad de la explotación bajo administración del deudor *in malis*, al resolver la suspensión del convenio colectivo de trabajo (CCT) que se encontrare vigente al momento de la presentación concursal, por el término de tres años o el cumplimiento del acuerdo preventivo, el que fuere menor.

La interrupción del convenio colectivo por actividad o por empresa opera *ope juris* a partir de la resolución de apertura del proceso universal (art. 14, LCQ) sin que exista recaudo alguno de cumplimiento para que el dispositivo produzca plenos efectos. Esto es, no resulta necesario notificación ni comunicación a la entidad gremial que nuclea a los trabajadores. Con ello, el legislador se aparta de la forma dispuesta para otras suspensiones en particular (intereses, pagos a los acreedores), las que se computan desde la fecha de presentación del preventivo.

La renegociación de las condiciones laborales suspendiendo la aplicación de las normas de orden público establecidas por el derecho del trabajo, representa la primera manifestación del legislador en orden a priorizar entre dos normas “de orden público”, aquella que tiene capacidad de producir mayores consecuencias entre los sujetos involucrados.

¹⁵⁰² Cfr. VAISER, Lidia, *Medidas cautelares sobre la denominada “cuota Hilton” en los procesos concursales*, en Libro de Ponencias, X Jornadas Nacionales de Institutos de Derecho Comercial, Tanti-Córdoba, setiembre (2003), pág. 306; BARACAT, *op. cit.*, pág. 249.



El mensaje de elevación que remitiera el Poder Ejecutivo al Congreso Nacional junto con el proyecto de ley, fundamentan el artículo reformado en "...la posibilidad de renegociar las condiciones de trabajo dentro de la empresa, quedando sin efecto el orden público económico laboral existente hasta el momento de la presentación..., obtener el saneamiento de la crisis empresaria, sin que las partes directamente interesadas –empresario y trabajadores– se hallen limitadas por un orden público rígido que les impida tener capacidad de movimiento o renegociación, lo cual puede lograrse a partir de la renegociación de las condiciones laborales dentro de un amplio margen de libertad (...); el mantenimiento de las condiciones laborales, con el transcurso del tiempo y la crisis, han producido mayores perjuicios a los trabajadores que cualquier otra solución que permita la recuperación de la empresa”¹⁵⁰³.

La norma permite de esta forma, la flexibilización del régimen laboral, por lo que devienen inaplicables las disposiciones que regulan el C.C.T. durante el plazo máximo de duración del concurso preventivo, que el legislador estimó en tres años o el de cumplimiento del acuerdo, lo que ocurra primero.

Evidentemente, la conservación de las fuentes de trabajo no podría lograrse, si antes no se alcanza la supervivencia de la empresa. El bien jurídico tutelado es la hacienda, por cuanto la subsistencia de ésta, permitirá como lógica derivación, el mantenimiento de los puestos de trabajo con lo que se logrará la tan ansiada conservación de la fuente laboral. Entre dos bienes tutelados (empresa y trabajo) el legislador del año 1995 priorizó el de mayor peso e importancia, puesto que el daño a la empresa representa mayor entidad que aquél que protege la rígida ecuación económica existente en la relación trabajador-empleador.

La reformulación de los convenios colectivos de trabajo –aunque ello signifique la pérdida de algunos derechos laborales– permitirá preservar dentro del contexto, los puestos de la mayor cantidad posible de trabajadores, frente a un panorama que de inicio se presenta sombrío, de cara a la muda realidad que la insolvencia representa para los empleados, ante la posibilidad cierta y no meramente conjetural, de la pérdida del empleo.

¹⁵⁰³ Cfr. HEREDIA, *op. cit.*, t. I, pág. 532.

La suspensión del convenio produce el inmediato cese de los beneficios que otorga el acuerdo colectivo, por lo que las relaciones laborales se registrarán –a partir de la resolución que dispone la apertura del juicio universal– por la Ley de Contrato de Trabajo 20.744 (Adla, XXXVI-B-1175) o por el contrato individual durante el término que dure el trámite del preventivo, incluido el plazo para el cumplimiento del acuerdo, con el límite máximo de tres años.

La normativa en análisis no importa perforar los mínimos inderogables ni dejar sin efecto las batallas conquistadas durante muchos años por el sector más débil en la relación contractual (trabajo de menores, mujeres, descanso, vacaciones, salario mínimo), los que gozan de la protección establecida en el art. 12 de la ley 20.744¹⁵⁰⁴, siendo los mismos irrenunciables. De tal forma, las negociaciones que puedan llevar adelante la representación gremial con el empleador deben significar un beneficio para la empresa (eliminación de horas extraordinarias, plus, adicionales no remunerativos no contemplados en el contrato individual), en aras de contribuir con el *prius* que impone la conservación de la empresa: “superar el estado de insolvencia”.

De esta forma, las partes quedan obligadas *ipso iure* (art. 14 y 20, LCQ) a renegociar un “convenio de crisis” en el que podrán estipular pautas que permitan mantener las condiciones de trabajo con ciertas ventajas para la empresa, normalmente, de carácter económicas. MORELLI, comenta que «el derecho laboral y el derecho comercial conviven en el sistema jurídico, pero no sin tensiones»¹⁵⁰⁵ y, en estas rigideces es cuando más necesaria resulta la maleabilidad de las normas, cuya aplicación en forma de todo o nada, llevaría a la postre a una solución no desada, aunque fuere ajustada a Derecho.

Sin perjuicio de lo resuelto por la Cámara en lo Comercial capitalina en los autos “Editorial Perfil S.A. s/conc. prev.”¹⁵⁰⁶ (en el que declaró in-

¹⁵⁰⁴ Art. 12: “Será nula y sin valor toda convención de partes que suprima o reduzca los derechos previstos en esta ley, los estatutos profesionales o las convenciones colectivas, ya sea al tiempo de su celebración o de su ejecución, o del ejercicio de derechos provenientes de su extinción”.

¹⁵⁰⁵ MORELLI, Mariano G., *Los contratos de trabajo en el concurso preventivo. Derechos sociales, dogmática jurídica y teoría general del derecho*, D.T. 1999-B-2249.

¹⁵⁰⁶ CNCom., sala A, “Editorial Perfil S.A. s/conc. prev.” L.L. 2004-A-563 - IMP 2004-A, 1345 - TySS 2004-615.

aplicable el art. 20 de la LCQ para el caso del Estatuto del Periodista Profesional) el precepto del art. 20 de la ley concursal debe entenderse que comprende, tanto los convenios colectivos como, asimismo, los estatutos especiales¹⁵⁰⁷ ya que el legislador quiso englobar a todas las relaciones laborales que puedan presentarse en las empresas, quedando exceptuadas únicamente, las correspondientes a las relaciones de trabajo donde el empleador es el Estado en algunas de sus formas (Nacional, Provincial o Municipal), ya que éste no puede acceder al trámite del preventivo (art. 2, LCQ).

El art. 293 de la ley de quiebras establece la inaplicabilidad de toda norma que se oponga a la normativa falencial (Ley de Entidades Financieras, Leyes arancelarias del lugar del juicio [art. 271, LCQ], privilegios del Código Civil). De esta forma, así como ciertas leyes deben ceder frente a la quiebra por aplicación de esta normativa, de igual manera sucede con los estatutos especiales que, creados por el legislador, han sido dictados para situaciones normales y no de excepcionalidad como es la que se plantea frente a un sujeto en cesación de pagos.

Recurriendo a la analogía pueden encontrarse sobradas razones para sostener la aplicabilidad de las disposiciones relativas a los convenios colectivos en el caso de relaciones laborales reguladas por estatutos especiales por aplicación del art. 159 de la ley concursal, el que cabe exportar en caso de concurso.

Un antiguo fallo ha señalado que dado el carácter especial de la ley de quiebras, sus disposiciones deben ser interpretadas en primer término con arreglo al espíritu propio de la institución, antes de recurrir a los principios de las leyes análogas¹⁵⁰⁸; por lo que la disposición establecida en el art. 159 del ordenamiento falencial, sienta una línea de posición dirigida al juez mediante la cual, el legislador intenta que la analogía no se

¹⁵⁰⁷ En el precedente referido se solicitaba se declare la aplicación del art. 20 de la ley de quiebras, por efecto de la apertura del concurso de Editorial Perfil S.A., requiriendo la suspensión no sólo del Convenio Colectivo n.º 301/75 sino también las leyes 12.908 y 12.921 (Estatuto del Periodista Profesional y Estatuto del Personal Administrativo de Empresas Periodísticas).

¹⁵⁰⁸ CCom. Cap., L.L., t. 28, pág. 35, 30/9/42; cit. por BUSO, E., *Código Civil anotado*, ed. Ediar, Bs. As., (1944), t. I, pág. 154, n.º 109.

convierta en un silogismo abstracto, sino que sea el vehículo de una solución justa para el caso concreto¹⁵⁰⁹.

Resultaría un contrasentido que una empresa constructora cuya relación con los trabajadores se rige por la ley 22.250 (Adla, 1980-C-2457, Estatuto del Personal de la Construcción); un club de fútbol en el que las relaciones con los jugadores se rigen por la ley 20.160 (Adla, 1973-A-298, Estatuto de Jugadores de Fútbol Profesional) o, en su caso, el titular de un establecimiento de educación privado cuyos trabajadores se encuentran enmarcados en la ley 13.047 (Adla, 1947-392, Estatuto del docente de Establecimientos Privados); quienes recurrieron al proceso concursal, resulten perjudicados por cuanto el régimen laboral respecto de estos trabajadores fue regulado en una ley y, consecuentemente, no resulta de aplicación en la especie el art. 20 de la ley de bancarrotas.

La ley 26.684 de reforma al ordenamiento concursal suprimió de un plumazo un dispositivo que contribuía –en cierta medida– con la tan anhelada recuperación de la hacienda, al derogar la disposición del art. 20 de la ley falimentaria que establecía “la suspensión de los convenios colectivos de trabajo por el plazo de tres años o el de cumplimiento del acuerdo preventivo, el que fuere menor” (ley 24.522, t.o. 1995).

Ciertamente, se ha producido un giro copernicano ya que, en otros tiempos, la suspensión del convenio colectivo de trabajo era pregonada como una medida con la que el sector laboral (empleados de la empresa pertenecientes a un sindicato) contribuía –de alguna forma– con el salvataje empresario, toda vez que, los beneficios o adicionales que los trabajadores perciben por fuera del salario básico (producto de conquistas sindicales) quedaban sin efecto, contribuyendo así a que la empresa logre reestructurar su pasivo.

A partir de la reforma efectuada al régimen concursal (ley 26.684) los convenios colectivos de trabajo siguen vigentes, por lo que el empleador concursado estará obligado a abonar los adicionales o premios establecidos por convenio: plus por presentismo (art. 11.5, CCT 389/04), por zona desfavorable (art. 20, CCT 130/75), por manejo de valores (art. 20, CCT 130/75), por uso de automóvil (art. 36, CCT 124/75), por complemento de servicio (art. 11.6, CCT 389/04), entre otros, lo cual en cier-

¹⁵⁰⁹ Cfr. HEREDIA, *op. cit.*, t. I, pág. 623.

ta medida, atenta contra la recuperación y conservación de la hacienda en una suerte de empujón al vacío¹⁵¹⁰ creando, de esta forma, el escenario más favorable para que los empleados, en caso de que la empresa concursada no logre los acuerdos, puedan acceder al salvataje por conducto de la cooperativa de trabajadores (art. 48 bis, LCQ, t.o. ley 26.684).

El cambio de criterio operado, no se compadece con el pensamiento del legislador de otras épocas que privilegiaba, por lo menos, en un primer instante, la recuperación del sujeto concursado (la empresa, en manos de los titulares o propietarios de ésta), mediante mecanismos que permitían la superación del estado de crisis: suspensión de intereses, suspensión de ejecuciones, suspensión del convenio colectivo de la especialidad, continuidad de contratos en curso de ejecución, continuidad en la prestación de servicios públicos, propuestas por categorías, etcétera.

La pregunta que podrá formularse, es la siguiente: ¿contribuye de esta forma el sector laboral con el salvataje empresario? Evidentemente, en esta etapa del proceso no puede razonarse de otra forma que no sea por la negativa; puesto que el objetivo perseguido con la apertura del proceso (art. 14, LCQ) es la continuidad de la hacienda con sus mismos dueños y con los mismos trabajadores que la integran, por lo que la prosecución del convenio colectivo contribuye –en alguna medida– a agravar la situación y no ha descomprimir la crisis que afecta a la hacienda.

Permitir que prosigan los convenios colectivos de trabajo y los intereses de los créditos laborales (art. 19 *in fine*, LCQ, ley 26.684), sin que sufran menoscabo alguno, potenciando, de esta forma, la suerte de los trabajadores en una futura participación en el salvataje de la hacienda por vía de la cooperativa conformada o en formación (art. 48 bis, LCQ, ley 26.684), es atentar en contra del interés del deudor, quien recurre a la protección que le otorga el sistema concursal en aras de sanear la empresa y no de perderla, colocando en una situación de privilegio a los trabajadores, en relación al deudor, frente a los demás acreedores.

Debe existir un adecuado equilibrio entre los intereses del sector laboral y los correspondientes al deudor, puesto que, quien se encuentra en mejores condiciones para recuperar la empresa, sanearla y superar el es-

¹⁵¹⁰ Cfr. RUBÍN, Miguel Eduardo, *Las reformas a la Ley de Concursos y Quiebras del año 2011 y el fenómeno de las cooperativas de trabajo. Comprobando que más difícil que sacar al genio de la lámpara es volver a meterlo en ella*, E.D. 243, n.º 12.803, (2011).

tado de insolvencia, no es otro que el propio sujeto que recurrió a la aplicación de la ley de quiebras.

El amplio alcance que revisten las disposiciones de la ley de quiebras en lo referido a los contratos de trabajo, torna procedente que el magistrado interprete y fije las normas laborales afectadas en la reestructuración y recomposición patrimonial de una empresa en crisis en la que está en juego la posibilidad de mantenimiento de las fuentes de empleo¹⁵¹¹.

De igual modo que Copérnico colocó al sol en lugar de la tierra como centro del universo, el legislador del año 2011 situó al trabajador como centro de la escena, olvidando quien debe obtener la protección que brinda el sistema, esto es, la empresa.

De *lege ferenda*, se propone modificar la ley 26.684 y retomar la disposición que contenía el art. 20 de la ley 24.522 (t.o. 1995), en cuanto disponía la suspensión de los convenios colectivos de trabajo, por cuanto, de esta forma, los trabajadores contribuyen sin grandes sacrificios con la recuperación de la hacienda.

Sin perjuicio de ello, de *lege lata* y en virtud del principio inquisitivo, el juez se encuentra facultado para disponer, en su caso, las reorganizaciones que resulten necesarias a los fines de poder continuar con el giro empresario, sin que ello importe agravar la situación económica del ente. Y, en esta reestructuración, no puede estar ajena la conveniencia de mantener o no el convenio colectivo aplicable a los trabajadores dependientes del sujeto concursado o declarado fallido.

Evidentemente, la conservación de las fuentes de trabajo no podría lograrse, si antes no se alcanza la supervivencia de la hacienda. El bien jurídico tutelado es la industria, el comercio o el negocio, por cuanto la subsistencia de ellos, permitirá como lógica derivación, el mantenimiento de los puestos de trabajo, con lo que se logrará la tan ansiada conservación de la fuente laboral. De esta forma, entre dos bienes tutelados: empresa y trabajo; debe priorizarse el de mayor peso e importancia, puesto que el daño a la empresa representa mayor entidad que aquél que protege la rígida ecuación económica existente en la relación trabajador-empendedor.

¹⁵¹¹ Cfr. CNCom., sala A, “Editorial Perfil S.A. s/conc. prev.” L.L. 2004-A-563 - IMP 2004-A, 1345 - TySS 2004-615. Del dictamen del Fiscal que la Cámara hace suyo.

§ 13. ALGUNAS SUSPENSIONES EN PARTICULAR

13.a) Suspensión de intereses

Conforme lo establece el Código Civil, los intereses constituyen la compensación dada al acreedor por la privación del uso de algo a que él tiene derecho; o sea que consisten, como lo establece propio código velleiano en los frutos civiles o rentas que la cosa produce (art. 2330 y 2424, Cód. Civ.).

El art. 19 de la ley falencial manda a partir de la presentación concursal “la suspensión de los intereses que devengue todo crédito de causa o título anterior”. El *dies a quo* del término para la suspensión de los intereses respecto de toda acreencia en contra del deudor (que no esté garantizada con prenda o hipoteca) corre a partir del día de la promoción del juicio universal en la hipótesis de concurso (art. 19, LCQ) y, en caso de quiebra, a partir de la declaración de falencia (art. 129, LCQ).

El origen histórico del dispositivo se remonta al Código de Comercio de Francia de 1838¹⁵¹² que recogió la doctrina judicial de ese país e impuso su recepción legislativa, proyectando sus alcances al derecho comparado¹⁵¹³ en forma progresiva y generalizada.

En nuestro régimen concursal esta disposición se introdujo recién con la ley 19.551. Su predecesora (ley 11.719) nada establecía sobre los intereses en caso de convocatoria de acreedores. Ya tiempo anterior a la ley 19.551 (Adla, XLIV-D-3806), se dio una controversia sobre el momento en que operaba la suspensión del curso de los intereses en casos de convocatorias de acreedores. Para resolver ese tema, la Cámara Comercial dictó el plenario “Adelphia S.A.”¹⁵¹⁴ según el cual, los accesorios en los juicios de convocatoria de acreedores dentro del régimen de la ley 11.719 (Adla, 1920-1940, 325) corrían hasta la fecha de la junta. Solamente se suspendían los intereses para el caso de quiebra. Las leyes ante-

¹⁵¹² BONELLI, Gustavo, *Del Fallimento*, Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi, Milano, (1923), pág. 532.

¹⁵¹³ *Ibidem*, nota a pie n.º 2.

¹⁵¹⁴ CNCom., en pleno, “Adelphia S.A.”, L.L. 152-333 (1973); Colección Plenarios - Derecho Comercial, t. II, pág. 83.

riores que rigieron en el país no contenían disposición alguna¹⁵¹⁵ sobre este efecto del proceso universal.

Conforme esta regla, los acreedores del deudor concursado pueden requerir la verificación de sus créditos (capital e intereses) y calcular los réditos que devengue el capital hasta el día anterior a la presentación en concurso. A consecuencia de esta prohibición, no procede el cómputo de intereses con posterioridad a la presentación preventiva o declaración de quiebra.

Evidentemente, la disposición normativa establece una restricción al derecho de propiedad del que gozan los acreedores impidiendo que éstos puedan reclamar rentas de todo tipo (convencionales o legales, moratorios, punitivos y que afecten todo tipo de acreencia, salvo la de los hipotecarios y prendarios) devengadas por períodos posteriores a la presentación concursal. La ley, en este sentido, persigue un fin tuitivo, cual es la congelación de los créditos a una fecha determinada, evitando de esta forma el agravamiento de la situación del deudor.

Si no existiría esta disposición –presente en la mayoría de los ordenamientos concursales– no sería posible la reestructuración del pasivo frente a un patrimonio que se revela impotente para hacer frente a las obligaciones formalmente exigibles. La suspensión de intereses permite evitar que el pasivo del deudor se vea engrosado, empeorando su insolvencia e impidiendo que el sujeto concursado pueda reorganizar la empresa tendiente a superar la crisis patrimonial.

El arreglo y reestructuración del pasivo requieren que el mismo quede estratificado, inmovilizado –aunque ello sea por un breve período de tiempo– a los efectos de facilitar la más rápida salida del deudor de la situación de crisis que atraviesa. De lo contrario, algunos de ellos, que podrían haber celebrado acuerdos con el deudor –en el cual convengan una tasa de interés o bien, una tasa de interés diferenciada ante la posibilidad de que el sujeto *in bonis* se concurse– podrían quedar en mejor situación que los otros, alterando esta situación el orden público concursal y la igualdad de trato de los acreedores¹⁵¹⁶.

¹⁵¹⁵ WILLIAMS, Ricardo, *El Concurso Preventivo*, ed. Plus Ultra, Bs.As., (1975), pág.138.

¹⁵¹⁶ Cfr. CNCom., sala A, “Noel y Cía., S. A. s/concurso s/incidente de verificación por Bascialli, Arturo P.”, L.L. 1983-C-213 - DT 1983-B-983, AR/JUR/2979/1983, 07/04/1983.

La pauta de interpretación es la suspensión de todos los intereses (moratorios o punitivos) cualquiera fuera la naturaleza del crédito al cual alcance¹⁵¹⁷, por lo que debe entenderse que se encuentran incluidos los créditos privilegiados, con las salvedades que se efectuarán más adelante en relación a los créditos hipotecarios y prendarios y aquellos emergentes de las relaciones laborales.

En caso de concurso preventivo o quiebra el *dies a quo* para el cómputo del término de suspensión no ofrece mayores dificultades, lo que no sucede de igual manera con el APE. En efecto, si la presentación del acuerdo preventivo extrajudicial cumple con todos los recaudos de admisibilidad en los términos del art. 72 de la ley 24.522, el cálculo del plazo para la suspensión de los intereses opera a partir del día en que el juez ordena la publicación del acuerdo¹⁵¹⁸. Va de suyo, que una presentación incompleta o improponible no puede generar por si misma efectos de tal magnitud y consecuencia; permitiendo la paralización del curso de los intereses; por lo que tal solución será operativa recién a partir del momento en que el juez disponga la publicación respectiva (arts. 72 *in fine* y 75, LCQ)¹⁵¹⁹.

La suspensión de intereses opera respecto del deudor concursado, aunque cabe destacar que no ocurre lo propio respecto de los fiadores y coobligados solidarios con el deudor por lo que respecto de estos sujetos no se detiene el cómputo de los réditos que se seguirán devengando con posterioridad a la fecha de declaración de quiebra o concurso del *deudor*¹⁵²⁰.

¹⁵¹⁷ Cfr. HEREDIA, *op. cit.*, t. I, pág. 497.

¹⁵¹⁸ Cfr. CNCom., sala A, “Ramírez Dolan Serapio Teófilo c. Sideco Americana S.A. s/ejecutivo”, elDial.com - AA2312, 16/06/2004.

¹⁵¹⁹ Cfr. TRUFFAT E. Daniel, *El nuevo acuerdo preventivo extrajudicial. Ley 25.589*, Ad-Hoc, Bs. As., (2002), pág.47; ALEGRÍA Héctor, *Nueva reforma a la Ley de Concursos y Quiebras, ley 25.589*, L.L. 2002-D-1055; DASSO, Ariel A., *El primer Apeado*, ponencia presentada en el V Congreso Argentino de Derecho Concursal - III Congreso Iberoamericano de la Insolvencia; ed. Ad Hoc, Mar del Plata (2003), t. I, pág. 633; JUNYENT BAS, Francisco, *El acuerdo preventivo extrajudicial: ley 25.589*, “Concursos I”, RDPC 2002-3, Rubinzal Culzoni, Santa Fe (2003), pág. 232.

¹⁵²⁰ Cfr. RAMÍREZ, José A., *La Quiebra, Derecho Concursal Español*, (2ª edición) por José M. CAMINALS y Francisco CLAVE, ed. Bosch, Barcelona, (1998), t. II, pág. 1068; DASSO, Ariel A., *El Concurso preventivo y la quiebra*, Ad-Hoc, Bs.As., pág. 740.

Los fiadores y coobligados que afiancen obligaciones del deudor deben solicitar verificación en el concurso (art. 32, LCQ) ante la eventualidad de que éstos tengan que pagar el crédito que le fuere reclamado por el acreedor. Si éstos abonaren una suma mayor al acreedor –producto del curso de intereses posteriores a la presentación concursal– y tuvieran una propuesta concordataria con quita, los mismos no se verán beneficiados por la interrupción del curso de los intereses que favorece, exclusivamente, al deudor. Por lo que lo que ellos pagaren, no podrán *ex post* repetir –a valores nominales– del concursado, toda vez que los efectos novatorios del acuerdo sólo alcanzan a las obligaciones de éste, por tratarse de efectos personales y no reales, y no impiden la prosecución del reclamo formulado contra los fiadores de las mismas¹⁵²¹.

En consecuencia, si la regla de equidad es que los créditos se establezcan y no sufran alteraciones a la fecha de la declaración de quiebra, y que el patrimonio no sufra ulteriores disminuciones durante el período liquidativo, se comprende también perfectamente que el devengamiento de intereses se suspenda una vez ordenada la apertura concursal o declarada la falencia¹⁵²².

Cuando el deudor se encuentra *in malis* (concurado o fallido), su patrimonio –falta de la suficiente potencialidad productiva y económica– deja de producir beneficios y lucros, y no puede soportar la carga de los intereses de las deudas que lo gravan; por lo que estando exhausto el patrimonio, sería un contrasentido admitir que siguieran corriendo los intereses si se sabe que esos bienes no alcanzarán para cubrir el pasivo¹⁵²³.

Si el legislador permitiera que los intereses siguieran engrosando el capital adeudado, lo que se lograría es empeorar la situación del deudor cesante, viéndose dificultada aún más su aspiración de superar el delicado equilibrio existente entre bienes y deudas, lo cual afecta el crítico estado de insuficiencia patrimonial, impidiendo de este modo la solución preventiva¹⁵²⁴. Es por este motivo, que el régimen de suspensión de intereses

¹⁵²¹ Cfr. CNCom., sala C, “Textil Iberá S.A. c. Uskaer, Enrique Pedro y otro s/ordinario”, E.D. 228-449 (2008).

¹⁵²² Cfr. SATTÀ, *op. cit.*, pág. 204.

¹⁵²³ Cfr. PIPIA, Umberto, *Del fallimento, del concordato preventivo e dei piccoli fallimenti*, UTET, Torino, (1931), pág. 346, parág. n.º 505.

¹⁵²⁴ Cfr. HEREDIA, *op. cit.*, t. I, pág. 497.



materializa uno de los efectos principales y más generalizados de los procedimientos concursales. Frente a la insolvencia del deudor, el ordenamiento jurídico reacciona en su favor disponiendo la suspensión del curso de los intereses que sus obligaciones impagan devengan¹⁵²⁵.

La persistencia de los acreedores en sus pretensiones de cobro de intereses podría impedir la rehabilitación del fallido¹⁵²⁶, con las lógicas consecuencias que ello ocasionaría en la reestructuración del pasivo y la incidencia en la continuidad de la hacienda. De ahí que no podría sostenerse que el fundamento de la prohibición del devengo de intereses reposa en el respeto al tratamiento igualitario de los acreedores¹⁵²⁷, sino que ello se cimenta en el principio de conservación de la empresa, ya que el mantenimiento *status quo* de los créditos permitirá al deudor reorganizar la hacienda con mayores posibilidades de ofrecer y lograr obtener favorable aceptación a una propuesta concordataria que garantice el interés de los acreedores y permita la prosecución de la explotación.

13.b) Actualización de créditos. indexación, C.E.R. y C.V.S. ¿interrupción o prosecución?

Uno de los temas más intrincados en relación a los créditos concursales tiene vinculación con la determinación del cálculo actualizado de los mismos cuando, como consecuencia de la depreciación monetaria, el capital tiende a licuarse con el transcurso del tiempo.

El art. 7º de la ley de convertibilidad 23.928 (Adla, LI-B-1752) dispone que “en ningún caso se admitirá la actualización monetaria, indexación por precios, variación de costos o repotenciación de deudas, cualquiera fuere su causa, haya o no mora del deudor, con posterioridad al 1º del mes de abril de 1991”, por lo que independientemente de la existencia de concurso o no, se encontraba absolutamente prohibida la aplicación de cualquier mecanismo indexatorio.

¹⁵²⁵ Cfr. LORENTE, Javier A., *Ley de Concursos y Quiebras*, ed. Gowa, Bs.As., (2000), t. I, pág.243.

¹⁵²⁶ Cfr. ARGERI, Saúl A., *La quiebra y demás procesos concursales*, Editora Platense, Bs.As., (1980), pág. 302.

¹⁵²⁷ ROITMAN, Horacio y DI TULLIO, José A., *Los intereses en los concursos* en “Obligaciones dinerarias. Intereses”, RDPC n.º 2001-2, pág. 227.

Las transformaciones causadas por las crisis económicas que afectaron nuestro país en los últimos años produjeron profundas alteraciones al régimen cambiario, ocasionando un empobrecimiento del valor adquisitivo de la moneda, una depreciación en el valor de los créditos y el tipo de cambio, lo que llevara a un claro desequilibrio en la ejecución de los contratos diferidos con onda repercusión en el plano concursal.

En la última década, el régimen de pesificación asimétrica implementado por la ley 25.561 (Adla, LXII-A-44) respecto de las deudas contraídas en moneda extranjera al 6 de enero de 2002, generó un paulatino envilecimiento de la moneda y una profunda alteración del *pacta sunt servanda* (art. 1197, Cód. Civ.) que hasta ese momento sostenía el equilibrio de las prestaciones convenidas en moneda foránea.

De esta forma, y a los fines de restablecer la armonía existente surgieron en diferentes momentos históricos de nuestro país, los coeficientes de actualización monetaria: a) por un lado: la ley 21.488 (Adla, XXXVII-A-71) de ajuste de créditos concursales, sólo aplicable en las quiebras y en los hoy desaparecidos “concursos civiles”. Es el único antecedente legislativo que admitió –concretamente– la actualización de créditos en los concursos con anterioridad a la ley 23.928; de otro lado con mayor actualidad se hayan presentes el C.E.R. (Coeficiente de Estabilización de Referencia, Dec. 214/2002, Adla, 2002-A-117) y el C.V.S. (Coeficiente de Variación Salarial, Dec. 320/2002, Adla, 2002-B-1647) los que –de alguna manera– han intentado compensar el notorio desfasaje evidenciado con posterioridad a la pesificación y corregir con ello la desposesión sufrida por el acreedor.

A partir del año 2002 (ley 25.561) y la implementación de los ajustes (C.E.R. y C.V.S.) para las obligaciones en moneda extranjera, la doctrina concursal se dividió entre aquellos que estaban por la negativa a admitir la indexación¹⁵²⁸ de los créditos, luego de abierto el concurso preventivo y, de otro lado, estaban los que sostenían que la presentación concursal en épocas inflacionarias representaba una forma de licuación de pasivos, por lo que debía efectuarse un ajuste de las acreencias.

¹⁵²⁸ Es un mecanismo por medio del cual los precios establecidos en un contrato se van ajustando de acuerdo en los cambios del índice general de precios.

Los sostenedores de la primera posición (DASSO)¹⁵²⁹ justifican su postura en el estado de insolvencia y de impotencia del patrimonio del concursado el cual, si ha dejado de producir beneficio alguno, mal podría soportar la carga de los “plus” indexatorios que incrementan los montos originales, la conservación de la empresa, la *par condicio creditorum* y la regla general que emerge del art. 19 de la ley concursal (suspensión de intereses) por cuanto ello permite la fosilización del pasivo a una fecha determinada¹⁵³⁰. En el terreno concursal, la judicatura nunca acogió con agrado la actualización de los créditos a los fines de establecer un sano equilibrio entre el interés del deudor y el interés de los acreedores.

En la segunda postura (BARREIRO, LORENTE y VÍTOLO)¹⁵³¹ entienden que este índice no es una tasa de interés sino una corrección de cotización (excluida de la prohibición de utilizarlas que prevé la ley de convertibilidad) y, por ello, no es alcanzado por la suspensión del art. 19 de la ley concursal.

El antecedente más remoto que diera lugar a la indexación concursal (para ciertas deudas) lo encontramos en la causa “Pérez Lozano, Roberto c. Compañía Argentina de T.V. S.A.”¹⁵³², que reconoció el derecho del acreedor laboral para reclamar la descompensación sufrida por la depreciación de la moneda, lo que también sucedió en relación a los créditos originados en créditos de la seguridad social en la causa “Producciones Argentinas de Televisión, S. A.”¹⁵³³.

¹⁵²⁹ DASSO, Ariel A. y DASSO, Ariel Gustavo, *Pesificación, daño y acuerdo homologado*, Sup.Esp. Rev. y Rción. de las obligs., L.L. 2003-E-1387.

¹⁵³⁰ Cfr. ROUILLON, Adolfo A. N., *¿Fin del concurso preventivo como instrumento de licuación judicial de pasivos?*, L.L. 1987-D-1164, Derecho Comercial - Concursos y Quiebras - Doctrinas Esenciales, t. I, pág. 329.

¹⁵³¹ BARREIRO, Marcelo Gustavo y LORENTE, Javier Armando, *Estado actual de algunas cuestiones sobre efectos de la pesificación en los concursos*, La Ley Sup. de Concursos y Quiebras, L.L. 2003-D-1291; Cfr. *idem* VÍTOLO, Daniel R., *Aplicación del CER y del CVS a los créditos en las hipótesis de concursos y quiebras*, L.L. 2003-B-1428.

¹⁵³² CNCom. en pleno, “Pérez Lozano, Roberto c. Compañía Argentina de T.V. S.A.”, L.L. 1981-D-425. Al provenir de la Cámara Comercial con mayor trayectoria en el país, este plenario sentó las bases para consolidar una doctrina judicial que se extendió a todos los tribunales de la República.

¹⁵³³ CNCom., en pleno, “Producciones Argentinas de Televisión S.A. s/incidente de actualización de crédito por Caja de Subsidios Familiares para el Personal de la Industria”, L.L. 1983-B-456. En este plenario la Cámara de Apelaciones en lo Comercial reconoció que «corresponde aplicar el régimen de la ley 21.235 (Adla, XXXV-D-3623) para la actualización de los créditos

En caso del reclamo de intereses por acreedores hipotecarios o prendarios la C.S.J.N. *in re* “Marrone, Roberto c. Egom S.C.A.”¹⁵³⁴ reconoció que el acreedor concursal –cuyo crédito posee garantía real– goza del derecho a percibir su acreencia a valores actualizados, hasta el producido del bien gravado.

Con posterioridad, en la causa “Balassanian Hnos. S.A.” el alto tribunal sentenció: «la suma de dinero que tiende a recomponer el capital inicial con la finalidad de mantener el poder adquisitivo de dicho capital, no tiene el carácter accesorio que le atribuye el *a quo* por el contrario, el capital nominal y el plus compensatorio de la depreciación de la moneda confluyen a reconstituir, apreciado en el valor actual del signo monetario, el mismo valor económico que el crédito tenía en su origen»¹⁵³⁵.

La concatenación de fenómenos económico-financieros contraproducentes para el crecimiento del país y la cada vez más asentuada pirámide inflacionaria, conspiraron para que cediera la rigidez con la que siempre fue considerada la suspensión de intereses en los concursos, admitiéndose la repontenciación de las deudas para ajustarlas a valores reales.

De esta forma, no se advirtieron mayores objeciones para que esta actualización de las deudas que alcanzaba en un primer momento sólo a los créditos privilegiados, se propagaran a las restantes acreencias. Este giro en materia de indexación concursal representó el fin de la utilización del concurso preventivo como método de licuación judicial de deudas en épocas hiperinflacionarias¹⁵³⁶.

Pero, no obstante ello, cabe el interrogante acerca de si tales precedentes ¿fueron suficientes para permitir que los créditos quirografarios (a la postre, los más perjudicados) pudieran verse beneficiados por la actualización de sus acreencias? Y la respuesta no puede ser otra que la nega-

verificados de la Caja de Subsidios Familiares cuya satisfacción fuese morosa después de la homologación del concordato; esa actualización no procede respecto del crédito verificado con relación al lapso transcurrido entre la fecha de la exigibilidad de la deuda y de la presentación en curso».

¹⁵³⁴ C.S.J.N. “Marrone, Roberto c. Egom S.C.A.”, Fallos 303:1708 (1981).

¹⁵³⁵ C.S.J.N., “Balassanian Hnos. S.A. s/concurso s/inc. de verif. de créd. promovido por Fiscalía de Estado de la provincia de Buenos Aires - Recurso de hecho”, L.L. 1985-C-444.

¹⁵³⁶ Cfr. ROUILLON, “¿Fin del concurso preventivo...”, *op. cit.*, t. I, pág. 329.

tiva, puesto que las previsiones más optimistas¹⁵³⁷ no sirvieron para consolidar un criterio unificador en pos de la actualización de créditos que no poseen preferencia alguna.

A pesar de ello, podría sostenerse, siguiendo el criterio sentado en la ley 21.488 que en caso de existir propuesta concordataria, una vez que la misma reciba homologación judicial (si no fue convenida la actualización de la acreencia a la fecha de celebración del convenio), reclamar la actualización del crédito sobre las sumas que resulten de calcular la incidencia de la depreciación monetaria sobre los créditos verificados, utilizando para ello, una tasa “razonable” (Nivel General de Precios al Consumidor).

Siguiendo el pensamiento del máximo tribunal, debe reconocerse que la suma de dinero que tiende a recomponer el capital inicial con la finalidad de mantener el poder adquisitivo de dicho capital, no tiene el carácter accesorio¹⁵³⁸ pero, admitir que ciertos créditos puedan gozar de tales prerrogativas y otros no constituye, cuanto menos, una sinrazón que altera la equidad.

Este criterio de admisión de actualización de las acreencias, no debe ir en desmedro del “principio de conservación de la empresa”; de allí que se propicie su aplicación con criterio residual, una vez que el deudor logre la homologación del acuerdo. En caso de quiebra siempre que no exista continuación de la explotación, la aplicación del C.E.R. y/o C.V.S. o cualquier otro procedimiento de actualización de deudas pesificadas se convertirían en una entelequia de no alcanzar los bienes para satisfacer el capital y los intereses.

No son pocos los pronunciamientos que producto de la salida del régimen de convertibilidad de las obligaciones admitieron la aplicación de índices de corrección monetaria (CER o CVS) a obligaciones originariamente contraídas en dólares, mitigando de esta forma los efectos de la pesificación asimétrica y la brupta salida de la paridad cambiaria, reconociéndose al acreedor, la posibilidad de adicionar al crédito convertido en

¹⁵³⁷ Cfr. *ibidem*.

¹⁵³⁸ Cfr. C.S.J.N., “Balassanian Hnos. S.A. s/concurso s/inc. de verif. de cré. promovido por Fiscalía de Estado de la provincia de Buenos Aires - Recurso de hecho”, L.L. 1985-C-444.

pesos a razón de 1 U\$S = 1 \$, el Coeficiente de Estabilización de Referencia (C.E.R.)¹⁵³⁹.

Concluyendo, la ley 25.561 mantuvo el antiguo criterio de prohibición de ajustes inflacionarios con lo que no resulta posible en ciertos períodos –de desvalorización– solicitar algún reacomodamiento del valor del capital. Sin embargo, si la moneda sufre algún deterioro significativo, el resultado de aplicar un nominalismo a ultranza llevaría a consagrar la «seguridad de la injusticia»¹⁵⁴⁰.

Ciertamente, es necesario reconocer la necesidad de readecuación del capital en tiempos en los que la pérdida del poder adquisitivo del dinero podría desnaturalizar las prestaciones adeudadas por el deudor. No obstante, frente a la insolvencia del *cessatus* la regla pierde precisión y generalidad y debe utilizarse en forma excepcional y cuando verdaderamente tal alteración importe una pérdida significativa del valor nominal del crédito, si ello no estuvo contemplado en el acuerdo.

La solicitud consistente en la aplicación de índices inflacionarios y/o de ajustes de capital posteriores a la presentación concursal atentan contra lo dispuesto en el art. 19 de la ley falimentaria, lo que únicamente podría reconocerse para períodos posteriores a la homologación del convenio, porque de esta forma todos contribuirían, en mayor o menor medida, a superar la insolvencia.

La “conservación de la empresa” debe agudizar el sentido de los diferentes partícipes del conflicto: acreedores y deudor y elevar el razonamiento del juez quien será, en última instancia, el que sembrará equidad, lo cual resulta inherente al concepto mismo de justicia¹⁵⁴¹.

La existencia de sujetos que –por diferentes motivos (hipotecarios, prendarios, laborales, pesificados, etc.)– puedan verse beneficiados con posterioridad a la presentación concursal a una readecuación o reexpresión de sus acreencias originarias, llevaría a desigualdades que atentan contra el ideal de justicia, esto es, de eliminar las distinciones arbitrarias

¹⁵³⁹ Cám.Apel.Civ.yCom. San Isidro, sala II, “Miguel, Héctor Oscar”, IMP 30/05/2006, 1457 – L.L. AR/JUR/7053/2005.

¹⁵⁴⁰ MOISSET DE ESPANES, Luis, *Aspectos económicos y jurídicos de la Ley de Convertibilidad* en “Convertibilidad del austral”, ed. Zavalía, Bs. As., (1991), pág. 38.

¹⁵⁴¹ Cfr. RAWLS, John, *Justicia como equidad*, ed. Tecnos, Madrid, (1999), pág. 78.

y de tender a un adecuado restablecimiento de equilibrio entre pretensiones rivales.

Un criterio pacificador de estas tensiones –entre diversos intereses– como por ejemplo: la suspensión de intereses por un determinado período de tiempo (*v. gr.* un año) de todos los créditos, sin admitir excepciones, permitirá que estas desigualdades (a pesar de su arbitrariedad) puedan redundar en beneficio de todos: del deudor por la posibilidad de continuar con la explotación y reestructurar la empresa y de los acreedores quienes, en alguna medida, contribuirán a la superación de la crisis empresarial, generando mayores expectativas en el cobro de sus acreencias. De esta manera, todos se encontrarán en una situación de mayor equidad.

13.c) La suspensión de los intereses y de la ejecución en el caso de acreedores con garantía real. El *prius* de la conservación de la empresa

La regla genérica de la suspensión del curso de los intereses de todo crédito de causa o título anterior a la presentación concursal o declaración de quiebra, sin otras excepciones que las que expresamente exceptúa la normativa falimentaria –la que se reduce a los créditos garantizados con hipoteca o prenda (art. 19 y 129, LCQ)– representa un principio del proceso universal.

De acuerdo a la pauta general, todas las acreencias que cuenten con privilegio especial y/o general (salvo los créditos con garantías reales); quedan definitivamente petrificados al día de promoción del preventivo, por lo que quedan suspendidos los intereses que devengue todo crédito de causa o título anterior a la presentación.

Esta interrupción del curso de los réditos que devengue todo crédito no se suprime *sine die* en forma definitiva¹⁵⁴² sino que –*simpliciter*– producto de la presentación del juicio universal, el capital deja de producir beneficios. Sin embargo, y a pesar de que los mismos no desaparecen, la expectativa de poder percibirlos resulta cuanto menos remota.

¹⁵⁴² MAFFÍA, Osvaldo J., *Derecho Concursal*, ed. Depalma, Bs.As., (1988), t. II, pág. 554.

La Corte Suprema en la causa “Marrone, Roberto c. Egom S.C.A.”¹⁵⁴³ ha fijado posición en el sentido de que los créditos con garantía real poseen una tutela especial y la falencia del deudor no altera ni disminuye la extensión del crédito hipotecario, como es el derecho a cobrar intereses, con la sola limitación que impone el art. 3936¹⁵⁴⁴ del Código Civil y sin necesidad de esperar las resultas del concurso general (art. 3938, Cód. Civ.)¹⁵⁴⁵.

Tal criterio de excepción frente a una regla generalísima como es la suspensión de intereses en el concurso y la quiebra, deviene inaceptable y reviste gavedad extrema que autoriza la declaración de inconstitucionalidad de la norma.

Efectivamente, la cristalización del pasivo a una fecha determinada tiene como objetivo permitir la consolidación de los efectos de la insolvencia colocando a los acreedores en un pie de igualdad a un cierto tiempo, por lo que los créditos respecto del concurso se congelan al día de la presentación concursal o declaración de falencia en resguardo de la masa¹⁵⁴⁶, ya que frente al concursado o fallido, los intereses continúan su curso¹⁵⁴⁷.

Teniendo en cuenta estos argumentos, no se produce una extinción total del crédito por los intereses posteriores a la declaración de la falencia ya que con relación al deudor no hay suspensión alguna. El acreedor conserva su crédito frente al deudor aunque no pueda formar parte de la

¹⁵⁴³ C.S.J.N. “Marrone, Roberto c. Egom S.C.A.”, L.L. 1984-A-508 - 1982-B-450.

¹⁵⁴⁴ Art. 3936: “La hipoteca garantiza a más del principal, los intereses o rentas debidas de dos años, y los que corran durante el juicio de ejecución hasta el efectivo pago. Las legislaciones locales dispondrán el régimen procesal de la ejecución judicial de la garantía hipotecaria, conforme a las siguientes pautas: a) El procedimiento será el del juicio ejecutivo; b) El trámite informativo sobre las condiciones de dominio y sobre impuestos, tasas, contribuciones y expensas podrá tramitarse de manera extrajudicial, y el estado de ocupación podrá constatarse por acta notarial; c) No procederá la compra en comisión; d) En ningún caso podrá declararse la indisponibilidad de los fondos producidos en el remate, si bien el juez podrá exigir caución suficiente al acreedor; e) Si fuera solicitado por el acreedor, el juez decretará el desalojo del inmueble antes del remate” (párr. según ley 24.441).

¹⁵⁴⁵ C.S.J.N. “Marrone, Roberto c. Egom, S.C.A.”, L.L. 1984-A-508 - 1982-B-450.

¹⁵⁴⁶ DE SEMO, Giorgio, *Diritto Fallimentare*, (5ª edizione), Cedam, Pádova, (1968), pág. 267, parágrafo 264.

¹⁵⁴⁷ Cfr. CASTILLO, Ramón S.: *La quiebra en el derecho argentino*, Talleres Gráficos Ariel, Bs.As., (1940), t. I, pág. 368; PARRY, Adolfo E., *Efectos de la quiebra en los contratos*, TEA, Bs.As., (1950), pág. 161; RAMÍREZ, *op. cit.*, t. II, pág. 1067; ARGERI, *op. cit.*, t. II, pág.300.

masa pasiva concursal por el crédito correspondiente a dichos intereses¹⁵⁴⁸.

Si bien es cierto que el acreedor goza del derecho de reclamar intereses a consecuencia de la inejecución de la obligación por parte del deudor (art. 3111, Cód. Civ.), tal circunstancia debe ser ponderada en el contexto en que se encuentra establecida la norma (deudor *in bonis*); por lo que frente a un sujeto insolvente la regla debe forzosamente ceder, dando paso a la interrupción del curso de los intereses.

Los acreedores hipotecarios y prendarios ya poseen una tutela especial, la que les permite realizar el bien sobre el que se asienta el privilegio sin tener que esperar el trámite completo del concurso o la quiebra. Este beneficio concedido al acreedor con garantía real le permite recuperar rápidamente el crédito otorgado al deudor, por lo que tal circunstancia –por sí sola– implica una enorme ventaja frente a los demás *creditors*.

No obstante, estas prerrogativas para el acreedor hipotecario o prendario (ejecución inmediata [art. 21, LCQ] y percepción de intereses [art. 19, LCQ]), no pueden desnaturalizar el principio de conservación de la empresa. En efecto, si quien contrata con el deudor (Banco, entidad financiera, cooperativa de crédito, etc.) resguarda su acreencia constituyendo una garantía sobre un bien de titularidad del deudor –*ex post*, concursado– destinada a la explotación, deberá correr la suerte del *cessatus* y, en tal medida, estará condicionado a recuperar su acreencia en base a las siguientes pautas: a) espera de un año, desde la presentación en concurso preventivo, para la realización del bien y b) suspensión de los intereses que devengue el crédito garantizado con garantía real por el término de un año.

De esta forma, los acreedores titulares de garantías reales estarán más equiparados en cuanto a la distribución de los riesgos que depara la insolvencia, con los demás perjudicados por la misma.

Naturalmente, los créditos con garantía real gozan en el concurso (art. 21 y 209, LCQ) de la posibilidad de realizar el bien sobre el que se asienta el privilegio especial, con la sola limitación impuesta por el art. 24 (suspensión de remates por el término de 90 días) y el convenio (de existir propuesta para el acreedor garantizado) que sólo le afectará si su

¹⁵⁴⁸ Cfr. CNCom., sala A, “Reydol S.A. c. Edificadora La Rioja S.R.L.”, L.L. 1984-A-199.

titular firma la propuesta, vota a su favor o se adhiere a ella o al convenio aprobado; pero, tal prerrogativa no puede ir en desmedro de agravar la situación de la hacienda.

Conforme lo ha demostrado la práctica concursal, puede advertirse que la cuestión no termina con la realización del inmueble o del bien mueble; existen una serie de situaciones que ameritan que el juez del concurso entienda, previo a la enajenación del bien, y que podrían enumerarse en las siguientes: a) suspensión de medidas que impidan el uso por el deudor de la cosa gravada (art. 24, LCQ), cuando el bien resulte indispensable para las actividades que desarrolla; b) cuando se solicite autorización para sustituir el bien, por otro de igual valor, cuando este resulte indispensable para la continuación de la actividad (art. 16 *in fine*, LCQ); c) cuando se solicite autorización para renegociar y sustituir el bien objeto de ejecución con garantías personales o reales de bienes de terceros, por motivos relacionados con la actividad de la empresa; d) cuando el acreedor hubiere omitido la verificación del privilegio, aunque lo hubiera hecho en relación al crédito (art. 21 *in fine*, LCQ); e) cuando el deudor hubiere ofrecido desde el momento de la presentación, acuerdo para acreedores privilegiados en los que a criterio del magistrado exista viabilidad para su cumplimiento.

En hipótesis de quiebra opera el art. 126, en el que el síndico “puede requerir autorización al juez para pagar íntegramente el crédito prendario o hipotecario ejecutado por el acreedor con fondos líquidos existentes en el expediente, cuando la conservación del bien importe un beneficio evidente para los acreedores...”, abonando, inclusive, la posibilidad de autorizarse a “...a constituir otra garantía o disponer la venta de otros bienes”. Igual solución podría utilizarse para evitar el curso de los intereses devengados por la mora en el pago del crédito hasta la fecha de presentación en concurso.

No resulta razonable que el deudor concursado que pretende la reorganización de la empresa, la reestructuración del pasivo y la superación del estado de insolvencia, quede en peor situación que aquel que se encuentra en estado liquidativo al “beneficiarse” –éste último– con la suspensión de la ejecución por haberse autorizado su pago, o bien por haberse adoptado un mejor modo de realización de los bienes en beneficio de la colectividad de acreedores y, fortuitamente, con mejor expectativa de percibir alguna suma del dividendo concursal (art. 228, LCQ).

La Ley de Concursos de España ordena: “en caso de realización de un bien con garantía real, su inmediata paralización hasta que se aprueba un convenio que no afecte el derecho del acreedor hipotecario o prendario o transcurra, cuanto menos, el plazo de un año desde la declaración de concurso” (art. 56, LCE)¹⁵⁴⁹. En caso de subsistir la suspensión de la ejecución “...la administración concursal podrá comunicar a los titulares de estos créditos con privilegio especial que opta por atender su pago con cargo a la masa y sin realización de los bienes y derechos afectos. Comunicada esta opción, la administración concursal habrá de satisfacer de inmediato la totalidad de los plazos de amortización e intereses vencidos y asumirá la obligación de atender los sucesivos como créditos contra la masa. En caso de incumplimiento, se realizarán los bienes y derechos afectos para satisfacer los créditos con privilegio especial” (art. 155, LCE).

Algunas legislaciones poseen procedimiento similares: Alemania (InsO)¹⁵⁵⁰, Francia (Loi de sauvegarde des entreprises et liens vers les décrets d'application)¹⁵⁵¹, Italia (Legge Fallimentare, Dec.Leg 80/2005)¹⁵⁵²,

¹⁵⁴⁹ Art. 56 Ley Concursal española 22/2003. “Los acreedores con garantía real sobre bienes del concursado afectos a su actividad profesional o empresarial o a una unidad productiva de su titularidad no podrán iniciar la ejecución o realización forzosa de la garantía hasta que se apruebe un convenio cuyo contenido no afecte al ejercicio de este derecho o transcurra un año desde la declaración de concurso sin que se hubiera producido la apertura de la liquidación”.

¹⁵⁵⁰ Art. 165. Realización de bienes inmuebles. (*InsO Verwertung unbeweglicher Gegenstände*). “El administrador de la insolvencia puede gestionar ante el tribunal competente la subasta forzosa o la administración coactiva de un bien inmueble de la masa de la insolvencia, aún cuando sobre el bien continúe vigente un derecho de ejecución separada”. DASSO, Ariel A., *Derecho Concursal Comparado*, inédito, ed. Legis, Bs. As., (2009). El artículo me fue facilitado por el autor, previo a su publicación.

¹⁵⁵¹ Artículo L.611-10. (introducido por la Ley n° 2005-845 de 26 de julio de 2005 art.1, art. 7 Diario Oficial de 27 de julio de 2005, con entrada en vigor el 1 de enero de 2006, bajo reserva art. 190). “...El acuerdo homologado suspenderá, durante el periodo de su ejecución cualquier acción judicial, cualquier diligencia individual tanto sobre los bienes muebles como sobre los inmuebles del deudor, con el fin de obtener el pago de los créditos que fueran objeto de ellos. Suspenderá por el mismo periodo los plazos concedidos a los acreedores partes en el acuerdo, bajo pena de caducidad o de rescisión de los derechos correspondientes a estos acreedores. Los codeudores y las personas que hayan concedido una fianza o una garantía autónoma podrán prevalerse de lo dispuesto en el acuerdo homologado”. DASSO, Ariel A., *Derecho Concursal Comparado*, inédito, ed. Legis, Bs. As., (2009). El artículo me fue facilitado por el autor, previo a su publicación.

¹⁵⁵² Art. 168. *Effetti della presentazione del ricorso*. “1. Dalla data della presentazione del ricorso e fino al passaggio in giudicato della sentenza di omologazione del concordato, i creditori

Portugal (Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas)¹⁵⁵³ y Colombia (Ley 550/1999)¹⁵⁵⁴, tendientes a la protección de los bienes afectados a la actividad empresarial.

Como se puede advertir, existe una manifiesta preocupación del legislador extranjero por tratar de sanear la empresa –manteniendo sus activos– y que ésta supere el estado de insolvencia, lo cual emerge con carácter axiomático, siendo un principio rector del procedimiento concursal.

Apelando a la razonabilidad y la analogía de disposiciones que son *asimili*, podrá arribarse a soluciones que permitan engalanar el decálogo de principios protectorios del juicio universal, salvaguardando la empresa en beneficio de los acreedores y de la comunidad en su zona de influencia. Este obviamente y no otro, es el criterio que debe primar ante una situación de impotencia patrimonial, a los fines de no tornar ilusorias las posibilidades de reorganización del *cessatus*, lo cual posee estrecha rela-

per titolo o causa anteriore al decreto non possono, sotto pena di nullità, iniziare o proseguire azioni esecutive sul patrimonio del debitore”.

¹⁵⁵³ Art. 88. *Acções executivas. “1- A declaração de insolvência determina a suspensão de quaisquer diligências executivas ou providências requeridas pelos credores da insolvência que atinjam os bens integrantes da massa insolvente e obsta à instauração ou ao prosseguimento de qualquer acção executiva intentada pelos credores da insolvência; porém, se houver outros executados, a execução prossegue contra estes. 2 - Tratando-se de execuções que prossigam contra outros executados e não hajam de ser apensadas ao processo nos termos do n.º 2 do artigo 85.º, é apenas extraído, e remetido para apensação, traslado do processado relativo ao insolvente”.* 1- La declaración de insolvencia determina la suspensión de cualquier ejecución o medida provisional exigida por los acreedores de la insolvencia que afectan la propiedad de las empresas insolventes en masa y evita el establecimiento o la continuación de la ejecución de cualquier acción emprendida por acreedores de la quiebra, pero si hay otros ejecutados, la ejecución sigue en su contra..2- En el caso de otras ejecuciones que siguen circulando, y no se adjuntará al procedimiento en virtud del párrafo 2 del artículo 85, sólo se extrae y se envía de acumulación, transformado en la transferencia de insolvencia”. La traducción me pertenece.

¹⁵⁵⁴ Art. 14. Efectos de la iniciación de la negociación. “A partir de la fecha de iniciación de la negociación, y hasta que hayan transcurrido los cuatro (4) meses previstos en el artículo 27 de esta ley, no podrá iniciarse ningún proceso de ejecución contra el empresario y se suspenderán los que se encuentren en curso, quedando legalmente facultados el promotor y el empresario para alegar individual o conjuntamente la nulidad del proceso o pedir su suspensión al juez competente, para lo cual bastará que aporten copia del certificado de la cámara de comercio en el que conste la inscripción del aviso...” Art. 27. Plazo para la celebración de los acuerdos. “Los acuerdos deberán celebrarse dentro de los cuatro (4) meses contados a partir de la fecha en que queden definidos los derechos de voto, mediante decisión del promotor o mediante la ejecutoria de la providencia de la Superintendencia de Sociedades que resuelva las objeciones que llegaren a presentarse”.

ción con los poderes del juez, el principio de conservación de la empresa y el de universalidad del proceso concursal.

En base a los argumentos expuestos, de *lege lata*, en caso de existir una unidad productiva o hacienda y un acreedor con privilegio especial con garantía real hipotecaria o prendaria sobre un bien necesario para el desarrollo de las actividades de la empresa, se deben aplicar las disposiciones establecidas en el Título III, Capítulo II, Sección IV de la Ley 24.522, habilitando a la suspensión y/o paralización de la ejecución, por un término apropiado para lograr la reestructuración del pasivo, permitiendo otras formas de solución cuando por ejemplo el deudor hubiere ofrecido propuesta para acreedores privilegiados, priorizando la conservación de la empresa¹⁵⁵⁵.

Ha referido una sentencia de un juzgado en lo mercantil español en relación al privilegio que confiere la ejecución separada del bien que «el privilegio procesal de la ejecución separada sólo se extenderá a aquellos bienes trabados con anterioridad a la declaración del concurso que no resulten necesarios para la continuación de la actividad empresarial o profesional del deudor. Las dudas que surgen de la interpretación literal de la norma han de resolverse optando por la interpretación más favorable al interés superior del conjunto de acreedores o, dicho de otro modo, ha de prevalecer una interpretación restrictiva del privilegio procesal de las Administraciones Públicas»¹⁵⁵⁶.

La normativa concursal es fundamentalmente derecho sustancial de excepción porque responde a las exigencias de la naturaleza misma de una particular realidad económico-financiera y comercial (situación de insolvencia)¹⁵⁵⁷, que requiere valoración jurídica y regulación normativa según criterios específicos de justicia distributiva –únicos idóneos para

¹⁵⁵⁵ Cfr. MÁRMOL, Pablo Ernesto, *Conservación de la empresa y ejecución de garantías reales. ¿Cuál es el plazo de razonabilidad para la suspensión?*, VII Congreso Argentino de Derecho Concursal - V Congreso Iberoamericano sobre la Insolvencia, Mendoza, (2009), Comisión 3, Ponencia 19. La ponencia fue admitida por unanimidad de los que participaron en el debate.

¹⁵⁵⁶ Juz. Mercantil n.º 1 San Sebastian, “T.G.S.S. s/levantamiento de suspensión en Fundiciones LAZKAO, S.A.” proc. 230/2008, La Ley España, n.º 7128, año XXX, L.L.E. 225995/2008.

¹⁵⁵⁷ C.S.J.N., Fallos 300:1087.

salvaguardar la igualdad proporcional y determinar los ajustes propios y adecuados a aquella peculiar realidad¹⁵⁵⁸.

La reciente reforma al régimen falencial (ley 26.684) recepta la preocupación exteriorizada ya en el VII Congreso Argentino de Derecho Concursal llevado a cabo en la ciudad de Mendoza en el año 2009¹⁵⁵⁹, en el que se propuso que el juez contara con facultades para disponer la suspensión de realización de bienes con garantía real, por un plazo razonable, a los fines de lograr la reestructuración del negocio, cuando el bien –objeto de ejecución– resulte necesario para la continuidad de la explotación.

El legislador del año 2011 modificó el régimen de quiebras y prescribió que, en caso de continuación de la empresa, los acreedores hipotecarios o prendarios no pueden realizar los bienes necesarios para la explotación, en los siguientes supuestos: “1) cuando los créditos no se hallen vencidos a la fecha de la declaración y el síndico satisfaga las obligaciones posteriores en tiempo debido; 2) cuando los créditos se hallen vencidos a la fecha de la declaración, mientras no cuenten con resolución firme que acredite su calidad de acreedor hipotecario o prendario; 3) cuando exista conformidad del acreedor hipotecario o prendario para la suspensión de la ejecución” (art. 195, LCQ, ley 26.684).

Sin perjuicio de ello, en caso de que exista pedido fundado por parte de la cooperativa de trabajadores, el juez del proceso universal tiene la opción¹⁵⁶⁰ de suspender las ejecuciones tendientes a la realización de estos bienes (arts. 126, segundo párrafo y 209, LCQ) por un plazo no mayor de dos años (art. 195 *in fine*, LCQ, ley 26.684).

¹⁵⁵⁸ Cfr. C.S.J.N. “Marrone, Roberto c. Egom, S.C.A.”, Fallos 303:1708, (1981), juez Abelardo ROSSI, en disidencia, consid. 7.

¹⁵⁵⁹ En dicho evento en la Comisión n.º 3 “Liquidación judicial y extrajudicial en la quiebra. Privatización el derecho concursal. Distribución”, se propuso: “de *lege lata* en caso de existir una unidad productiva o hacienda, y un acreedor con privilegio especial con garantía real (hipotecaria o prendaria) sobre un bien necesario para el desarrollo de las actividades de la empresa, se deben aplicar las disposiciones establecidas en el Título III, Capítulo II, Sección IV de la Ley, habilitando a la suspensión y/o paralización de la ejecución, por un término apropiado para lograr la reestructuración del pasivo, permitiendo otras formas de solución, cuando por ejemplo, el deudor hubiere ofrecido propuesta para acreedores privilegiados, priorizando la conservación de la empresa.

¹⁵⁶⁰ El legislador al sancionar la ley 26.684 utilizó el indicativo: “podrá”.

No se advierte la discordancia que significaría admitir que el juez del proceso universal pueda ordenar la suspensión de la ejecución del bien con garantía real, en caso de que el pedido fuere formulado por la cooperativa de trabajadores y que ello no pueda ser decidido si el pedido proviene del órgano concursal (síndico); en hipótesis de continuación de la explotación por parte de este último.

Por ende, si se presenta el caso de que el pedido de suspensión de la ejecución del bien garantizado con prenda o hipoteca proviene del síndico –en su condición de administrador de los bienes que componen los activos de la fallida– y existe una unidad económica o si de la interrupción pudiera resultar con evidencia un daño grave al interés de los acreedores y a la conservación del patrimonio, si se interrumpiera un ciclo de producción que puede concluirse o entiende que el emprendimiento resulta económicamente viable o cuando justifique la prosecución en aras de la conservación de la fuente de trabajo (art. 189, LCQ, ley 26.684), el *iudex* podrá ordenar la interrupción de la ejecución invocando estas razones.

13.d) Los intereses en los créditos laborales. El plenario “Club Excursionistas” y la reforma introducida por la ley 26.684

El art. 19 de la Ley de Concursos y Quiebras es por demás elocuente en cuanto a que la presentación en concurso suspende por *imperium* legal, el devengamiento de los intereses de todo crédito que tenga causa o título anterior a la presentación. Por ende, los créditos laborales (comprendidos dentro de la denominación genérica de “créditos del concurso”) no escapan a la regla general.

Siguiendo los brocardicos romanos: *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*¹⁵⁶¹, *ubi verba non sunt ambigua non est locus interpretationibus*¹⁵⁶² y la máxima *in claris non fit interpretatio*¹⁵⁶³ la duda o incertidumbre sobre los alcances de la norma, no pueden existir.

¹⁵⁶¹ “donde la ley no distingue, no debe distinguirse”.

¹⁵⁶² “Donde las palabras no son ambiguas no hay lugar a interpretaciones”.

¹⁵⁶³ “Cuando la norma es clara, no necesita interpretación”.

Sin embargo, la Cámara Nacional de Comercio capitalina en dos plenarios (“Seidman y Bonder, S.C.A. s/concurso preventivo”¹⁵⁶⁴ y “Club Atlético Excursionistas s/incidente de revisión”¹⁵⁶⁵) que responden a dos momentos históricos distintos, resolvió de *lege ferenda* que “la suspensión de los intereses desde la presentación en concurso preventivo no rige respecto de las acreencias de origen laboral”, por lo tanto, el deudor no se libera del pago de intereses devengados durante el período posterior a la presentación concursal.

El argumento que sustentó el cambio de criterio acerca de la inaplicabilidad de la regla del artículo 19 a los créditos laborales se gestó en el plenario “Pérez Lozano”¹⁵⁶⁶ en el que se dijo que: «en situación de concurso preventivo del obligado, la corrección para compensar la incidencia de la depreciación monetaria prevista por el artículo 301 de la ley 20.744 (art. 276, Adla, XXXIV-D-3207; XXXVI-B-1175), procede hasta el pago del capital que la origina».

La realidad económica y social en los tiempos en que fue gestado el plenario “Seidman y Bonder, S.C.A.”, donde la inflación anual alcanzaba el 3079% (según estimaciones del INDEC), generaba una devaluación del dinero que licuaba totalmente el valor real de cualquier crédito –y, con mayor razón, el de los créditos laborales– por el solo transcurso del tiempo, permiten razonar el porqué de la decisión de dictar el plenario¹⁵⁶⁷.

El art. 11 inc. 8° de la ley 19.551 (Adla, XXVII-B-1677) impedía que el deudor pudiese requerir la presentación en concurso preventivo si el mismo no acompañaba “...la documentación que acredita el pago de las remuneraciones y el cumplimiento de las disposiciones de las leyes sociales, del personal en relación de dependencia, actualizado al momento de la presentación”. Pero esta “*probatio diabólica*”, en palabras del distinguido profesor MAFFÍA implicaba la desnaturalización del objetivo del

¹⁵⁶⁴ CNCom., en pleno, “Seidman y Bonder, S.C.A. s/concurso Preventivo, incidente de verificación de créditos por Piserchia, Raúl O., E.D. 136-143 (1989).

¹⁵⁶⁵ CNCom., en pleno, “Club Atlético Excursionistas s/incidente de revisión promovido por Vitale, Oscar Sergio”, E.D. 218-415 (2006).

¹⁵⁶⁶ CNCom., en pleno, “Pérez Lozano, Roberto c. Compañía Argentina de T.V.”, E.D. 96-452; L.L. 1981-D-425; D.T. 1981-1748.

¹⁵⁶⁷ Cfr. VÍTOLO, Daniel R., *Un incomprensible avance judicial en materia legislativa*, E.D. 218-425 (2006).

concurso preventivo, la cual, a su vez, se contraponía con la previsión contenida en el art. 17 de la ley concursal en cuanto el mismo “autorizaba el pago de los salarios e indemnizaciones por accidentes de trabajo que tengan el privilegio del artículo 270 inc. 1º (ley 19.551), previa comprobación de sus importes por el síndico, los que deben ser satisfechos prioritariamente con el resultado de la explotación”. Ergo, si el deudor no podía presentar un concurso preventivo, si no se encontraba al día con el pago de las obligaciones correspondientes al personal en relación de dependencia, cuesta razonar cual era el sentido que tenía el art. 17 (ley 19.551) en cuanto autorizaba el pago de dichas acreencias.

El art. 276 de la ley 20.744 tiene su origen en el art. 11 de la Convención 95 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) ratificado por nuestro país en el año 1956, el que establece con precisión que los créditos laborales privilegiados, en el caso del empresario insolvente, deben ser satisfechos con anterioridad a cualquier otro crédito presentado en el concurso¹⁵⁶⁸. No obstante, la disposición del organismo internacional no fija pautas de actualización sino, únicamente, de reconocimiento de una preferencia del crédito frente a los demás acreedores ordinarios, lo cual satisface nuestra legislación con el pronto pago (arts. 16 y 183, LCQ) y el privilegio contemplado en los arts. 241 inc. 2º y 246 inc. 1º de la ley 24.522.

El beneficio del pronto pago laboral que se afrontaba con el resultado de la explotación era suficiente compensación para evitar que con posterioridad a la presentación concursal, el acreedor laboral sea beneficiado con la actualización de su acreencia hasta su efectivo cobro.

Siguiendo este pensamiento, CÁMARA afirmaba en ocasión de pasar revista al anteproyecto de ley concursal española y a la ley germana de quiebras, que uno de los temas más controvertidos es terminar o reducir

¹⁵⁶⁸ Artículo 11: “1. En caso de quiebra o de liquidación judicial de una empresa, los trabajadores empleados en la misma deberán ser considerados como acreedores preferentes en lo que respecta a los salarios que se les deban por los servicios prestados durante un período anterior a la quiebra o a la liquidación judicial, que será determinado por la legislación nacional, o en lo que concierne a los salarios que no excedan de una suma fijada por la legislación nacional. 2. El salario que constituya un crédito preferente se deberá pagar íntegramente antes de que los acreedores ordinarios puedan reclamar la parte del activo que les corresponda. 3. La legislación nacional deberá determinar la relación de prioridad entre el salario que constituya un crédito preferente y los demás créditos preferentes”.

los privilegios los cuales han atentado aún contra la *par condicio creditorum*¹⁵⁶⁹, por lo que sería conveniente –tal como se señalara en el Capítulo VIII– revisar los privilegios en el régimen concursal.

Ciertamente, existió en épocas de vigencia de la ley 19.551 una suerte de sometimiento del régimen concursal a la ley laboral por la existencia de una pseudoarmonización de los privilegios. Prueba de ello, son las disposiciones de los arts. 251, 263, 267, 268, 269, 272, 273 y 276 de la Ley de Contrato de Trabajo. De allí, que no exista justificación alguna del apartamiento del régimen general de suspensión del cómputo de los intereses (art. 19, LCQ) con fundamento en normas con carácter supralegal (OIT), toda vez que la protección atiende al crédito y no a su actualización, lo que nuestro país cumple, minuciosamente.

La confusión reinante entre actualización monetaria e intereses llevó a la Cámara comercial a la revisión del tema y la posterior emisión del plenario “Club Atlético Excursionistas”. La actualización monetaria no agrava la prestación del deudor pues simplemente corrige la expresión del mismo valor nominal sometido a la depreciación producto de la inflación. Por el contrario, el interés constituye un accesorio compensatorio de la mora y –en algunos casos– hasta sancionatorio de no haberse cumplido la obligación en el tiempo en el cual la misma había sido estipulada¹⁵⁷⁰.

La falta de propuestas para acreedores laborales en los concursos –lo cual se corrobora en la praxis judicial– torna ilusorias las aseveraciones de un posible voto negativo a una propuesta concordataria que contemple a los acreedores laborales a mérito de la posibilidad de efectuar una renuncia al privilegio laboral (art. 43, LCQ); contingencia inexistente en épocas de la ley 19.551.

Ad postremum, la modificación a la Ley de Concursos y Quiebras 19.551 incorporando el pronto pago, extendiendo los beneficios –no solamente por los salarios caídos durante los últimos seis meses y los accidentes laborales, sino a todos los otros rubros comprendidos en la exhaustiva y extensa enumeración del art. 16, a lo que se agrega el pronto pago de oficio (art. 14, ley 26.086)– hacen del crédito laboral un verdadero hiperprivilegio, en el que el cobro de intereses con posterioridad a la

¹⁵⁶⁹ Cfr. CÁMARA, *op. cit.*, vol. III-B, pág. 530.

¹⁵⁷⁰ Cfr. VÍTOLO, Daniel Roque, *Ley de Convertibilidad 23.928 y sus efectos jurídicos*, ed. Ad-Hoc, Bs. As., (1991), pág. 20.

apertura del proceso universal no posee sustento normativo ni fáctico alguno, por lo menos en tiempos en los que no se advierta una visible depreciación de la moneda o una crisis inflacionaria que justifique adoptar otra conducta.

Los privilegios, solamente pueden ser establecidos por la ley y, en el caso de los acreedores laborales, reconocer que los mismos –con posterioridad a la presentación concursal– puedan repotenciar su acreencia para cobrar con mayor preferencia a los demás *creditors* es admitir sin más un enriquecimiento sin causa (art. 794, Cód. Civ.) que afecta a todas las partes del negocio, en favor de unos pocos y atenta contra la protección de la empresa.

Como expresara el juez KÖLLIKER FRERS de la sala A de la Cámara Comercial por la minoría en el precedente “Club Atlético Excursionistas”: «si el fundamento de la suspensión concursal del curso de los créditos es cristalizar o petrificar el pasivo concursal al momento de la presentación del juicio de convocatoria con el objeto de otorgar al deudor una suerte de paraguas de contención o un compás de espera para negociar con sus acreedores sin que el tiempo que ello irroga se convierta en un taxi que torne progresivamente más gravosa la situación de aquél por el constante incremento de ese pasivo debido al curso sostenido de los intereses durante todo ese lapso, no veo por qué debe hacerse una distinción con las deudas de origen laboral»¹⁵⁷¹.

La ley 26.684 modificó el art. 19 de la ley 24.522 (t.o. 1995) y agregó un apartado al dispositivo que, como regla general, establece la suspensión de intereses que devengue todo crédito de causa o título anterior al concurso, salvo que el mismo se encuentre garantizado con prenda o hipoteca.

El art. 19 *in fine* (ley 26.684) dispone: “...Quedan excluidos de la disposición precedente los créditos laborales correspondientes a la falta de pago de salarios y toda indemnización derivada de la relación laboral”, solución que también es adoptada para la hipótesis de quiebra en el art. 129 (ley 26.684), solución ésta a la que adhiriera prestigiosa doctrina au-

¹⁵⁷¹ CNCom., en pleno, “Club Atlético Excursionistas s/incidente de revisión promovido por Vitale, Oscar Sergio”, E.D. 218-415 (2006), juez Kölliker Frers, por su voto, consid. III.3.b.

toral¹⁵⁷², la que en cierta forma siguiera la doctrina judicial sentada en el plenario “Club Atlético Excursionistas”.

En épocas de la ley 19.551, el cálculo de intereses se justificaba en el plenario “Seidman y Bonder” el cual contemplaba una realidad económica en la que la inflación anual llegaba a límites intolerables, lo que no se condice en los tiempos actuales.

No obstante, la disposición legal, debe considerarse que si el trabajador cuenta con el beneficio de pronto pago (el cual lo habilita a percibir su acreencia con antelación al resto de los acreedores), resulta poco comprensible que el crédito siga devengando intereses, cuando: a) el deudor debe satisfacer estas acreencias en su totalidad, si existen fondos líquidos disponibles (art. 16, LCQ) o, en su defecto, b) el síndico debe afectar como mínimo el 3% del ingreso bruto de la concursada (t.o. ley 26.684).

Es de estimar que los intereses a los que hace referencia el dispositivo legal corresponde a los compensatorios devengados ya que, normalmente, no existe convención sobre los mismos, aplicándose la jurisprudencia local sobre la modalidad y forma de cálculo. Sin embargo, si el acreedor hubiere convenido intereses punitivos para el supuesto de que el deudor no cumpla y éste *ex post* se concursara, no correspondería su cómputo por aplicación analógica de lo dispuesto en el art. 129 de la normativa falencial (ley 26.684).

Desde otra perspectiva, si el pronto pago se extingue, por haber sido satisfecho por parte del deudor, el acreedor laboral nada tiene para percibir en contra del concursado y tampoco podrá hacer valer una acreencia –en los hechos, “inexistente”– para la eventualidad de querer participar con la cooperativa de trabajo en el salvataje de la empresa (art. 48 bis, LCQ, ley 26.684).

De esta forma, la eximición del crédito laboral del principio general de suspensión establecido en la ley concursal concede al trabajador, más que un privilegio, una suerte de mayorazgo que hará valer de diversas formas en beneficio propio pero, seguramente, en perjuicio de la recuperación y conservación de la hacienda.

¹⁵⁷² Cfr. GEBHARDT, Marcelo, *La reforma concursal sobre cooperativas de trabajo*, L.L. 06/07/2011, 1-Enfoques 2011 (julio), 60-IMP 2011-8, 177.

Las expresiones vertidas desde distintas corrientes acerca de que esta forma de repotenciación del crédito permitiría al trabajador participar con un monto mayor en el salvataje (art. 48 bis, LCQ), deben ser consideradas con mucha prudencia, toda vez que es muy distinto ser empleado de la riqueza que propietario de la pobreza.

En base al “principio de supremacía constitucional”, el cual engalana derechos fundamentales del ordenamiento patrio, se pueden encontrar sobrados motivos para razonar sobre la improcedencia del cálculo de los intereses correspondientes a créditos laborales, lo cual permitirá colocar a todos los acreedores en un pie de igualdad.

No existen razones para admitir que el acreedor laboral del deudor *in malis* se encuentre en mejor posición que ante uno *in bonis*. En efecto, el beneficio del pronto pago al que puede recurrir el trabajador está contemplado para los supuestos en que el deudor se encuentra en cesación de pagos, pero no para aquél que se encuentra en mejores condiciones de abonar la acreencia laboral por no haber solicitado el inicio de un proceso colectivo (concurso preventivo o quiebra).

Por último, podría anotarse un ejemplo, con lo que concluiría esta posición. La ley 26.086 permite al acreedor laboral proseguir el trámite del proceso de conocimiento seguido en contra del deudor ante el juzgado de origen (art. 21, LCQ). Luego, si el acreedor obtuviera sentencia a su favor a los cinco meses de abierto el concurso y demorare dos años en concurrir a insinuar su acreencia: ¿el deudor debe ser condenado a pagar intereses por incurrir el trabajador en tamaña torpeza?

El deudor requiere de la protección legal y de una augusta doctrina judicial que tienda a resguardar la conservación de la hacienda como norte del ordenamiento, por lo que no puede ser condenado al olvido en aras de proteger exclusivamente al asalariado que es, sólo, una parte del conflicto.

13.e) La cuestión de la morigeración de las tasas de interés y el orden público concursal

La obligación de los acreedores de causa o título anterior a la presentación concursal y sus garantes de concurrir a reclamar la incorporación de sus acreencias al pasivo reviste una carga, conforme se desprende de

lo dispuesto en el art. 32 de la normativa falencial. De ello resulta que los acreedores al momento de formular la insinuación de sus pretensiones creditorias desglosan el crédito de la siguiente forma: por un lado, el capital y, por otro, los intereses. De esta manera, el síndico al investigar la causa de la acreencia y en su caso el privilegio, podrá determinar qué parte del crédito posee carácter privilegiado –en los límites de su extensión (art. 242, LCQ)– y que fracción reviste condición de quirografario (art. 248, LCQ).

Surge por demás elocuente que, quien primero se encontrará en condiciones de efectuar este análisis será –evidentemente– el funcionario concursal (síndico), puesto que es quien recibirá los pedidos verificatorios y podrá determinar en base al estudio de los títulos y la causa de la acreencia qué porcentaje del crédito corresponde a capital (privilegio) y cual otra a intereses (común o simplemente, quirografario).

Este primer estudio que realiza el síndico resulta de fundamental importancia para determinar la extensión y límites del privilegio puesto que más allá del informe que éste presente en los términos del art. 35 de la ley 24.522 (informe individual), la opinión que vierta el funcionario servirá de guía para el magistrado a la hora de resolver las pretensiones insinuatorias. Por tanto, la primera observación que realice el síndico acerca del alcance del crédito –estudiando para ello, el recálculo de los réditos– permitirá al magistrado efectuar la composición del pasivo (art. 36, LCQ), lo que resultará determinante a los fines del cómputo de las mayorías y base del acuerdo en caso de concurso o *status* en la liquidación, en caso de quiebra.

Los acreedores –normalmente– suelen efectuar sus presentaciones solicitando el reconocimiento de sus créditos en base a relaciones contractuales que han mantenido con el deudor. En caso de existir acuerdos celebrados por escrito en los que se haya pactado alguna tasa de interés moratorio (activa, pasiva, índice de precios al consumidor, mayorista no agropecuario nacional, etc.) y/o punitorio, en caso de incumplimiento por parte del deudor, deberá estarse a lo acordado entre las partes. No obstante ello, y particularmente en el caso de las relaciones nacidas de contratos de mutuo (con garantía hipotecaria o prendaria), resulta razonable frente al concurso del deudor procurar el mantenimiento de las pautas obligacionales convenidas, teniendo siempre como límite el abuso del derecho

y la usura, tratando siempre de llevar cierto equilibrio a las prestaciones y evitando toda desproporción irrazonable.

De lo contrario, si ambos contrayentes no han establecido una tasa o interés para el supuesto de falta de cumplimiento de la obligación deberá estarse a la tasa judicial que establecen en diversos precedentes (plenario o doctrina del Superior Tribunal Provincial) las jurisdicciones del lugar de tramitación del juicio.

En períodos de cierta calma, la aplicación de índices que permitan indemnizar el daño (intereses) por la indisponibilidad del capital, no genera mayores controversias. Pero, en tiempos de crisis, muchas veces, la utilización de índices de repotenciación, corrección o actualización o simplemente, el uso de una tasa de interés (moratorio y punitivo) desproporcionado de la realidad económica, genera situaciones de verdadera inequidad.

La procedencia de la morigeración judicial de las tasas de interés relativas a créditos (comerciales o fiscales) en los concursos y quiebras ha tenido favorable acogida en la doctrina y jurisprudencia nacional, aunque existen algunas salas de la Cámara en lo Comercial capitalina que han visto con disfavor la posibilidad de recurrir a este mecanismo de equilibrio de las prestaciones.

Los pedidos de verificación de acreencias con tasas de interés que deparan frutos excesivos para el acreedor merecen, no solamente la condena y objeción por parte de los demás acreedores, sino también un adecuado resguardo en aras de proteger el interés colectivo. Las solicitudes de acreedores financieros –que con el afán de ver resguardadas sus pretensiones creditorias para indemnizarse el incumplimiento del deudor– o fiscales, en situaciones de crisis económica-financiera, han generado el reclamo de tasas de interés por encima del promedio –inclusive– del que cobran los bancos para sus operaciones de descuento de documentos comerciales, y los jueces están facultados para morigerar los intereses, por motivos de equidad, cualquiera sea la naturaleza del crédito¹⁵⁷³.

En el caso de las verificaciones del fisco, la función del impuesto se justifica en la atención del bien común, por lo cual las leyes impositivas

¹⁵⁷³ Cfr. CNCom., sala C, “Balfhor, Noé E. s/quiebra s/inc. de verif. por: Ciudad Autónoma de Buenos Aires”, L.L. 2001-C-112; DJ 2001-2-498.

utilizan medios coercitivos para lograr la satisfacción oportuna de las deudas fiscales cuya existencia afecta de manera directa al interés de la comunidad porque gravitan en la percepción de la renta pública. Pero, esta justificación se admite en situaciones normales, donde el sujeto se encuentra *in bonis* y no está comprometido el interés colectivo como sucede en la hipótesis de concurso o quiebra.

En esta dirección, la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza *in re* “Martin & Monteavaro”¹⁵⁷⁴, con voto de Aída KEMELMAJER DE CARLUCCI entendió aplicando *asimili* la situación crítica en la que se encontraba el Estado Nacional al consolidar su pasivo que, si el Estado puede –en aras del bien común– producir una consolidación de todos sus pasivos con tasas de interés reducida (pues de otro modo no sale de la emergencia), no hay razón para no aplicar el mismo criterio cuando el deudor común, en beneficio de todos sus acreedores, recurre al procedimiento colectivo.

La finalidad que importa resguardar el interés público (ínsita en la obligación de contribuir con las cargas fiscales y sociales) contribuye al sostenimiento de las obligaciones básicas del Estado. Pero, tal fin se desnaturaliza cuando el mismo interés que se intenta proteger –producto de excesos en el uso de dichas facultades– afecta garantías básicas de propiedad y equidad que sostienen nuestro ordenamiento republicano de gobierno¹⁵⁷⁵. En efecto, la aplicación de tasas de interés superiores al 3% y 4% durante el trámite administrativo, el que se incrementa un 50% con la iniciación de las actuaciones judiciales, provoca –cuanto menos– una expropiación inversa (la de los bienes por vía del incremento del crédito) la que se exhibe a todas luces absurda, frente a un sujeto que requiere de cierta dosis de auxilio y colaboración para superar la crisis en la que se encuentra inmerso.

El propósito disuasorio que persigue cobrar altas tasas de interés – muy loable para perseguir la percepción de tributos en tiempos de bonanzas– no justifica la aplicación de tal criterio cuando ya no el deudor sino

¹⁵⁷⁴ SCJ Mendoza, sala I, “Martin & Monteavaro”, LLGran Cuyo 1999-730, AR/JUR/2660/1998.

¹⁵⁷⁵ Cfr. CÁRDENAS MADARIAGA, Mario, *Las tasas de interés*, Bs. As., ed. Ad hoc, (1994), pág. 111.

su patrimonio, se revela impotente para atender las obligaciones, normalmente exigibles.

El reproche a la aplicación de tasas de interés exorbitantes se sostiene en base a pautas de absoluta equidad entre la posición en la que quedan distintos interesados (acreedores) frente a un mismo sujeto, que no tiene para dar más que lo que surge de los bienes de los que dispone. Por lo que, eliminar los excesos y acoger el crédito en sus justos límites y recomponer en términos de justicia la desproporción de los valores¹⁵⁷⁶, maximiza los principios que una ley de quiebras intenta proteger.

No resulta coherente que el Estado que pretende el cobro de impuestos lo haga en términos leoninos a quien –precisamente– se encuentra imposibilitado de afrontarlos. Tal actitud no contribuye, no solamente a disipar entre los ciudadanos pretensiones defraudatorias, sino que también coadyuva a generar anhelos usurarios.

El fundamento normativo de la facultad que los arts. 656, 953 y 1071 del Código Civil confieren a los jueces para morigerar la tasa de interés de las obligaciones dinerarias se encuentra en la regulación de los vicios de los actos jurídicos y la demostración de la inconstitucionalidad de la norma que a criterio del voto en disidencia en los autos “Electrodomésticos Aurora s/concurso preventivo” por parte de la Corte Suprema «no puede sostenerse en declaraciones dogmáticas, sino en la comprobación del exceso de la tasa que validaría la inconstitucionalidad por razón de su confiscatoriedad»¹⁵⁷⁷, representa una plétora injustificable frente a un sujeto que no puede atender sus obligaciones a consecuencia del estado de cesación de pagos en que se encuentra.

La insolvencia y sus mecanismos superadores se basan en principios de solidaridad social donde se relativiza el derecho de propiedad con una visión integradora que exige de todos los actores sociales un esfuerzo personal para superarla, o en su caso, impone un criterio de igualdad y solidaridad. Adoptar posiciones menos rígidas y más equitativas permitirá encontrar soluciones más ágiles y definitivas en beneficio de los suje-

¹⁵⁷⁶ ROITMAN y DI TULLIO, “*Los intereses...*”, *op. cit.*, pág. 240.

¹⁵⁷⁷ Cfr. C.S.J.N., “Administración Fed. de Ingresos Públicos s/inc. de rev. en Electrodomésticos Aurora S.A. s/conc. prev.”, L.L. 2006-F-12, AR/JUR/1767/2006, del voto del Dr. Ricardo LORENZETI, consid. 12.

tos perjudicados por el patrimonio que se revela impotente para atender las obligaciones¹⁵⁷⁸.

Las tasas de interés que son una penalización que se aplica al deudor a consecuencia del incumplimiento de la obligación, deben marcar un castigo razonable, pero éste no debe ser ni excesivo ni abusivo. De lo contrario, correspondería aplicar el art. 1071 *in fine* del Código Civil que considera desmedidos aquellos actos que contraríen los fines que la ley tuvo en mira al reconocerlos o a los que excedan los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres.

El sistema concursal debe ser capaz de colocar a todos los sujetos en un pie de igualdad y, a partir de ello, podrá encontrarse soluciones más equitativas y justas. Si unos pueden percibir más que los otros, si algunos pueden cobrar intereses mientras los otros ven como se diluye su crédito con el tiempo, si otros pueden percibir sus acreencias anticipadamente, debe revisarse el régimen de privilegios y el sistema concursal en su conjunto. Por ello, debe reconocerse la facultad de los jueces de morigerar los intereses (cualquiera que fuera su naturaleza u origen) susceptibles de ser calificados de excesivos o usurarios en supuestos en que la circunstancia de que se trate de un deudor fallido, pone en evidencia un cuadro de desproporción de los valores económicos en juego, situación que torna necesaria su recomposición en términos de justicia¹⁵⁷⁹.

El *desideratum* que debe reinar en los procesos concursales es que el sistema obliga al juez a no ha aplicar en un exacto pie de igualdad la misma tasa para todos los acreedores (hipotecarios, laborales¹⁵⁸⁰, fisco¹⁵⁸¹, etc.), sino ha generar la conciencia suficiente para lograr un prudente equilibrio entre los intereses del crédito y los del deudor, a los fines

¹⁵⁷⁸ Cfr. CARREIRA GONZÁLEZ, Guillermo, *Determinación judicial de los intereses moratorios. Reflexiones en torno a la naturaleza solidaria de la insolvencia*, L.L. 2009-D-338.

¹⁵⁷⁹ Cfr. CNCom., sala A, “Boeing S.A.”, *laleyonline*, 30/10/2008.

¹⁵⁸⁰ Se ha sentenciado en un precedente de aplicación al *sub lite* (crédito laboral) que: «la índole laboral de la acreencia no basta para convalidar una tasa alta, pues el carácter alimentario del crédito puede ser tutelado mediante la aplicación de un porcentual razonable y adecuado». CNCom., Sala B, “Terapia Intensiva Móvil San Isidro Timsi s/ quiebra s/ inc. de verificación por Scaraviglione, Francisco” cit. por DI TULLIO, José A., *Teoría y práctica de la verificación de créditos*, Bs. As., (2006), pág. 317 y *jurisp. cit. en nota* 85.

¹⁵⁸¹ CNCom., sala C, “Balfhor, Noé E. s/quiebra s/inc. de verif. por: Ciudad Autónoma de Buenos Aires”, L.L. 2001-C-112.



de no generar abusos ni desigualdades que permitan la recuperación del *cessatus*.

13.f) Ejercicio del derecho de retención. ¿Se suspende en caso de concurso?

Cuando se abreva en las disposiciones de la ley de concursos acerca de los efectos que produce la iniciación del proceso universal se puede apreciar que el ordenamiento concursal en sus dos modalidades: concurso preventivo o APE, no posee disposiciones que traten la cuestión relativa al ejercicio del derecho de retención.

Únicamente podemos encontrar su regulación en la quiebra, donde el legislador ha dispuesto que la declaración de falencia –lo que supone para el deudor el cese de la administración de sus bienes– suspende el ejercicio del derecho de retención sobre bienes susceptibles de desapoderamiento (art. 131, LCQ), los que deben entregarse al síndico, sin perjuicio del privilegio contenido en el art. 241 inc. 5° (art. 131, LCQ).

Conforme lo dispone el art. 3939 del Código Civil el derecho de retención es “la facultad que corresponde al tenedor de una cosa ajena, para conservar la posesión de ella hasta el pago de lo que le es debido por razón de esa misma cosa”¹⁵⁸². La definición aparece repetida en la primera parte de la nota al art. 1547 de igual plexo normativo, donde se lee: “El derecho de retención es el derecho de rehusar la entrega de una cosa que poseemos por otro hasta ser pagados por aquel a quien la cosa pertenece o le es debida, de una obligación de que nos es deudor, por razón de esa misma cosa”. La norma regula los supuestos en los que el deudor obligado a pagar prestaciones que tienen por objeto la reparación de una cosa, su modificación, su transformación o mejora, habilita al acreedor a retener para sí el bien, hasta que el deudor le procure aquello a que se ha comprometido. A consecuencia del ejercicio de esta potestad –excepcional– el acreedor puede conservar la posesión de la cosa hasta el pago de lo que le es adeudado por razón de esa misma cosa.

¹⁵⁸² El maestro VÉLEZ SANSFIELD siguió las enseñanzas de los autores clásicos franceses: MOURLON, Frederic, *Examen critique et pratique du Commentaire de M. Troplong sur Les privilèges*, París (1855), t. 2 núm. 214, pág. 660, cit. por ACUÑA ANZORENA, Arturo, *El derecho de retención*, L.L. 14-386.

En base a este dispositivo (art. 3939, Cód. Civ.) el acreedor ejerce el munífico privilegio –que se magnifica en hipótesis de concurso del deudor– de mantener en su poder la cosa (*jus retentionis*) a la espera de que el deudor le provea aquello a que se ha obligado. Por lo tanto, el acreedor goza de la prerrogativa de tener el bien para sí (derecho real), paralizando la acción de quien reclama la restitución de la cosa sobre la que se ejercita, hasta que el mismo pague; es decir, que opone el derecho de retener sólo para conservar una situación de hecho ya existente, lo cual evidencia que su misión es defender su derecho hasta percibir su acreencia¹⁵⁸³.

Siendo ello así, el derecho de retención modifica el derecho de propiedad del deudor y, como consecuencia directa, la garantía del patrimonio de éste frente a otros acreedores e inclusive la igualdad de tratamiento, al colocar a uno de los *accipiens* en mejor posición que el resto de los sujetos que conforman el pasivo.

La *condicio iuris* a los fines de poder ejercitar el *ius* conferido al acreedor, esencialmente, son dos: a) que éste se encuentre en posesión material de la cosa sobre la que se pretende ejercitar su derecho; ya que los bienes que no fueran cosas, no son susceptibles de posesión¹⁵⁸⁴ y b) que el retentor revista la calidad de acreedor en razón de la misma cosa. Por consiguiente, si la posesión no es actual y el retentor no la ejerce en plenitud y no reviste el carácter de acreedor, el mismo se ve imposibilitado de utilizar el privilegio a su favor.

El privilegio en análisis es aplicable sobre todo tipo de cosas, por lo que el espectro sobre el que puede desplegarse su ejercicio es muy amplio, por lo que pueden ser objeto de retención los bienes muebles o inmuebles, registrables o no, fungibles o no fungibles, consumibles o no consumibles, fructuarios o no. Sea alienable o inalienable, ya que la retención no propende a su enajenación. Tenga o no valor de mercado, por el mismo motivo¹⁵⁸⁵.

¹⁵⁸³ Cfr. TRIGO REPRESAS, Félix A., *Ejercitación judicial del derecho de retención*, L.L. 1990-E-195.

¹⁵⁸⁴ LAFAILLE, Héctor, *Curso de contratos*, ed. Porrúa, Bs. As., (1989), t. 3, núm. 432, pág. 371.

¹⁵⁸⁵ Cfr. LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F., *Derecho de retención*, ed. Astrea, Bs. As., (1991), pág. 298-299.

Algunos ejemplos prácticos pueden servir de guía para comprender los beneficios ilimitados que genera la figura. Así, se pueden mencionar: a) el locatario, de retener la cosa dada en locación hasta que sea pagado de las mejoras o gastos efectuados, cuando el locador no lo hiciere o se retardare en ejecutar las obras (arts. 1518, 1547 y 2466, Cód. Civ.); b) el del locador que retiene los frutos que depare la cosa dada en arriendo y los objetos de propiedad del locatario (art. 1558, Cód. Civ.); c) el mandatario hasta ser pagado de los adelantos y gastos y de su retribución o comisión, puede retener en su poder cuanto bastare para el pago, cualesquiera bienes o valores del mandante que se hallen a su disposición (art. 1956, Cód. Civ.); d) el derecho que ejerce el depositario de tener la cosa dada en depósito hasta el entero pago de lo adeudado por razón del depósito (art. 2218, Cód. Civ.); e) el poseedor de buena fe sobre los gastos necesarios y útiles realizados en la cosa reivindicada (art. 2428, Cód. Civ.); f) el condómino respecto de los gastos de conservación o reparación de la cosa común frente a los demás copropietarios que no contribuyeron con tales gastos (art. 2686 Cód. Civ.); g) el acreedor pignoraticio sobre el bien pignorado (art. 3229, Cód. Civ.); h) el acreedor que le ha sido entregado el inmueble en anticresis está autorizado a retener el inmueble hasta el pago íntegro de su crédito principal y accesorio (art. 3245, Cód. Civ.); i) los administradores de los bienes concursados se encuentran autorizados para retener el inmueble, pagando inmediatamente el precio de la venta y los intereses que se debiesen (art. 3924, Cód. Civ.).

Sin embargo, el elenco de supuestos reconocidos por VÉLEZ SANSFIELD en su obra no se agotan en la enumeración efectuada. El obrero en la locación de obra, el constructor o fabricante y el reparador (titular del taller) a quien se hubiese entregado materiales para hacer una obra o cosas en las cuales debiese hacer reparaciones, tiene la potestad de ejercitar derecho de retención sobre la obra construida o sobre la cosa reparada, hasta ser pagado de su trabajo, por razón de la misma cosa¹⁵⁸⁶.

De ello se desprende que, quien ostenta el bien en su poder al momento del concurso del deudor puede proseguir ejerciendo la preferencia (retención de la cosa) con posterioridad a la declaración de apertura del preventivo; mientras que el bien puede llegar a resultar indispensable pa-

¹⁵⁸⁶ Cfr. SALVAT, Raymundo Argañaráz, *Derechos Reales IV*, (5ª edición), ed. Tea, Bs. As., (1959), pág. 767.



ra continuar con las actividades del deudor. Apostillando, si el titular del taller –con motivo de la reparación del camión de la empresa– retiene el bien hasta que le sea abonado el arreglo que se le adeuda, cabe interrogarse: ¿de que forma tal actitud contribuirá a la prosecución de las actividades de la empresa y al interés de los acreedores?

Abonando el modelo expuesto en el párrafo anterior podemos mencionar el caso de continuación de la explotación de la empresa (art. 189, LCQ) por el síndico o, en su caso, por la cooperativa de trabajo (art. 190, LCQ), y preguntarnos si es razonable que en estos casos cese el ejercicio del derecho de retención y en la hipótesis de concurso, no.

El principio de especialidad de la norma concursal (*lex specialis derogat legi generali*), debe ser empleado por ser el dispositivo legal que regula una universalidad de intereses y, por tal motivo, junto con el principio de jerarquía legal (*lex superior derogat legi inferiori*) al que se le suma el de temporalidad o cronología de las normas (*lex posterior derogat legi priori*), permiten solucionar las discordancias. Y, teniendo en cuenta estos principios, ante la presencia de situaciones fácticas análogas, debe reconocerse que la solución más acertada sea la que proviene del mismo ordenamiento concursal, esto es, aplicar a rajatabla el art. 131 de la ley 24.522 en el caso de concurso preventivo, y suspender el ejercicio del derecho de retención por parte del retentor.

La ley especial (Ley de Concursos y Quiebras) supone el tránsito de una regla más amplia que afecta a todo un género (Código Civil), a una regla menos extensa, que afecta exclusivamente a una especie de dicho género. Apostillando, la aplicación de las disposiciones de la ley concursal resultan obligatorias ya que estas regulan la situación especial del deudor en dificultades en contraposición a la norma genérica.

La vinculación directa entre analogía, norma especial y universalidad, permiten arribar a una solución equitativa para situaciones que se presentan –indiscutiblemente– similares. Ergo, no puede existir objeción alguna a tratar escenarios iguales en forma desigual.

Teniendo en cuenta estas notas, no se advierte el motivo por el cual el parlamentario entendió justo suspender el ejercicio del beneficio concedido al acreedor en caso de quiebra, pero no hacer lo propio en hipótesis de concurso preventivo o APE. En efecto, si el deudor se encuentra *in malis* y no puede cumplir con los acreedores pero continúa en la administración de su patrimonio (art. 15, LCQ) requiriendo, tal vez, de ciertos



bienes necesarios para el desarrollo de su actividad, no se entiende el cambio de criterio frente a quien no administrará más sus bienes en caso de quiebra –salvo los supuestos de conversión (art. 90, LCQ), avenimiento (225, LCQ) o pago total (art. 228, LCQ)– en relación a quien peticionó su concurso preventivo.

El ordenamiento no puede tolerar tamaña desigualdad –la que se presenta entre el acreedor retentor frente al deudor en concurso de aquél que se encuentra en quiebra– y los jueces, entusiastas buscadores de la equidad deben fijar pautas para eliminar tal irrazonabilidad, obligando al acreedor en caso de concurso o quiebra a requerir la verificación de su crédito y hacer cesar o suspender el ejercicio del derecho del retenedor.

La búsqueda del bien común es la búsqueda de un objetivo alcanzable de una vez por todas¹⁵⁸⁷ y es el Estado quien a través de la manda constitucional debe incentivar la solución óptima. Si el Estado fracasa en este intento, los particulares en una puja desesperada por lograr el mejor beneficio individual, se encontrarán en una situación no querida por quien se precie de respetar “valores”, permitiendo que unos pocos se vean favorecidos, simplemente, por el hecho de gozar de un determinado privilegio que, en ciertas y determinadas circunstancias, debe ser ejercido teniendo en cuenta el interés general.

13.g) La suspensión de las acciones de contenido patrimonial: ¿comprende a las acciones de nulidad, pauliana o de simulación?

Una de las cuestiones más intrincadas del proceso concursal es el debate que se genera en relación a las acciones paulianas o de simulación que tienen por objeto declarar la nulidad de un acto celebrado por el deudor en perjuicio de los acreedores. En lo que a este punto interesa, el análisis se centrará en la simulación ilícita, ya que la simulación que a nadie perjudica ni tiene un fin ilícito no es reprobada por la ley (art. 957, Cód. Civ.).

El Código Civil sistematiza en los arts. 955 a 972 diversas disposiciones tendientes a resguardar el interés de los acreedores a los efectos de

¹⁵⁸⁷ Cfr. FINNIS, John, *Ley Natural y Derechos Naturales*, (8ª reimp., 1980), ed. Abeledo-Perrot, Bs. As., (2000), pág. 221.

evitar los perjuicios que puedan producir ciertos actos realizados por el deudor con el fin de violar las leyes o de perjudicar a terceros (art. 959, Cód. Civ.), ya que el deudor que provoca su insolvencia mediante enajenación simulada de sus bienes, actúa en fraude a sus acreedores¹⁵⁸⁸.

El Código Civil ha estatuido las acciones de simulación y fraude con el objeto de preservar el derecho de los acreedores al pago íntegro de sus legítimas acreencias. La disminución del activo con fines de generar un perjuicio a los acreedores se supone ilícita y reprochable, cuando la misma se consuma, básicamente, a través de un ejercicio abusivo por parte del deudor en la administración de su patrimonio¹⁵⁸⁹. Estas acciones se inscriben en las denominadas de reconstrucción o recomposición del patrimonio del deudor, las que persiguen incrementar su potencialidad de pago en aras de la protección del crédito, lo cual otorga a estas pretensiones un marcado carácter ejecutivo y restitutorio las que responden al “principio de no agravamiento” de la insolvencia del deudor¹⁵⁹⁰.

Independientemente del acto (simulación o fraude) y dejando a salvo que la acción de simulación no requiere la declaración de insolvencia del deudor para su articulación; para ejercitar la acción de revocación por fraude (art. 962, Cód. Civ.) se requiere el cumplimiento de tres requisitos: 1º que el deudor se halle en estado de insolvencia, el cual se presume desde que se encuentra fallido; 2º que el perjuicio de los acreedores resulte del acto mismo del deudor, o que antes ya se hallase insolvente y 3º que el crédito, en virtud del cual se intenta la acción, sea de una fecha anterior al acto del deudor.

Pero, a poco de analizar el dispositivo se advierte que el deudor que se encuentra concursado, no está precisamente fallido, lo cual requiere de algunas aclaraciones. El *status* de fallido del deudor resulta condición inexorable para la promoción de las acciones de ineficacia concursal (arts. 118 y 119, LCQ), pero no resulta óbice para iniciar una acción por simulación o fraude en perjuicio de los acreedores ya que el deudor cuyo

¹⁵⁸⁸ Cfr. ZANNONI, Eduardo A., *Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos*, ed. Astrea, (1986), pág. 359.

¹⁵⁸⁹ Cfr. PORCELLI, Luis A., *Acciones por simulación y fraude en la reforma concursal de la ley 26.086*, L.L. 2006-C-1188.

¹⁵⁹⁰ Cfr. *ibidem*.

patrimonio se revela impotente para atender sus obligaciones (el caso del sujeto concursado) resulta asimilable a aquél que se encuentra fallido.

La acción que persigue incorporar un bien en el activo a consecuencia de un acto fraudulento llevado a cabo por el deudor en *consensus fraudis* con un tercero, no ingresa dentro del principio genérico de suspensión de acciones de contenido patrimonial (art. 21, LCQ). En primer lugar, por cuanto se trata de una acción de recomposición de bienes del deudor y, en segundo término, porque la misma requiere la previa declaración de fallido, a los efectos de habilitar su promoción, la que queda absorbida por las disposiciones de los arts. 118 y 119 de la ley concursal.

Por otro lado, la acción de simulación puede ser ejercida encontrándose –inclusive– el deudor *in malis* aunque no exista fraude, pues es consecuencia de la declaración de simulación, la posibilidad de que los acreedores del enajenante ficticio ejecuten los bienes del deudor que no han salido del patrimonio de éste, lo cual aprovecha a toda la masa de acreedores¹⁵⁹¹.

El concurso preventivo persigue como objetivo que el deudor (persona física o jurídica) logre un acuerdo con sus acreedores, tendientes a la reorganización de la empresa. Pero, como tal, cumple el fin teleológico de satisfacer el interés de los *creditors*, consistente en el pago de sus legítimas pretensiones. De allí que resulte consustancial con el procedimiento concursal que el *cessatus* evite la liquidación de los activos mediante un acuerdo con los acreedores. Si éstos contaren con una propuesta de acuerdo y la aprobaran, tal solución permitirá rápidamente superar la crisis que afecta a la empresa, de lo contrario, y si la propuesta no satisficiera el interés de los concurrentes a la votación del acuerdo se debe recurrir, inexorablemente, a la liquidación del patrimonio por declaración de quiebra indirecta (art. 77 inc. 1º, LCQ).

En base a estas precisiones la doctrina se ha dividido en dos posturas claramente diferenciables. Aquella que no admite la suspensión de acciones de simulación o fraude en el trámite del preventivo (PORCELLI)¹⁵⁹² y

¹⁵⁹¹ Cfr. CNCom., sala A, “Muras Carlos Manuel c. Giuliani Carlos Aurelio y otros/sumario”, elDial.com - AA4F89, 11/11/2008.

¹⁵⁹² PORCELLI, Luis A., *Improcedencia de las Acciones de Simulación y Pauliana dentro del Trámite del Concurso Preventivo*, L.L. 1998-B-1184.

otra que entiende que estas acciones prosiguen en caso de concurso del deudor (RIVERA)¹⁵⁹³.

Ponderando ambos puntos de vista, no resulta atendible la suspensión de este tipo de acciones que no persiguen –en si mismo– un crédito en contra del deudor sino, la recomposición patrimonial de éste a consecuencia de la realización de actos en perjuicio de los acreedores¹⁵⁹⁴. Si el acuerdo fuere homologado resulta una obviedad que los acreedores podrán ver realizadas sus pretensiones creditorias una vez que el deudor obtenga resolución favorable de cumplimiento del acuerdo (art. 59 *in fine*, LCQ). Pero, si ello no ocurriere y se presentare la alternativa liquidatoria, la discontinuidad de estas acciones podría poner en riesgo potencial el cobro de sus legítimas acreencias, ya sea por prescripción (art. 4033, Cód. Civ.) o caducidad (art. 124, LCQ).

Cabe concluir entonces que si el acto perjudicial fue realizado por el deudor con anterioridad a la presentación en concurso, las acciones iniciadas por los acreedores antes del concurso o con posterioridad a éste, no modifican el estado de cosas existente con motivo del inicio del proceso universal, ya que tales hechos resultan impugnables por vía de la acción revocatoria o pauliana de la ley civil, puesto que no resulta de aplicación la acción revocatoria concursal de la ley falimentaria (arts. 118 y 119, LCQ), dado que estas normas rigen, únicamente, cuando hay quiebra declarada.

Por último, el art. 965 del Código Civil prescribe que la revocación de actos realizados por el deudor en perjuicio de los *creditors* sólo será pronunciada en el interés de los acreedores que la hubiesen pedido, y hasta el importe de sus acreencias. Pero, tal dispositivo contraría el principio de universalidad e igualdad que debe reinar en materia concursal al colocar a los acreedores en un mismo pie, sin generar preferencias indebidas, lo que no puede ser tolerado.

Por lo tanto, si la acción por la cual se persigue la revocación de un acto realizado por el deudor prospera estando en trámite un concurso preventivo, el bien debe ser reintegrado en beneficio de la masa y en todo

¹⁵⁹³ RIVERA, Julio César, *Acciones integrativas del patrimonio y concurso preventivo*, L.L. 1998-D-978.

¹⁵⁹⁴ Cfr. Capel.Civ. y Com. Bell Ville, 28/6/93, LLC 1994-371.



caso el acreedor que promovió la acción, ser recompensado en los mismos términos que lo dispone el art. 120 de la ley falimentaria.

§ 14. SUSPENSIÓN O ATRACCIÓN. ¿*THAT IS THE QUESTION?*

El fuero de atracción, en efecto, es sólo un “medio” para asegurar el cumplimiento de un “fin” que, visiblemente, no es otro que el de suspender los juicios en trámite contra el deudor para asegurar que tales trámites no se conviertan en vehículo de agresiones individuales contra el patrimonio del *cessatus*¹⁵⁹⁵.

La suspensión tiende a garantizar e impedir el desmembramiento del patrimonio impidiendo la ejecución de los bienes que integran el activo del insolvente. Por ende, debe reconocerse que opera con mayores efectos e importa la protección del interés de los acreedores, convirtiéndose en principio de cualquier ordenamiento que se precie de proteger una multiplicidad de intereses.

La opción conferida al acreedor de continuar el juicio de conocimiento ante el juez natural de la causa no importa desnaturalizar las facultades del magistrado, sino potenciar la suspensión como principio del ordenamiento, derogando a la radicación como eje de la concursalidad¹⁵⁹⁶.

Debe quedar claro, en consecuencia, como conclusión frente a la problemática de las acciones contra el deudor, que el único efecto consustancial a la apertura del concurso preventivo es el de la suspensión de las acciones que persiguen por conducto del trámite ejecutivo la realización de bienes del sujeto *in malis* en beneficio de todos los acreedores y de la continuidad de la explotación de la empresa.

¹⁵⁹⁵ Cfr. HEREDIA, *op. cit.*, Lexis Nexis n.º 0003/012560.

¹⁵⁹⁶ Cfr. JUNYENT BAS, Francisco A. y ÁLVAREZ, Norma Beatriz, *La Debatida Atracción de las Ejecuciones con Garantía Real* en “Derecho Concursal Argentino e Iberoamericano, III Congreso Argentino de Derecho Concursal, I Congreso Iberoamericano sobre la Insolvencia, Quiebra, Sindicatura, Desempeño Profesional”, Directores Eduardo M. Favier Dubois (h.), Salvador D. Bergel y Ricardo A. Nissen, ed. Ad-Hoc e Instituto de Derecho Comercial N° 7, Universidad Notarial Argentina, Bs. As., (1997), t. II, págs. 251-252.

§ 15. EL PRINCIPIO DE UNIVERSALIDAD Y LA SUSPENSIÓN VS. LA ATRACCIÓN CONCURSAL

La protección del interés de todos los acreedores nunca estuvo dada por la atracción de sus acciones al fuero concursal (muchas iniquidades se produjeron bajo tal criterio de solución), sino en base a la igualdad en que deben ser tratados todos ellos, evitando los tan vilipendiados privilegios concursales que generan más desigualdades que preferencias, por razones de justicia social o de otra naturaleza.

La concentración de los juicios de contenido patrimonial en contra del deudor ante un mismo fuero (concurzal) en el convencimiento de que tal razonamiento permitirá adoptar un criterio unificador en relación a los reclamos individuales de los *accipiens*, impidiendo de esta forma que los acreedores puedan obtener mayores ventajas ante los jueces naturales, más que un argumento para sostener la atracción a servido como artilugio para impedir la incorporación de los acreedores al pasivo.

Las disposiciones del art. 56 reformado (t.o. ley 26.086) potencian la universalidad y el principio inquisitivo del juez concursal, impidiendo de esta forma que quien haya obtenido el reconocimiento de su crédito ante un juez foráneo al que entiende en el proceso colectivo, pueda incorporarse al pasivo sin pasar por el tamiz del control de admisibilidad que el magistrado concursal efectuará al resolver sobre la admisión del crédito y, en su caso, del privilegio; a punto tal que es el juez, quien fijará la forma en que se aplicarán los efectos ya ocurridos respecto de los demás acreedores en relación al acuerdo celebrado, teniendo en cuenta la naturaleza de las prestaciones (art. 56 *in fine*, LCQ).

El principio de universalidad y el de suspensión concursal, preservan el interés de los acreedores y fortalecen el principio de conservación de la empresa al reforzar las facultades del magistrado en relación a los acreedores denunciados por el deudor al momento de la presentación, que hayan proseguido con sus acciones individuales en extraña jurisdicción por cuanto, indisolublemente, tales principios, garantizan: la integridad patrimonial y el orden público concursal.

CAPÍTULO X

EL PRINCIPIO DEL INTERÉS PÚBLICO Y EL ORDEN PÚBLICO CONCURSAL

§ 1. PREÁMBULO

A medida que el capitalismo (Adam Smith) se fue imponiendo en el mundo y que las leyes de mercado se alejaban de los intereses básicos del Estado –normalmente motivado en crisis sistémicas (económicas o sociales)– comenzó a prevalecer la necesidad de proteger ciertos intereses o sujetos que, a mérito de las desigualdades, eran conducidos a situaciones de inequidad resultando beneficiados aquellos que gozaban de una posición dominante.

La crisis que afecta a la autonomía de la voluntad a lo que se suman las crisis económicas y financieras, ha llevado al legislador del siglo XX a incrementar la aprobación de normas de orden público¹⁵⁹⁷ con el fin de resguardar a aquellos sujetos que por representar la parte más débil en la relación contractual se encontraban en inferioridad de condiciones (*v. gr.* acreedores laborales, menores, consumidores, etcétera). A los fines de proteger éstos y otros intereses fue que el parlamentario encontró a través de la promulgación de leyes de “orden público”, la adecuada limitación al ejercicio de los derechos individuales que en las relaciones particulares (salvo contadas excepciones) se encuentra ausente.

No pocas veces el intérprete –en distintos escenarios– recurre a la expresión: orden público, para justificar un determinado sentido en el que

¹⁵⁹⁷ Cfr. DE LA FUENTE, Horacio H., *Orden público*, ed. Astrea, (2003), pág. 18.

se quiere hacer jugar la prioridad de una norma por sobre cualquier otra disposición normativa (art. 293, LCQ).

Cuando el legislador apela al interés general u otra consideración de carácter moral recurre –normalmente– a establecer un límite infranqueable a la autonomía de la voluntad, posibilitando distinguir lo permitido de lo prohibido. Principios rectores como conservación de la empresa, protección del crédito, interés general, universalidad y, en algunas ocasiones igualdad, representan fines establecidos en la normativa falimentaria.

Sin embargo, la noción de orden público no es exclusiva del proceso concursal ni única. El art. 19 de la Constitución Nacional¹⁵⁹⁸, hace referencia al orden y a la moral pública y el art. 21 del Código Civil¹⁵⁹⁹ hace lo propio al impedir que los acuerdos privados modifiquen o alteren las leyes dictadas en consecuencia, cuando se encuentren comprometidos el orden público y las buenas costumbres.

Usualmente se identifica al orden público con los “principios fundamentales” o con el “interés general” cuyo objeto es –precisamente– proteger y preservar esos “principios” e “intereses”¹⁶⁰⁰. Pero ésta posición no tiene unánime aceptación ya que no siempre los principios fundamentales del ordenamiento coinciden con el interés social. En otras palabras, el interés general se protege a través del orden público en una relación de medio a fin, ya que a través de éste último se asegura su vigor¹⁶⁰¹.

Existen diversas normas dentro del sistema de la ley 24.522 a las que el intérprete recurre permanentemente para justificar una decisión o para desentrañar el sentido de un precepto (arts. 16, 17, 22, 24, 121, 159, 182, 189, 204, 272 y 293, LCQ), las que no siempre refieren *stricto sensu* al interés general a los efectos de convalidar cierta posición. Conceptos tales como “conservación de la empresa”, “protección del crédito”, “interés de los acreedores” o “interés del concurso” atentan contra una visión totalizadora de los principios orientadores del ordenamiento falimentario,

¹⁵⁹⁸ Art. 19 C.N.: “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están solo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”.

¹⁵⁹⁹ Art. 21 Cód. Civ.: “Las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia estén interesados el orden público y las buenas costumbres”.

¹⁶⁰⁰ Cf. DE LA FUENTE, *op. cit.*, pág. 15.

¹⁶⁰¹ Cf. *ibidem*.

cuando se pretende reducirlos tan sólo a principios fundamentales en forma genérica: “interés general” o “principios fundamentales”.

El orden público representa un límite a la autonomía de la voluntad y el intérprete recurre a él para garantizar la vigencia irrestricta de principios o intereses por encima del interés individual remarcando el carácter universal del proceso concursal. A punto tal se puede arribar a esta conclusión, que en tiempos de la ley 19.551 CÁMARA siguiendo a PINZÓN postulaba que, antes que una legislación minuciosa de cada una de las cuestiones mercantiles, sería conveniente efectuar una poda de la legislación comercial, para suprimir gran cantidad de normas legales de estricto carácter reglamentario y dejar solamente los preceptos que, como los de orden público, son indispensables para la protección de los intereses generales y de los terceros que contratan con los comerciantes¹⁶⁰².

Si bien es cierto que el presente trabajo no pretende ser una crítica a la profusión de la legislación argentina –en especial la comercial– por la gran cantidad de leyes, las reflexiones de otros tiempos del ilustre CÁMARA sirven para reconocer la vigencia y operatividad del orden público concursal como mecanismo de protección del interés general.

§ 2. CONCEPTO DE ORDEN PÚBLICO

Varios autores han tratado de esclarecer el concepto de orden público. Para BORDA una cuestión es de orden público «cuando responde a un interés general, colectivo, por oposición a las cuestiones de orden privado en las cuales sólo juega un interés particular»¹⁶⁰³.

Por su parte, LLAMBÍAS entiende que orden público es «el conjunto de principios eminentes –religiosos, morales, políticos y económicos– a los cuales se vincula la digna subsistencia de la organización social establecida»¹⁶⁰⁴.

¹⁶⁰² CÁMARA, Héctor, *El Concurso Preventivo y la Quiebra*, ed. Depalma, Bs. As., (1990), vol. III-B, pág. 768.

¹⁶⁰³ BORDA, Guillermo, *Concepto de ley de orden público*, L.L. 58-997.

¹⁶⁰⁴ LLAMBÍAS, Jorge, “Tratado de Derecho Civil”, Parte general, Bs. As., (1967), t. I, pág. 158.

Ambos autores traducen posiciones diametralmente opuestas. BORDA sostiene su postura en el interés colectivo por sobre el interés individual, mientras que LLAMBÍAS hace hincapié en el conjunto de principios a los cuales está ligada la existencia y organización social de un Estado.

El art. 872 del Código Civil¹⁶⁰⁵ consagra la irrenunciabilidad de los derechos si el “interés general” de la sociedad se encuentra comprometido, con lo cual el legislador por motivos de política legislativa, asigna carácter ineluctable a algunos derechos con el propósito de garantizar su vigencia efectiva por sobre los intereses individuales. Las leyes de orden público son aquellas que receptan los principios sociales, políticos, económicos, morales y religiosos cardinales de una comunidad jurídica cuya existencia prima sobre los intereses individuales o sectoriales¹⁶⁰⁶.

La Ley de Concursos y Quiebras es ley de orden público, no solamente porque así lo ha reconocido la jurisprudencia nacional¹⁶⁰⁷ sino también porque ello se desprende de algunos de sus dispositivos rectores (arts. 22, 159 y 293, LCQ) lo cual impide –en cierta medida– que las partes puedan darse un procedimiento distinto o bien que puedan dejarse de lado sus postulados por acuerdo entre ellas.

Las normas a diferencia de los principios poseen una determinada estructura, por el contrario, el principio pierde precisión y se generaliza permitiendo la solución de problemas sin tener que recurrir a la facilitación que brinda la regla al obligar determinada conducta¹⁶⁰⁸.

ALEXY plantea la distinción entre principios y reglas y menciona que ello «constituye la base de la fundamentación jurídica, siendo la clave de bóveda para la solución de los problemas que plantea el derecho¹⁶⁰⁹. De

¹⁶⁰⁵ Art. 872 Cód. Civ.: “Las personas capaces de hacer una renuncia pueden renunciar a todos los derechos establecidos en su interés particular, aunque sean eventuales o condicionales; pero no a los derechos concedidos, menos en el interés particular de las personas, que en mira del orden público, los cuales no son susceptibles de ser el objeto de una renuncia”.

¹⁶⁰⁶ ALFERILLO, Pascual Eduardo, *Introducción al Derecho Civil*, ed. Facso - Universidad Nacional de San Juan, (2000), pág. 148.

¹⁶⁰⁷ C.S.J.N., “Piñero, Marcelo F. c. Tomar S.A. y otros”, L.L. 1998-B-54 – D.J. 1998-1-1055; “Collón Curá S.A. s/quiebra s/incidente de revisión por el Banco de Hurlingham S.A.”, L.L. 2003-C-732.

¹⁶⁰⁸ Cfr. VIGO, Rodolfo L., *Interpretación jurídica*, ed. Rubinzal Culzoni, Sta. Fe, (1999), pág. 122

¹⁶⁰⁹ Cfr. ALEXY, Robert, *Teoría de los Derechos fundamentales*, (1ª reimp., trad. de Ernesto Garzón Valdés), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, (1997), pág. 81.



otra parte, para ESSER los principios son derecho positivo, aunque no normas (*rules*) precisas e independientes del derecho, son los denominados: razones de la ley, los que aportan los elementos necesarios para la construcción de un sistema¹⁶¹⁰.

Toda conceptualización del orden público sólo se puede efectuar en forma genérica e imprecisa, mediante fórmulas abiertas e indeterminadas (*v. gr.* interés general, interés de los acreedores, interés del concurso, universalidad, conservación de la empresa, igualdad). Y esta forma que adoptan los principios fundamentales del ordenamiento constituyen lo que denominamos: orden público concursal.

§ 3. ALGUNOS PRINCIPIOS VINCULADOS CON EL ORDEN PÚBLICO CONCURSAL

Existen dos principios que se encuentran directamente relacionados y hacen al orden público concursal. Ellos son el principio inquisitivo y publicístico de la quiebra.

Si el juez no tuviere poderes suficientes para hacer avanzar el proceso, dando a conocer todas las resoluciones judiciales en aras de proteger el interés general, se desvirtuaría la finalidad del procedimiento falencial. De allí la importancia de hacer referencia a estos dos principios de la quiebra.

3.a) Principio inquisitivo. Regreso con gloria

Desde los orígenes históricos de nuestra legislación concursal (ley 4156) se ha tratado de relacionar la actuación de oficio de los órganos de la quiebra y los poderes inquisitivos del magistrado con la idea de orden público que posee la ley de quiebras; pensamiento éste alejado del que inspirara a los autores de la ley 24.522 (RIVERA y VÍTOLO)¹⁶¹¹.

¹⁶¹⁰ Cfr. ESSER, Josef, *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho privado*, ed. Bosch, Barcelona, (1961), pág. 169 y 170.

¹⁶¹¹ Cfr. MARTORELL, Ernesto Eduardo, *Tratado de Concursos y Quiebras*, ed. Depalma, Bs. As., (1998), t. I, pág. 281.



En diversos pasajes de la ley concursal se admiten las facultades del juez, las que se traducen en potestades de dirección, información, investigación, impulso y conservación del patrimonio del deudor. Pero, a diferencia de lo que sucedía con la ley 19.551 en la que enfáticamente en la Exposición de Motivos se hacía referencia a la “actuación oficiosa de los órganos jurisdiccionales”, la ley 24.522 se ha apartó de ese carácter.

Conforme lo dispone el art. 274 de la ley concursal, el impulso del procedimiento (concurso preventivo, APE o quiebra) una vez iniciado por el deudor o los acreedores se encuentra a cargo del juez que entiende en el proceso colectivo, sin que requiera para ello presentación alguna por parte de los interesados. El proceso concursal es esencialmente inquisitivo, entendiendo por ello la facultad jurisdiccional que posee el magistrado de impulsar de oficio el trámite iniciado por algunos de los sujetos habilitados y de disponer todas las medidas necesarias tendientes a su prosecución hasta su conclusión; la que puede llegar por conducto de la homologación o la liquidación y posterior distribución, según sea el caso.

El art. 11 del Código de Insolvencia y Recuperación de Empresas de Portugal recepta en forma expresa el principio inquisitivo al permitir que el juez tome decisiones en el proceso de insolvencia fundando la resolución en hechos que no hayan sido alegados por las partes¹⁶¹², por lo que se admite que el juez puede apartarse de las presentaciones de los intervinientes en el proceso para tomar posición personal, fundada en derecho.

La denominada inquisitorialidad del proceso concursal se exterioriza, a su vez, en las facultades de investigación conferidas al juez por el legislador nacional¹⁶¹³ y emergen con todo vigor de las disposiciones del art. 274 de la ley falencial, facultando al magistrado a adoptar todas las medidas de impulso que resulten necesarias para la investigación pudiendo requerir documentos e inclusive la comparencia del deudor a los fines de colaborar con la determinación del pasivo o la reestructuración del activo.

El procedimiento inquisitivo hace al trámite del juicio evitando su dilación o paralización, por cuanto todo proceso colectivo abierto se desarrolla en aras de su conclusión. Si bien es cierto que en algunas de las

¹⁶¹² Artigo 11.º Princípio do inquisitório. “No processo de insolvência, embargos e incidente de qualificação de insolvência, a decisão do juiz pode ser fundada em factos que não tenham sido alegados pelas partes”.

¹⁶¹³ Cfr. MARTORELL, *op. cit.*, t. I, pág. 280.

etapas del proceso podemos encontrar caracteres de oficiosidad (tal lo que sucede en la etapa verficatoria), el proceso concursal en si no se inaugura de oficio¹⁶¹⁴, pero si prosigue con un neto corte investigador.

La ley 24.522 (t.o. 1995) diagramó un sistema concursal esencialmente privatista, donde la intervención del juez es mínima. Sin embargo, la ley 26.086 (de modificación parcial a la ley concursal) reavivó las cenizas del legendario principio y sentó las bases de un nuevo régimen falimentario.

Esta conclusión se desprende de algunos pasajes de la ley. Así por ej. la vista al síndico a los fines de que se pronuncie sobre los pasivos laborales (art. 14 inc. 11.a, LCQ); el informe mensual sobre la evolución de la empresa, si existen fondos líquidos disponibles y el cumplimiento de las normas legales y fiscales (art. 14 inc. 12°, LCQ); la procedencia del pronto pago de crédito no incluido en el listado que establece el artículo 14 inc. 11° (art. 16, tercer párrafo, LCQ) o, cuando el juez debe disponer la forma en que se aplicarán los efectos del acuerdo ya ocurridos, respecto de los verificantes tardíos (art. 56 *in fine*, LCQ), son solo algunas de las anotaciones que pueden sugerirse.

La declaración de quiebra –en contraposición con el concurso preventivo o el APE, en el que las soluciones se encuentran en manos privadas, aunque con control judicial– expone con todo su esplendor el carácter inquisitivo del proceso falencial vivificado en algunos institutos tales como: las medidas de investigación necesarias para corroborar el estado de cesación de pagos del deudor (art. 83 *in fine*, LCQ); el desapoderamiento (art. 88 inc. 3°, LCQ); la publicidad edictal de la resolución falencial (art. 89, LCQ); la revocatoria de la sentencia de quiebra (art. 94, LCQ); la extensión de quiebra (arts. 160 y 161, LCQ); la caducidad del dividendo concursal (art. 224, LCQ) y en la hipótesis de negligencia en la producción de la prueba ofrecida en los incidentes (art. 282, LCQ), entre otros ejemplos. En estos casos, así como durante el proceso de verificación, el juez debe actuar sin que ello sea requerido por los interesados, ordenando todas las medidas que sean conducentes para avanzar con la tramitación del proceso.

¹⁶¹⁴ Cfr. VITALE, Antonino, *La dichiarazione del fallimento*, Milano (1967), págs. 12-15.

Las amplias facultades que las disposiciones de la Ley de Concursos y Quiebras (Adla, LV-D-4381) han otorgado al magistrado tienden a permitirle afrontar las pesadas cargas del proceso concursal moderno, invistiéndolo de los medios propios del sistema inquisitivo compatibles con la rapidez y economía concursal. En consecuencia, el juzgador no sólo puede sino que debe llevar el proceso estrictamente apegado a las disposiciones de la ley específica y sustituyendo la actitud dispositiva por la inquisitiva¹⁶¹⁵, cuando ello permita arribar a la mejor solución para el interés del concurso.

Las potestades jurisdiccionales que ostenta el *iudex* representan el freno al interés individual del deudor y de los acreedores, quienes en miras de obtener alguna ventaja en la protección de sus legítimas pretensiones, abandonan los intereses del Estado, interesado en proteger y conservar las empresas. Por ello, se ha sostenido con acierto, que en las ejecuciones colectivas –a diferencia de las individuales– está comprometido el interés de la generalidad de los acreedores e incluso, cuando el patrimonio concursal está afectado a la actividad empresarial, resultan comprometidos intereses que exceden los del deudor y sus acreedores, lo cual explica la vigencia del principio inquisitivo en el proceso concursal¹⁶¹⁶.

Mencionaba ORIONE –en relación a los poderes con los que la ley inviste al magistrado concursal– que los mismos deben ser ejercitados con prudencia y discreción, pero sin debilidades, ya que de esta forma se podrá garantizar la mejor y más eficaz defensa de los intereses públicos y privados confiados a su tutela, cuidando de que tal protección no sea violentada a causa de evitar los males que se intentan prevenir¹⁶¹⁷.

De allí, que el principio de investigación judicial –característico del proceso concursal– tenga su punto de partida en la idea de que, sobre y por encima de las partes, existe un bien jurídico al que éstas quedan

¹⁶¹⁵ Cfr. CApel.Civ.Com. y Lab. Venado Tuerto, “Banco Integrado Departamental s/quiebra”, LLLitoral 1998-2-476.

¹⁶¹⁶ Cfr. CApel.Civ. y Com. Rosario, sala II, “Eujamiam, Jorge y otros c. Cabeza, Antonio y otros”, LLLitoral, 2006 (setiembre), 1090.

¹⁶¹⁷ ORIONE, Francisco, *Exposición y crítica de la ley de quiebras*, ed. El Ateneo, Bs. As., (1934), pág. 204.

subordinadas, convirtiéndose, por ello, en objetos de interés general¹⁶¹⁸, digno de tutela.

3.b) Principio publicístico

Otro principio que inunda la legislación concursal es el “principio publicístico” que otorga al magistrado amplias facultades de injerencia e impulso de la causa y de publicidad de sus resoluciones, sin necesidad de que las partes insten o manifiesten algún derecho o interés¹⁶¹⁹.

El principio de publicidad requiere que los actos procesales puedan ser presenciados o conocidos incluso por quienes no participan en el proceso como partes, funcionarios o auxiliares y ha sido admitido por diversos ordenamientos con fundamento en la conveniencia de permitir que la opinión pública posea un instrumento para fiscalizar la actividad de los magistrados, lo cual permite elevar la consideración acerca de la actuación de la administración de justicia¹⁶²⁰.

La quiebra es un sistema publicista por excelencia, por cuanto la figura del juez –a pesar de los menguados poderes con que fuera investido en la ley 24.522 (t.o. 1995)– adquiere una relevancia significativa, en tanto representa la llave de apertura del proceso universal, tiene intervención en todas las etapas del proceso, ejerce el control de las actividades del concursado, garantiza la integridad patrimonial de los bienes del deudor y ejerce el control de constitucionalidad y razonabilidad, evitando el fraude y el abuso del derecho (art. 52, LCQ).

Este sistema se distingue de aquellos sistemas privados o privatísticos en los que los acreedores son los verdaderos artífices en la toma de decisiones sobre la suerte del deudor o, en todo caso, de su patrimonio. Tal lo que ocurría *v. gr.* con la ley 4156, en la que los bienes eran entregados a los acreedores, pudiendo éstos disponer de ellos. Pero, esta ley de comienzos del siglo XX se destacó por su tinte voluntarista, entendido éste como la sujeción de los acuerdos a la voluntad de acreedores y deu-

¹⁶¹⁸ Cfr. CONIL PAZ, Alberto, *Ley concursal prevalente y normas procesales*, L.L. 1993-C-346.

¹⁶¹⁹ Cfr. CÁMARA, *op. cit.*, vol. III-B, pág. 547.

¹⁶²⁰ Cfr. PALACIO, Lino, *Derecho Procesal Civil*, ed. Abeledo-Perrot, Bs. As., (1990), t. I, pág. 275.

dor¹⁶²¹, cuyo fracaso radicó en considerar a la tramitación de la quiebra bajo los intereses de los acreedores¹⁶²², únicamente, en la que la actuación del juez era reducida a un mero ejercicio de control de formalidad.

Para MAFFÍA publicístico es el adjetivo que corresponde a lo que se estima de interés público¹⁶²³, expresión nada rigurosa que se aclara contraponiéndola a interés privado¹⁶²⁴. Resulta consustancial con el proceso falencial el carácter publicístico del concurso o la quiebra, donde los intereses individuales confluyen en el interés general de protección del crédito, la empresa, los acreedores, el deudor y por que no decirlo, el Estado, toda vez que el mantenimiento de las empresas hace al cumplimiento de los fines que tiene asignado, a través de la percepción de los impuestos¹⁶²⁵.

Existen, por cierto, algunas resoluciones dentro del procedimiento concursal que hacen al principio publicístico y revelan los caracteres propios del sistema para distinguirlo, claramente, de otros procesos. Así por ej. la resolución de apertura del concurso que se da a conocer mediante edictos (art. 14 y 27, LCQ); la carta que remite el síndico a los acreedores y a los miembros integrantes del comité de control (ar. 29, LCQ, ley 26.684); la presentación de la propuesta de acuerdo en el expediente (art. 43, LCQ); los edictos en la apertura del salvataje (art. 48, LCQ) o para

¹⁶²¹ Por su parte el Dr. Pellegrini en referencia a los acuerdos privados tomó una postura negativa en cuanto a la viabilidad de los mismos. Sobre el particular, expresaba: «esos arreglos privados muy comunes antes de adoptarse la actual legislación, eran un medio de que se valía el comercio para evitar los inconvenientes de la quiebra. El arreglo privado expone a todos los abusos de lo clandestino y a todas las confabulaciones de algunos acreedores en perjuicio de otros. Haciendo del arreglo privado un arreglo público bajo la vigilancia de los jueces y fiscales, se evitan los peligros de lo clandestino y se entra de lleno en la práctica comercial». Cfr. CÁMARA, *op. cit.*, vol. III-B, pág. 620.

¹⁶²² MALAGARRIGA, Carlos C., *Cien años de vigencia y de reformas*, Libro del Centenario del Código de Comercio, Bs. As., (1966), pág. 87.

¹⁶²³ El fundamento del carácter publicístico se encuentra en el interés general protegido, que informa a todo el derecho concursal, y se concentra en la defensa de la economía, del crédito y de la producción. Cfr. GARCÍA MARTÍNEZ, Roberto, *Derecho Concursal*, ed. Abeledo Perrot., Bs. As., (1997), pág. 20.

¹⁶²⁴ MAFFÍA, Osvaldo J., *Leyendo un plenario. Reflexiones al pasar sobre unicidad y oficiosidad del proceso concursal*, L.L. 1980-A-1036.

¹⁶²⁵ Sobre este punto se puede ampliar en RIVERA, Julio C. - ROITMAN, Horacio y VÍTOLO, Daniel Roque: *Concursos y Quiebras. Ley 24.522*, ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, (1995), pág. 57-58.

hacer conocer la conclusión del concurso (art. 59, LCQ); la presentación del APE para homologación (art. 74, LCQ), la sentencia de quiebra (art. 88 y 89, LCQ), la resolución que dispone la enajenación de la empresa (art. 205, LCQ), la que dispone la venta singular de cada uno de los bienes (art. 208, LCQ) y aquella que da a conocer el informe final (art. 218, LCQ).

A consecuencia de la reforma efectuada al régimen falimentario por ley 26.684, este *principle* se ha materializado con mayor fuerza en diversos dispositivos, como ser: la comunicación a los miembros del comité de control de la apertura del juicio universal (art. 29, LCQ) y la posibilidad de que los trabajadores de la concursada –sin ser acreedores de ésta– puedan compulsar los legajos de los acreedores y ser informados por el síndico de los créditos insinuados (art. 34, LCQ, ley 26.684).

La circunstancia de que terceros que no participan *stricto sensu* del procedimiento: *i. e.* el representante de los trabajadores de la concursada para la integración del comité de control (arts. 14 inc. 13° y 42, segundo párrafo, LCQ, ley 26.684), los trabajadores que no son acreedores de la concursada (art. 34, LCQ, ley 26.684) y la participación de la cooperativa en el salvataje (art. 48 bis, LCQ, ley 26.684), conozcan las resoluciones emitidas por el magistrado; corrobora la importancia para el legislador de que las resoluciones judiciales sean conocidas, incluso, por aquellos que no son parte del trámite judicial.

El anoticiamiento de estas decisiones mediante edictos o su publicación por diversos medios protege el interés general, por cuanto la publicidad del estado y avance del proceso hace al interés público, excediendo el interés privado de acreedores y deudor.

No obstante ello, las facultades del magistrado no se circunscriben a hacer conocer algunas resoluciones que hacen al trámite falencial; la autorización para realizar ciertos actos que exceden la administración ordinaria, la autorización para abonar los créditos laborales que gozan del beneficio de pronto pago, el control acerca de la categorización de acreedores efectuada por el deudor, la propuesta de acuerdo (que sea razonable, no discrimine y que no sea abusiva), la no homologación del acuerdo, el impulso de la causa de oficio, la separación del deudor de la administración, la vigilancia de los actos realizados por el deudor durante el trámite del concurso preventivo, la declaración de quiebra cuando no se han logrado las mayorías necesarias o bien, por admitir una impugnación a la

existencia de acuerdo preventivo, la continuidad de la explotación, la declaración de ineficacia de un acto en perjuicio de los acreedores, son sólo algunos de los ejemplos en los que se materializan tales señoríos.

En este sentido, interés público e interés general se suelen confundir ya que se presentan como términos imprecisos de difícil distinción. Pero, técnicamente hablando, el principio publicístico hace al conocimiento por parte del juez de todas las cuestiones vinculadas con el trámite concursal, su impulso para arribar a la conclusión del proceso, su conducción y el conocimiento de las resoluciones por parte de los interesados y terceros (lo que se logra a través de un adecuado régimen de publicidad), puesto que el carácter publicístico de la quiebra hace al otorgamiento al juez de las facultades inquisitorias necesarias para llevar adelante el juicio universal¹⁶²⁶.

§ 4. ORDEN PÚBLICO O INTERÉS PÚBLICO. SUTILES Y GRANDES DIFERENCIAS

El orden público es la institución de que se vale el ordenamiento jurídico para defender y garantizar, mediante la limitación de la autonomía de la voluntad, la vigencia inexcusable de los intereses generales de la sociedad, de modo que siempre prevalezcan sobre los intereses particulares¹⁶²⁷. En materia concursal se ha referido que el juicio de convocatoria es de carácter contencioso y aunque sea iniciado por el deudor, tiene como parte a los acreedores e interesa al orden público¹⁶²⁸.

Pero, estas nociones de orden público e interés general suelen llevar a ciertas contradicciones, en tanto y en cuanto, el interés general no siempre es *stricto sensu* una cuestión de orden público.

Fue la legislación francesa de 1935, la que introdujo la noción de interés público en la legislación concursal a la que se le agregó con poste-

¹⁶²⁶ CNCom., sala B, “Greco Hnos., S.A. y otros, s/quiebra”, L.L. 1981-B-360.

¹⁶²⁷ DE LA FUENTE, *op. cit.*, pág. 23.

¹⁶²⁸ Cfr. CNCom., en pleno, “Vila, José M. s/concurso preventivo”, E.D. 10-299 (03/02/65).

rioridad, la de interés de los acreedores, como determinantes de la continuación de la explotación del comercio del deudor¹⁶²⁹.

En distintos pasajes la ley de concursos refiere algunos conceptos que, considerados aisladamente, carecen de sentido lógico si no se los relaciona con el contexto en que han sido empleados por el legislador. Locuciones como: interés del concurso (arts. 182, 204 y 272, LCQ), interés de los acreedores (arts. 16, 17, 24, 121 y 272, LCQ), protección del crédito (art. 159, LCQ), interés general (art. 159, LCQ), conservación de la empresa (arts. 159 y 189, LCQ) se expresan en la ley falimentaria, con cierta vaguedad, los cuales generan incertidumbre acerca de sus verdaderos fines y alcances. Este laberinto terminológico forma un *puzzle* que se incardina a ser ordenado en función de los intereses que la ley estima dignos de tutela, de acuerdo al procedimiento iniciado, el sujeto interesado en su tramitación y conclusión, y los intereses superiores que el Estado intenta proteger.

Evidentemente, muchas veces, se suele mencionar al orden público como el interés superior que aspira tutelar el ordenamiento, confundiéndolo con el interés general. La teleología de la ley 24.522 no es otra que la protección de la empresa y esta solución concursal ostenta mayor rango que la de la liquidación, lo que resulta de la mera aplicación del art. 10 de la ley, cuando refiere que “el concurso puede ser solicitado mientras la quiebra no haya sido declarada” e inclusive declarada ésta, “el deudor puede convertirla en un trámite de concurso” (art. 90, LCQ).

El interés general se relaciona con el bien común y conforme lo refiere SANTO TOMÁS «el bien particular se ordena al bien común como a su fin, pues el ser de la parte es para el ser del todo; por eso, el bien de la Nación es más divino que el bien de un solo hombre»¹⁶³⁰. Por ende, comprender la noción de interés general, significa reafirmar el concepto de bien común desde la óptica falencial.

Pero, como relata el aqinate «el bien es lo que todos apetecen»¹⁶³¹ a lo que cabe un interrogante desde la óptica de la quiebra: ¿todos (acreedores y deudor) quieren lo mismo? Sin lugar a duda, todos –en mayor o menor medida– pretenden la perfección, porque todo lo que es bueno es

¹⁶²⁹ Cfr. MARTORELL, *op. cit.*, t. I, pág. 286.

¹⁶³⁰ SANTO TOMÁS de Aquino, *Suma contra Gentiles*, III, 17.

¹⁶³¹ SANTO TOMÁS de Aquino, *Suma Teológica*, I q. 5 a. 1c.

perfecto. Pero para que sea perfecto debe estar en acto por contraposición a aquello que está acabado que no existe¹⁶³², lo que desde el punto de vista de la empresa insolvente se traduce en la noción de prosecución, actividad o movimiento.

Si hablar de interés general es hablar de bien común, debe decirse que el bien al que todos aspiran (acreedores y deudor) es lo que beneficia a la totalidad de los integrantes del cuerpo social. El bien común implica pues, tender a la mayor satisfacción posible del conjunto mediante la participación de los sujetos que lo componen¹⁶³³.

La diferencia existente entre el bien común y el bien particular no es, por tanto, la que puede establecerse sobre la base de una simple distinción entre la mayoría y la minoría, sino que el bien de todos es más amplio que el de uno o unos pocos.

Desde la óptica falencial, el bien común está dado por la mayor satisfacción que el sistema pueda deparar para todos los sujetos involucrados: el deudor, los acreedores o el Estado. Por tanto, una propuesta que cuente con las mayorías necesarias o una que no teniéndolas tenga que imponerse a una minoría disidente, es siempre mejor solución que la liquidación del activo; porque tal salida representa la mejor expectativa de cara a la que podría generar el cobro del dividendo concursal.

Por tanto, el bien común o el interés general no se opone al bien individual o interés particular, sino que lo complementa, lo hace más perfecto y son los mismos sujetos interesados en resguardar el interés general (juez, deudor y acreedores) quienes se verán lanzados en la búsqueda de la mejor solución para todos pero, será el juez quien garantice el respeto irrestricto de estos postulados.

En términos generales, cuando la ley concursal hace referencia al interés general podría decirse que el legislador está protegiendo al conjunto de condiciones o beneficios que se entiende hacen al seno de un grupo conformado a partir de la resolución verificatoria, que permite a cada uno de los individuos que la componen alcanzar la mejor satisfacción personal teniendo en cuenta el interés de la colectividad.

¹⁶³² Cfr. SANTO TOMÁS de Aquino, *idem*, I q. 5 a. 3c.

¹⁶³³ Cfr. LAMAS, Félix, *Ensayo sobre el orden social*, "Revista Moenia", Bs. As., (1990), pág. 240.

El Papa Juan XXIII definió al bien común como «el conjunto de las condiciones sociales que permiten y favorecen en los seres humanos el desarrollo integral de su persona»¹⁶³⁴, por lo que el interés general se presenta como algo que va más allá de una mera cuestión económica o numérica.

Si bien es cierto que en las quiebras, normalmente, el debate se centra en una disputa entre el crédito y el débito, la ley de concursos –en la que participan una comunidad de sujetos– no puede escapar a un concepto humanista del derecho en el que el interés del conjunto está por encima del interés individual de cada uno de los sujetos comprometidos. Así *v. gr.* cuando la ley obliga a insinuar los créditos (por cuanto tal mecanismo resguarda el orden público y el interés general)¹⁶³⁵ o, cuando impide la liquidación de pasivos a través de propuestas que tienden a desnaturalizar los mínimos previstos en la ley, buscándose la subsistencia de la empresa a través de la infracción a derechos de terceros y parámetros implícitos en la normativa concursal¹⁶³⁶, cuando impone al juez la necesidad de valorar la propuesta de acuerdo¹⁶³⁷, o cuando vela por el mantenimiento de la paz social, la fuente de trabajo y la incidencia que la misma pueda tener en la zona donde se halle emplazada¹⁶³⁸ o cuando se considera que es un valor axiológico¹⁶³⁹.

El principio de universalidad de la quiebra persigue la protección de los intereses generales de la empresa y de los acreedores, por lo que la ley concursal procura tutelar un mundo de incumbencias que exceden la del mero interés individual como si el sujeto se encontrare *in bonis*¹⁶⁴⁰.

Cuando la Constitución Nacional mociona en el preámbulo que el pueblo de la Nación Argentina tiene por objeto “promover el bienestar

¹⁶³⁴ Juan XXIII, Encíclica *Mater et Magistra*, AAA 53 (1961), 417.

¹⁶³⁵ C.S.J.N., “Supercanal S.A. s/apelación I.V.A.”, Fallos 326:1774 (2003).

¹⁶³⁶ CNCom., sala A, “Arcangel Maggio s/impugnación sobre propuesta de acuerdo”, L.L. 2004-D-882.

¹⁶³⁷ Cfr. CNCom., sala B, “Nutramin S.A. s/conc. prev.”, L.L. 06/08/2004, 7 - AR/JUR/5965/2003.

¹⁶³⁸ Cfr. CNCom., sala A, “Papel de Tucumán s/quiebra”, L.L.1995-D-69 – D.J. 1995-2-671.

¹⁶³⁹ Cfr. CNCom., sala B, “Bodegas y Viñedos Recoaro S.A.”, L.L. 1998-D-922.

¹⁶⁴⁰ Cfr. CNCom., sala A, “Banco Central c. Credibono Cía. Financiera.”, L.L.1995-C-358 - D.J. 1995-2-396.

general”, el mismo no puede ser aprehendido sino en un contexto amplio, un universo de situaciones en el que la quiebra es parte de ese todo común. Por ende, la materialización del bienestar general supone la realización armónica entre el interés individual y el bien común, de modo tal que la protección del primero no debe prevalecer a ultranza en detrimento de la realización del segundo¹⁶⁴¹.

Al igual que el *iter* del procedimiento concursal (concurso preventivo o quiebra) varía en función de la situación en la que se encuentre el deudor y las posibilidades de arribar a un convenio o derechamente ingresar a la fase de liquidación de bienes, como única solución a la satisfacción del interés de los acreedores y tranquilidad espiritual del deudor, lo mismo ocurre, respecto de la protección de los intereses concurrentes. El interés que protege la ley concursal está diagramado en función de cuáles sean esos diversos intereses.

Así, si el deudor recurre a la fase de concurso o APE, el interés será –mayormente– el de preservar la empresa, mantener los puestos de trabajos, conservar el deudor para sí la administración y optimizar los recursos de la negociación en aras de lograr un acuerdo. Pero, si el *cessatus* o el acreedor recurren al *iter* liquidativo –y no existen posibilidades de continuación de la explotación– los intereses serán otros.

Si se trata por ejemplo de una sociedad que inició su liquidación administrativa (art. 101 y conc., LSC) y se detuvo un proceso de producción o industrialización, habiéndose realizado la parte más importante de sus bienes, evidentemente, frente a la declaración judicial de falencia, resulta de ningún valor la tutela de la conservación de la empresa, y sus intereses se dirigirán a optimizar el valor de realización de los bienes que componen el activo para resguardar el mayor beneficio para los acreedores.

Más allá de cualquier forma que pueda adoptar el procedimiento colectivo (concursal o liquidativo) el interés de los acreedores está presente en cualquiera de los procesos a los que recurra el deudor, sin menoscabo de los otros intereses siempre vigentes: los del concurso, la empresa y el Estado.

De esta forma, el interés general al que refiere la ley concursal aparece como comprensivo de todos los demás bienes a los cuales orienta

¹⁶⁴¹ Cfr. C.S.J.N., “Manzi, Carlos c. Estado Nacional”, L.L. 1997-D-740.

sus fines el Estado e intenta tutelar, ajustando las decisiones del juzgador y las pretensiones de las partes a la protección y ordenación de esos resultados, ya que el bien común es la finalidad que pretende lograr toda norma de alcance general¹⁶⁴².

§ 5. INTERÉS DE LOS ACREEDORES

COUTURE enseña que «el interés es tanto como la aspiración legítima de orden moral o patrimonial, que representa para una persona la existencia de una situación jurídica o la realización de una determinada conducta»¹⁶⁴³. En consecuencia, el interés supone la existencia de algo –que puede ser una cosa o un bien– que es importante para una persona, porque le significa un valor, un provecho o una utilidad.

En diversos pasajes, la ley concursal hace referencia con algunas ambigüedades al denominado: “interés de los acreedores”, sin establecer en forma clara que debe entenderse por aquella elocución. Así, por ejemplo, cuando establece la prohibición de modificar la situación de los acreedores por causa o título anterior a la presentación concursal (art. 16, LCQ); al declarar la ineficacia de pleno derecho de los actos realizados en violación a la prohibición prevista en el art. 16 (art. 17, LCQ); al referirse a la información que debe cursar el síndico a los acreedores y al comité de control haciéndoles conocer la apertura del concurso (art. 29, LCQ, ley 26.684); al admitir una propuesta que importe la administración de todos o partes de los bienes en interés de los acreedores (art. 43, LCQ); en el supuesto de repudiación de la herencia en lo que exceda el interés de los acreedores (art. 111, LCQ); en caso de quiebra de la sociedad al exigir la integración de los aportes no realizados por los socios (art. 150, LCQ); al ordenar la continuidad inmediata de la explotación si de su interrupción pudiere ocasionarse un daño grave para los acreedores y a la conservación del patrimonio (art. 189, LCQ). Sin embargo, en otros fragmentos –indirectamente– se hace mención a la utilidad que ciertas situaciones pueden presentarse para los acreedores: *v. gr.* la declaración de ineficacia de ciertos actos y la remisión automática de la causa a la alzada

¹⁶⁴² Cfr. SANTO TOMÁS de Aquino, “*Suma...*”, *op. cit.*, I-2, q. 96, a. 6.

¹⁶⁴³ COUTURE, Eduardo J., *Vocabulario jurídico*, ed. Depalma, Bs.As., (1976), pág. 344.

a los fines de confirmar o modificar los honorarios regulados por el juez del concurso (arts. 121 y 272, LCQ).

No cabe dudas, que la satisfacción del conjunto de los *creditors* representa un norte de cualquier legislación de insolvencia, aunque esta dependa en cierta forma de la orientación económica que el legislador pudiere haberle otorgado: neoliberal o conservadora, y en algunos casos, con ciertos matices pro-acreedores o pro-deudor.

La finalidad de la ley concursal en dar satisfacción a los acreedores en su conjunto podría dividirse en dos fases:

a) primero, aquella en la que el objetivo se centra en el convenio y los esfuerzos del deudor estarán orientados a formular propuestas y obtener dentro de las categorías que hubiere formulado, las conformidades de la mayoría de los acreedores. Ejemplo de ello son las múltiples alternativas de las que goza el deudor para ofrecer a los acreedores, las que se encuentran elencadas en el art. 43, segundo párrafo, de la ley concursal, pudiendo incluso llegar a celebrar algunos acuerdos que impliquen una fuerte limitación a las facultades de disposición de los bienes del deudor en pos de evitar la quiebra¹⁶⁴⁴ y

b) la segunda importa la adopción de ciertos mecanismos que permitan una adecuada protección y optimización de los activos a los fines de su realización. Como ejemplos de esta segunda posición podrían mencionarse: la venta de bienes perecederos en forma inmediata (art. 184, LCQ), la colocación del dinero que se perciba por la venta de los activos a plazo fijo o en moneda extranjera para preservar su valor hasta que se apruebe el informe final (art. 183 *in fine*, LCQ), la locación de bienes para obtener frutos (art. 186, LCQ), entre otras apostillas.

Sin vacilaciones, es en la quiebra en donde con mayor énfasis adquiere particular relevancia el denominado interés de los acreedores quienes al no encontrar otra solución a sus pretensiones (por vía de la ejecución individual o de la amigable composición) están forzados a proceder a la liquidación de los bienes del deudor para satisfacer el interés propio al potenciar el justo equilibrio entre éstos; a través de la suspensión en el ejercicio de ciertos derechos (*vide* Capítulo IX), a la espera de

¹⁶⁴⁴ Juz. Proc. Conc. y Reg. n.º 3, Mendoza, “Pedro López e Hijos S.A. s/conc. prev.”, L.L. 2002-F-922.

que la liquidación de la empresa como unidad (art. 205, LCQ) permita arribar a la máxima satisfacción individual.

De esta forma, los sacrificios que deben soportar algunos (acreedor hipotecario, acreedor prendario, acreedor laboral) en beneficio del conjunto, no permitirá seguramente arribar a una situación igualitaria entre ellos, pero si a una solución más justa y distributiva de la insolvencia, entre todos los sujetos perjudicados por la misma. Únicamente, de esta forma y bajo estas premisas podrá alcanzarse algún grado de equilibrio entre los que están primero (en términos de cobro) y los que muchas veces llegan último.

La finalidad solutoria propia del derecho concursal aparece armonizada, en su caso, por la concurrencia de diversos intereses dignos de tutela que pueden surgir durante el trámite del proceso universal en diversas formas (*v. gr.* conservación de la empresa, interés del concurso, interés de los acreedores). Todos y cada uno de ellos tienden a lograr una salida que permita arribar a una solución componedora y amistosa de los acreedores para la mejor satisfacción del conjunto.

Un arreglo conciliador entre los diferentes intereses concurrentes se muestra como el instrumento más adecuado de protección para los *accipiens*. Pero, cuando tal recurso se torna de imposible coronación, la realización de los bienes y la distribución entre éstos representa la forma más apropiada de proteger el crédito.

El riesgo de que la realización de bienes en forma separada se diluya entre algunos sujetos por gozar de ciertos beneficios conlleva no solo el perjuicio que ello genera para la satisfacción del conjunto de los acreedores, sino que la salida de algunos bienes clave en el desarrollo industrial o comercial de la empresa en crisis, puede poner en serio riesgo la continuidad de un proceso productivo.

A pesar de estas consideraciones, existen actos que realizados por el deudor –con la protección del ordenamiento concursal o de otras legislaciones– contribuyen en alguna medida a resguardar el interés de los acreedores. Así por ej. cuando se resuelve la revocación de actos realizados por éste (art. 965, Cód. Civ.) o en el caso de la quiebra de la sociedad al hacer exigibles los aportes no integrados por los socios, hasta la concurrencia del interés de los acreedores y de los gastos del concurso (art. 150, LCQ).

La *ratio legis* del dispositivo contenido en el art. 119 de la ley falencial, hace al interés de los acreedores al punto que tiende a evitar que éstos sean sorprendidos por eventuales condenas en costas derivadas de acciones patrimoniales de la sindicatura¹⁶⁴⁵.

Se ha expresado –con mayor precisión– que en definitiva son los acreedores quienes deciden la suerte del deudor¹⁶⁴⁶, pero ello no puede serlo a costa del sacrificio de la empresa. El interés del acreedor orientado a recuperar la mayor parte de su acreencia o castigar al deudor por el perjuicio ocasionado por la falta de pago oportuna, siempre estará condicionado por el mejor interés para el concurso, por cuanto el interés general posee mayor entidad y transcendencia.

Y, en este sentido, la conservación de la empresa se erige en un nivel superior. Para aceptar esta posición, resulta –objetivamente– necesario ver a la empresa con criterio de funcionalidad y operatividad. Su preservación dependerá del Derecho y su utilización de la economía. Por ende, no resultaría aceptable admitir la protección absoluta del crédito, cuando dicha protección paraliza la capacidad productiva y/o destruye la organicidad de bienes que constituyen la empresa¹⁶⁴⁷.

En definitiva, el interés de los acreedores representa un bien tutelable, pero no mayor que el que requiere la conservación de la hacienda. De allí, la importancia de las facultades inquisitorias del magistrado quien actuando bajo ciertas pautas de justicia y equidad (*fair and equitable standard*) podrá arribar a la máxima: *suum cuique tribuere*.

§ 6. INTERÉS DEL CONCURSO

Todo conjunto normativo persigue una finalidad y, en términos económicos, la finalidad de un ordenamiento –en el que existen múltiples tensiones provocadas por la existencia de una gran cantidad de intereses–

¹⁶⁴⁵ Cfr. CNCom., sala C, “Bruzese, Jorge y otro s/inc. de medida cautelar s/tercería de dominio en: Sicela S.A.I.C. e I. s/quiebra”, (del dictamen de la fiscal general subrogante que la Cámara hace suyo), laleyonline AR/JUR/697/2005.

¹⁶⁴⁶ Cfr. DASSO, Ariel A., *La prueba concursal del “mejor interés de los acreedores” y la exclusión de voto del disidente*, L.L. 2008-A-668.

¹⁶⁴⁷ PORCELLI, Luis A., *Conservación y continuación de la empresa*, L.L 1988-C-975.



está dado por el aumento del bienestar social y, en este sentido, el interés del concurso se ordena hacia la maximización de esa permanente búsqueda; la cual muta constantemente según la etapa del procedimiento, de diversas maneras.

En efecto, cuando el deudor realiza la presentación concursal, el sistema se dirige a proteger al sujeto; luego, el objeto de interés del concurso se redirecciona hacia la preservación de la empresa para, en último término, resguardar el interés de los acreedores.

La ley concursal únicamente en cuatro dispositivos (arts. 111, 182, 187 [ley 26.684] y 204, LCQ) hace mención en forma expresa al interés del concurso, de manera aparentemente diferenciada de lo que sería el interés de los acreedores.

Tal lo que sucede cuando por ejemplo hace alusión a las facultades del fallido para aceptar o repudiar herencias o legados, lo que sólo produce efectos en lo que excede del interés de los acreedores y los gastos íntegros del concurso (art. 111, LCQ); o cuando se reconocen facultades al órgano sindical (art. 275, LCQ) para procurar el cobro de los créditos adeudados al fallido¹⁶⁴⁸, para iniciar los procesos judiciales para su percepción en aras del interés del concurso (art. 182, LCQ), y al admitir diversas formas de realización de los bienes del deudor, pudiendo recurrir en el mismo proceso a más de una de las formas de realización (art. 204, LCQ).

De esta forma, el legislador se refiere al interés del concurso, solamente, cuando quiere hacer mención a los bienes, créditos o procedimientos que el órgano concursal –a través del ejercicio de su función (art. 275, LCQ)– puede lograr incorporar, para incrementar el activo falimentario en beneficio de los *creditors*. Y en esta cuestión tiene particular trascendencia la figura del síndico, pues es él quien representa a la masa para el cobro de créditos adeudados al fallido (art. 110, LCQ) no en el sentido de mandato, sino en cumplimiento de las obligaciones que le son impuestas por la ley y obra en defensa de ésta, que no es otra cosa que actuar en el interés del concurso¹⁶⁴⁹.

¹⁶⁴⁸ CApel.Civ. y Com. Córdoba, “Construcciones Meijide S.A. s/quiebra”, LLC 1998-395.

¹⁶⁴⁹ Cfr. CNCom., sala A, “Soderos Unidos Independientes del Oeste S.R.L. s/quiebra s/inc. de verif. prom. por: Barale, Hernán Gustavo”, L.L. Sup. CyQ, 2007 (noviembre), AR/JUR/4591/2007.

Por ende, indirectamente, la ley se refiere al interés del concurso como interés de la masa para referirse a las facultades del órgano concursal (sindicado) en coadyuvar con el cumplimiento de las obligaciones que la normativa falimentaria e intereses superiores le imponen.

Esta entidad (masa concursal) resulta una figura compleja, porque no representa *stricto sensu* el interés de los acreedores ni el del deudor, que entre sí son contrapuestos¹⁶⁵⁰, sino que vela por el mejor beneficio que su actividad o función puede deparar para el concurso.

A pesar de ello, también puede decirse que cuando el deudor solicita la postergación de la ejecución de un crédito con garantía real (art. 24, LCQ) –por encontrarse renegociando la acreencia con su acreedor hipotecario y el juez lo concede– también se está protegiendo el interés del concurso, ya que tal decisión no obra solamente en protección del propio deudor en continuar con sus actividades, sino al mismo tiempo de los acreedores, en tanto y en cuanto, estos serán en última instancia destinatarios de los bienes en una futura liquidación¹⁶⁵¹.

Por otro lado, la normativa concursal habilita al síndico –a efectos de obtener frutos– a celebrar contratos de locación con terceros, siempre que ello no importe disposición total o parcial de los bienes (art. 186, LCQ). La ley 26.684 de neto corte cooperativista autorizó a que la cooperativa de trabajo, integrada por los trabajadores del mismo establecimiento, propongan contrato para la administración de los bienes de la fallida. A estos fines, la sindicatura se encuentra “autorizada para ingresar al establecimiento (ello, no era necesario mencionarlo atento a que el síndico tiene la administración de los bienes [art. 109, LCQ]) para controlar la conservación de los bienes y fiscalizar la contabilidad en lo pertinente al interés del concurso” (art. 187, LCQ, ley 26.684).

Nuevamente, la preocupación del legislador se ha centrado en el interés por la “conservación de los bienes” y la “fiscalización de la contabilidad” que lleve la cooperativa de trabajo, en el caso de que ésta hubiere contado con autorización judicial para la continuación de la explotación (art. 189, LCQ, ley 26.684). Por lo tanto, se reafirma que cuando la ley de

¹⁶⁵⁰ Cfr. S.C.J. Buenos Aires, “Monte Paco S. A. c. Buenos Aires Building”, LLBA, 1999-1129 - E.D. 182-342.

¹⁶⁵¹ Cfr. CNCom., sala A, “Noel y Cía. S.A.”, L.L. AR/JUR/1051/1982.

quiebras hace referencia al “interés del concurso”, indirectamente lo hace en atención a los créditos y los bienes o su disposición o realización.

Sin embargo, la materialización normativa del pensamiento del legislador no solo surge del plexo legal, también el espíritu proteccionista se concreta en la ley de diversas formas, a través de mecanismos tendientes a la satisfacción de los sujetos que en ella intervienen: el deudor, los trabajadores, los acreedores, etc.; no obstante, el interés de éstos confluye hacia uno que resulta común denominador de todos: la conservación de la empresa.

El fin del derecho concursal se concreta en el concepto jurídico indeterminado en la ley, como interés concursal o interés del concurso (cfr. arts. 111, 118, 204 y 272, LCQ), el cual no puede ser otro que la solución de la crisis económica a través de la máxima satisfacción de todos los intereses involucrados.

§ 7. INTERÉS DEL DEUDOR

La ley 24.522 no hace referencia en ningún apartado de su texto normativo a la protección ni al interés del deudor, sino que refiere en distintos pasajes a la protección de la integridad del patrimonio del fallido (art. 85, 159 y 273 inc. 8°, LCQ) colocando a dichos intereses a la misma altura que el interés de los acreedores o el crédito. De allí que la quiebra no proteja *lato sensu* al interés del deudor sino el patrimonio de éste como prenda común del interés de los acreedores.

La Ley de Concursos y Quiebras es un instrumento que el legislador pone a disposición del deudor a los fines de que éste utilice diferentes alternativas tendientes a superar el estado de insolvencia. Desde esta perspectiva, la ley tutela el interés del deudor y le provee de un cauce ordenado para alcanzar una solución concertada con sus acreedores en hipótesis de acuerdo, o bien recurrir a la liquidación de los bienes y el reparto del producido de éstos entre los acreedores, como única forma de reparar los daños ocasionados por la quiebra.

Por lo tanto, el interés del deudor no se contrapone al de la generalidad y al de cada uno de los acreedores como, asimismo, el de cada uno de éstos respecto del resto de sus coacreedores, ya que la quiebra como pro-

ceso universal representa una trama compleja donde convergen el entrecruzamiento de todos estos intereses¹⁶⁵².

A pesar de ello, existen algunos institutos dentro de la ley concursal que han sido estructurados para proteger el interés del deudor *v. gr.* el concurso preventivo, el período de exclusividad, la doble vuelta en la formulación de propuestas en ocasión del art. 48 (salvataje), la conversión de la quiebra en un trámite de concurso y la administración de los bienes por el deudor durante el trámite del preventivo, son sólo algunas de las anotaciones que se pueden realizar.

El cobro de créditos para incrementar el activo (art. 182, LCQ), las declaraciones de ineficacia (arts. 118 y 119, LCQ) y las acciones de responsabilidad en contra de terceros que dolosamente hubieren agravado, permitido o facilitado la situación de insolvencia del deudor a los fines de indemnizar los perjuicios causados (art. 173, LCQ), son procedimientos que benefician a los acreedores pero que indirectamente también hacen al interés del deudor. Por lo que la ley concursal, aunque sea en forma disfrazada, contempla el interés del *cessatus* a pesar de que esto no sea un fin teleológico de la legislación falimentaria.

Tal sistema protectorio no está orquestado en pos del deudor *stricto sensu* sino que el mismo encuentra su razón en la preservación de la continuidad de la empresa y la protección de los intereses de aquel que ha cesado en sus pagos y de los acreedores en un pie de igualdad con la mira puesta en el interés público¹⁶⁵³.

§ 8. INTERÉS DE LOS SOCIOS

Se ha expresado en un análisis meduloso sobre las relaciones de la sociedad y el estado de cesación de pagos, que las sociedades deben estar adecuadamente patrimonializadas para el cumplimiento de su objeto so-

¹⁶⁵² Cfr. CApel.Civ. y Com. San Nicolás, “Vial Sport S.A. s/quiebra”, LLBA 2006-127 - AR/JUR/5592/2005.

¹⁶⁵³ Juz. Nac. 1ª Inst. Com. n.º 16, “Telearte S.A. Empresa de Radio y Televisión s/conc. prev.”, L.L. 2005-B-624.

cial¹⁶⁵⁴, aunque esta verdad encierra alguna imprecisión ya que la insolvencia también azota a la empresa que posee un patrimonio adecuado para cumplir con el objeto de su constitución.

Ex ante a la presentación concursal, los socios –en el marco de la Ley de Sociedades Comerciales– poseen diversos mecanismos para evitar caer en insolvencia: *v. gr.* el aumento de capital (art. 96, LSC), la capitalización de deudas (art. 197, LSC), la disolución y posterior liquidación administrativa (art. 94, LSC) y, por último, la fusión con otra sociedad (art. 82, LSC) a los fines de incorporar aportes de capital. Si estos procedimientos no dieran el resultado esperado a los fines de evitar la insolvencia, la sociedad estará forzada a solicitar su concurso preventivo o su declaración de quiebra.

De esta forma, si una empresa se presenta en concurso preventivo por encontrarse inmersa en un estado de crisis irreversible, se producen varios efectos jurídicos que impactan directamente sobre la relación acreedores/socios que permiten –*rectius*: no imposibilitan– que la mayor parte del sacrificio en la reestructuración de la deuda sea soportado mayormente por los acreedores. Se suele mencionar que, en estos casos: concurso preventivo o APE, los *equity holders* (titulares de las acciones) no pierden, porque siempre mantienen sus participaciones accionarias aunque vean disminuidos sus dividendos.

Una vez que la sociedad es declarada *in malis* los socios que poseen interés en la percepción de sus ganancias pasan a un segundo plano, para ceder dicho interés en beneficio del interés de los acreedores y de la continuidad de la empresa. Pero, ello no significa que se conviertan en convidados de piedra, la ratificación de la presentación concursal (art. 6, LCQ); la prohibición sin autorización previa de viajar al exterior en caso de socios con responsabilidad ilimitada (art. 25, LCQ); si han efectuado los aportes que se comprometieron integrar y la eventual responsabilidad patrimonial que pueda haberles por ello (art. 39. inc. 7º, LCQ) la posibilidad de tener que admitir nuevos socios como parte integrante de la propuesta concordataria, la reorganización de la sociedad, capitalización de créditos e inclusive la incorporación de acreedores laborales a través de la cesión de acciones o de un programa de propiedad participada (art. 43,

¹⁶⁵⁴ Cfr. RICHARD, Efraín Hugo, *Insolvencia societaria*, LexisNexis, Bs. As., (2007), pág. 127.

segundo párrafo, LCQ); la prohibición para los socios de votar la propuesta concordataria, con excepción de los acreedores que sean accionistas, salvo que se trate de controlantes (art. 45, LCQ); la aceptación de una propuesta por un valor menor a lo determinado por el juez en el procedimiento del art. 48, para lo cual el tercero requiere la conformidad de socios o accionistas que representen las dos terceras partes del capital social de la concursada (art. 48 inc. 7.c.ii, LCQ); la exigibilidad de los aportes no integrados frente a la declaración de quiebra (art. 150, LCQ); la quiebra de los socios con responsabilidad ilimitada como consecuencia de la declaración de falencia de la sociedad (art. 160, LCQ); la responsabilidad que pueda imputárseles, aunque la responsabilidad contraída por el tipo social fuere limitada al capital aportado (art. 175, LCQ) y, por último, el interés en el cobro del dividendo concursal (art. 109, LSC y art. 221, LCQ) si existiere; son claros ejemplos de que ese atractivo por la solución concursal se mantiene vivo a lo largo de todo el proceso.

El derecho de información del que debe gozar el socio se mantiene incólume durante el proceso colectivo y son los administradores quienes son los encargados de materializar la manda establecida en la ley 19.550.

El régimen de administración que prevalece en nuestro derecho societario está diagramado para la gran sociedad anónima; sin perjuicio de ello, los socios sólo pueden ejercer el peso de su poder de gobierno, en el ámbito orgánico que le es propio, esto es, la asamblea. Es precisamente en el marco de las asambleas ordinarias o extraordinarias que los asambleístas adoptaran decisiones en relación a su situación personal y el gobierno de la sociedad.

No obstante estas precisiones, el interés de los socios se exterioriza en ciertos actos de relevante importancia para ellos y para el concurso. Así por ej. cuando deben ratificar la continuidad del trámite concursal (art. 6, LCQ) o, cuando deben admitir una propuesta en la que puedan incorporarse nuevos socios (art. 43, LCQ) o, en caso de aceptar una propuesta por un valor menor al fijado por el juez y como correspondiente a su participación social (art. 48, LCQ). A punto tal, que el juez en aras de la protección de la empresa y la continuidad de la explotación, podría imponer el acuerdo a los accionistas disidentes (art. 52, LCQ) por conducto del *cramdown power* cuando el pago resultante de lo que los socios pretenden, equivalga a un dividendo menor que el que obtendrían por la liquidación de los bienes en la quiebra.



Los socios no siempre mantienen el mismo interés que los acreedores. Esta aseveración goza de cierta aceptación ya que, muchas veces, el interés de los primeros en la conservación de la empresa y la continuidad de la explotación, suele ser una mera quijotada falaz alejada de la realidad de la empresa.

La jurisprudencia norteamericana ha mantenido un fiel apego al criterio de que el interés de los acreedores es superior al interés de los socios y los administradores están obligados a actuar en beneficio de los acreedores primero y en segundo lugar de los socios¹⁶⁵⁵. La *absolute priority rule* del derecho americano importa la subordinación del interés de los accionistas en el cobro de sus pretensiones, a la previa satisfacción por parte de los acreedores.

Este sistema dista de nuestro régimen concursal que no tiene expresamente previsto una categoría obligatoria subordinada de acreedores accionistas, con lo que se advierte que los mismos quedan *pari passu* en la misma posición que los demás acreedores concurrentes.

De esta forma, el interés de los socios suele exteriorizarse en diversos momentos y de distintas maneras, pero ese interés puede resultar *contra legem* si no está orientado hacia la consecución de la satisfacción de los acreedores y la conservación de la empresa como regla de prioridad. Esto es, el interés social subyace al interés del concurso, por lo que no podría sostenerse que el interés del socio sea un bien jurídico tutelable *stricto sensu* por la legislación falimentaria.

§ 9. INTERÉS DEL ESTADO: ¿MERO ESPECTADOR O ARTÍFICE?

El hecho de que el Estado se transforme de simple espectador en forjador de soluciones a problemas económicos, no resulta ninguna novedad a la luz de la experiencia nacional como, asimismo, extranjera.

En los Estados Unidos de América a los pocos días de asumir la presidencia, Roosevelt tomó una serie de medidas para revertir la crítica situación económica y financiera en la que se encontraba inmerso el país,

¹⁶⁵⁵ S.C.U.S., “Bank of America National Trust and Savings Association v. 203 North Lasalle Street Partnership”, (97–1418), 526 U.S. 434, 126 F.3d 955 (1999).

v. gr. declaró ilegal –temporariamente– poseer monedas de oro, fijando un control estricto a la exportación de oro y divisas extranjeras; hizo aprobar la *Agricultural Adjustment Act* y a través de esta ley, los agricultores americanos cobraban un subsidio por reducir la producción, con el objetivo de incrementar el precio de los granos; se promulgo la *National Industrial Recovery Act* (Ley de Recuperación de la Industria Nacional); dando nacimiento así al *new deal*. Esta ley consistía en una gran cantidad de regulaciones para la industria consistentes en recortes en las horas de trabajo, salarios mínimos, se fijaban precios y condiciones de venta, etc., con la intención de generar un aumento en la demanda de bienes y servicios.

A los efectos de lograr el fiel cumplimiento de tal cometido, se creó un organismo especial: la *National Recovery Administration*, con el cual se pretendía garantizar que las empresas respetaran en forma rigurosa las disposiciones y restricciones estatales. Todo este mecanismo estaba orientado a que el país saliera de la recesión económica, se redujera la desocupación y aumentara el consumo, aunque ello se hiciera con la adopción de políticas no acordes para generar tal incentivo, como fueron el incremento significativo de los impuestos.

Sin embargo, todo este panorama se vio favorecido con una decisión de la Suprema Corte Americana del 27 de mayo de 1935, que declaró la inconstitucionalidad de la *National Recovery Administration*¹⁶⁵⁶, con el argumento de que el Congreso había delegado funciones que le correspondían a él, por lo que la eliminación parcial de estas restricciones generó un incremento en la inversión y la producción industrial.

Las disposiciones sobre quiebras –desde el enfoque estatal– pueden ser vistas en parte como un instrumento de desarrollo económico, lo cual podría apreciarse con mayor precisión a través de los procedimientos de reorganización y preservación de la empresa (concurso preventivo y APE) como instrumentos de política de progreso económico¹⁶⁵⁷ del Estado.

¹⁶⁵⁶ S.C.U.S., "A. L. A. Schechter Poultry Corp. v. United States", 295 U.S. 495, 55 S. Ct. 837, 79 L. Ed. 1570 (1935).

¹⁶⁵⁷ Cfr. BRAUCHER, Jean, *Bankruptcy Reorganization and Economic Development*, 23 Cap. U. L. Rev. (1994), pág. 499.

Prueba cabal de esta perspectiva es la Ley de Reestructuración Empresarial del Perú (Dec.Ley 26.116)¹⁶⁵⁸ y las subsiguientes reformas de 1996 (Ley de Reestructuración Patrimonial)¹⁶⁵⁹ y 1999 (Ley de Fortalecimiento del Sistema de Reestructuración Patrimonial)¹⁶⁶⁰ que a través del INDECOPI¹⁶⁶¹ (organismo a través del cual el Estado mantiene el rol de supervisor y es garante de la legalidad del proceso concursal, en el que los acreedores por mayoría, deciden lo más conveniente a sus intereses afectados, esto es la reestructuración del negocio viable o la liquidación de los activos) esquematizó un sistema concursal que pasó de un régimen liquidatorio a un modelo de reestructuración de negocios realizables, en el que se aprecia cierto tinte voluntarista donde los acreedores deciden la suerte del deudor.

Por consiguiente, el proceso concursal conforme esta perspectiva no representa un mecanismo de liquidación de activos *stricto sensu*, sino que se trata de un procedimiento que potencia los valores en los que se sustenta el sistema para abrir un camino de negociación y resultados. La mirada esta puesta en el hoy y el mañana, tratando de encontrar las mejores herramientas para la satisfacción de los intereses de los sujetos implicados.

De acuerdo con esta razón –fundada en el valor que representa el pleno funcionamiento de los sistemas de producción de una la empresa– la ley de quiebras ha sido sancionada para crear un contexto en el cual los valores económicos y no económicos de todos aquellos afectados por el apremio financiero puedan ser expresados y algunas veces reconocidos. El sistema falencial, entonces, no es simplemente un mecanismo para alcanzar un óptimo resultado económico para los acreedores en tanto grupo; es un proceso para rendir más ricas e informadas decisiones para gobernar la relación de todas las personas afectadas por el apremio financie-

¹⁶⁵⁸ Ley 26.116, “Ley de Reestructuración Empresarial”, pub. Diario Oficial El Peruano el 30/12/92

¹⁶⁵⁹ Dec. Ley 845, “Ley de Reestructuración Patrimonial”, pub. Diario Oficial El Peruano el 21/09/96

¹⁶⁶⁰ Ley 27.146, “Ley de Fortalecimiento del Sistema de Reestructuración Patrimonial”, pub. Diario Oficial El Peruano el 24/06/99.

¹⁶⁶¹ “Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual”.

ro¹⁶⁶². Y en este rol, resulta fundamental la participación del Estado, quien a través de sus organismos y sistemas de control, podrá contribuir a lograr la mejor solución para el conjunto.

Ya en tiempos más actuales, la crisis financiera en EE. UU. de fines del año 2008 con las denominadas hipotecas *subprime*, desencadenó un estallido en los mercados financieros mundiales a lo que no fue ajena la situación económica de las empresas. La caída del gigante financiero Lehman Brothers, Bank of America, American International Group (AIG), Citigroup, Bear Stearns, Fannie Mae, Freddie Mac, las grandes automotrices General Motors, Ford y Chrysler y el grupo de las telecomunicaciones Worldcom, obligó a la reserva americana a salir en ayuda financiera para estos monstruos de los negocios¹⁶⁶³.

Pero, frente a este panorama debe formularse el interrogante: ¿fue ello producto –exclusivamente– de un mal manejo de las finanzas? No, la crisis de liquidez por la inexistencia de créditos en los bancos suscitó una catarata de quiebras que puso en serio riesgo el sistema capitalista y los postulados que Adam Smith pregonara hace más de doscientos años.

Fue así que el Estado Norteamericano a través de la Reserva Federal salió a generar liquidez¹⁶⁶⁴ por medio de diversos mecanismos de sostenimiento del sistema financiero –principalmente– tratando de reforzar los mercados con dinero, inyectando fondos disponibles a los bancos, a los fines de incentivar préstamos en condiciones más favorables a las empresas en crisis para evitar una caída estrepitosa de la economía y de las fuentes de empleo, con los resultados negativos que ello trae como consecuencia, al multiplicarse los conflictos sociales.

La primera gran medida en términos financieros fue el salvataje del propio sistema financiero americano con una inyección por parte de la *Federal Reserve* de 700.000 millones de dólares a los efectos de contribuir a limpiar la deuda generada por los bancos con las denominadas

¹⁶⁶² KOROBKIN, Donald R., *Value and Rationality in Bankruptcy Decision Making*, ed. William and Mary Law Review, (1992), pág. 1.

¹⁶⁶³ ALCONADA MON, Hugo, *La crisis financiera: duros informes de bancos de inversión y analistas*, (Wall Street advierte que es alto el riesgo de un default), corresponsal en los EE.UU., La Nación, sección 2ª, "Economía & Negocios", 14-08-08, pág. 1.

¹⁶⁶⁴ SOROS, George, *El nuevo paradigma de los mercados financieros*, ed. Taurus, Madrid, (2008).

subprime mortgage o hipotecas de alto riesgo, con el compromiso de lograr el Estado, una participación en el sistema financiero.

De esta forma y dentro del marco de la ley de quiebras, General Motors recibió aportes del Estado Americano en el orden de los 50.000 millones de dólares cediendo a favor del Estado el 60% del capital de la compañía, lo que se traduce en términos de poder, en el control de la misma por parte los EE. UU.

Otro ejemplo de intervenciones estatales es el que ocurrió en Italia con la Administración Extraordinaria de Empresas en Crisis¹⁶⁶⁵, que requieren una declaración de insolvencia como condición de acceso al procedimiento, únicamente reservado para las grandes empresas.

Nuestro país no fue ajeno a estas formas de asistencia a las compañías y, mucho antes de que la implementara el gran país del Norte (EUA), nuestra Nación adoptó diversos mecanismos, algunos concursales y otros extraconcursoales, con lo que demostró el interés en recuperar las empresas en zona de insolvencia.

A través de la figura de la continuidad de la explotación de la empresa en quiebra y las cooperativas de trabajo se pudieron recuperar diversos emprendimientos que de otra forma habrían caído, inexorablemente, en bancarrota. Una modalidad particular fue adoptar soluciones extraconcursoales para empresas en concurso o quiebra: *v. gr.* la declaración de utilidad pública y posterior expropiación de Aerolíneas Argentinas (ley 26.466, Adla, 2009-A-83) y la creación de un Fideicomiso Financiero y de Administración Empresa Papelera de Quilmes a través de fondos del ANSeS para la administración de los activos de la Papelera Massuh que se encontraba en concurso preventivo; son sólo algunos de los arquetipos a los que recurriera el Estado para dar solución a este tipo de procedimientos.

Otro ejemplo de esta tendencia es la estatización del régimen previsional a través de la promulgación de la ley 26.425 (Adla, 2009-A-40) que eliminó el régimen de capitalización implementado por ley 24.241 (Adla, LIII-D-4135) y dispuso la transferencia de todos los recursos administrados por las AFJP a la ANSeS, donde pasaron a integrar el llama-

¹⁶⁶⁵ Decreto Legislativo 26, convertido en ley con modificaciones por la ley 95, 03/04/79. Conocida como ley “Prodi”.

do Fondo de Garantía de Sustentabilidad del Sistema Integrado Previsional Argentino (FGS)

Tal vez, la diferencia más notoria entre estos últimos procedimientos y los que realizara la Reserva Federal americana con diversas compañías es que, mientras en aquellos casos el Estado tomó el control de la empresa a través de la adquisición de las acciones, en el caso de Aerolíneas Argentinas, el Estado expropió –derechamente– la empresa, pasando a hacerse cargo del activo y el pasivo existente.

Los arts. 107 y 108 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea han establecido pautas para considerar las ayudas estatales (prohibiendo aquellas que falseen la competencia) a través de incentivos fiscales, apoyo regional, ayudas para el sector del acero, las vinculadas al sector aeronáutico, en materia de protección ambiental y en el servicio público de radiodifusión, automotores y sus partes, construcción naval, textil, productos agrícolas¹⁶⁶⁶, entre otras actividades.

En base a estas consideraciones podría decirse que el interés del Estado se ha centrado en dos aspectos: uno el jurídico y el otro de carácter, eminentemente, económico. El primero de ellos se ha exteriorizado por medio de la adopción de diversos mecanismos de reestructuración de pasivos: *i. e.* el concurso preventivo, el APE, la conversión, la continuidad de la empresa en quiebra como, asimismo, la fiscalización y control de estos procedimientos. El segundo, en cambio, se ha anidado en la recuperación o conservación de empresas a través de subsidios, ayudas (financieras, económicas, etc.), programas de incentivo, liberación de deudas fiscales y reingeniería a través de desgravaciones impositivas para ciertas operaciones, garantías estatales para el otorgamiento de créditos, bonificaciones en las tasas de interés de créditos otorgados por bancos pertenecientes al Estado, entre otras operaciones.

La reforma al régimen concursal introducida por ley 26.684 ha radicalizado el interés del Estado en convertirse en artífice de la solución a la crisis empresarial. En efecto, la posibilidad de que la cooperativa de trabajo (conformada por los trabajadores de la empresa concursada) cuente con las conformidades –eventuales– por parte de la AFIP y el Banco de la

¹⁶⁶⁶ Cfr. ALEGRÍA, Héctor, *La intervención del Estado en el saneamiento de la empresa*, L.L. Sup. CyQ 2009 (noviembre), 1.

Nación Argentina (art. 48 bis, tercer párrafo, LCQ, ley 26.684), cuando éstos sean acreedores, evidencia a las claras el interés por parte del Estado Nacional de que la cooperativa impida la declaración de quiebra de su empleador pasando a conducir los destinos de ésta.

La ley es por demás evidente, en cuanto la misma trasluce el interés del Estado Nacional (los organismos a los que se refiere la disposición normativa pertenecen al sector público), por canalizar las soluciones a favor de la cooperativa de trabajo –ya que es ésta, la que puede acceder a los beneficios allí otorgados– y no la empresa concursada, lo cual merecería algunos reparos.

Otra observación que podría formularse, es que no se contempla idéntica solución en el caso de que los estados provinciales sean acreedores de la concursada, ni se invita a las provincias a dictar normas tendientes a otorgar facilidades de pago para las cooperativas. Ergo, cabe el interrogante: ¿si el Estado Provincial es acreedor de una empresa concursada por montos importantes coadyuva a la solución que, únicamente, los organismos nacionales le concedan beneficios promocionales? Ciertamente, la negativa se impone.

Por otra parte, el art. 191 bis del ordenamiento concursal (ley 26.684) obliga al Estado a brindar asistencia técnica necesaria para seguir adelante con el giro de los negocios a la cooperativa que se forme mediante petición de las dos terceras partes del personal en actividad o de los acreedores laborales, organizados en cooperativas, incluso de ésta en formación. Esta forma de socorro o ayuda por parte del Estado, debe materializarse a través de una colaboración de carácter profesional y una asistencia de índole económica. De otra forma, no se entiende cual sería el sentido de la expresión: “asistencia técnica”.

Por su parte, el art. 203 bis de la ley 24.522 incorporado mediante ley 26.684 habilita a los trabajadores reunidos en cooperativa de trabajo a solicitar la adjudicación de la empresa a su valor de tasación, mediante compensación de los créditos a los que son titulares los trabajadores: salarios, indemnización por despido, preaviso, indemnización por accidentes de trabajo, etc., calculados de conformidad con el artículo 245 de la ley 20.744 (t.o. 1976), los estatutos especiales, convenios colectivos o contratos individuales, el que resulte más favorable al trabajador; quedando sin efecto –respecto de éstos: trabajadores que integran la coopera-

tiva– la restricción establecida en el art. 211 de la ley 24.522 (prohibición de compensación, salvo créditos con garantía real).

Esta forma de solución –venta directa– garantiza en cierta medida, la tan consabida conservación de las fuentes de empleo, por cuanto la continuación de la explotación por medio de la cooperativa de trabajadores permite utilizar el crédito laboral para la adquisición de la empresa.

Más allá, del rótulo que pueda asignarse a esta forma de inmortalizar a la hacienda¹⁶⁶⁷, lo real es que por conducto de los mismos trabajadores que conocen el *métier* se puede lograr la recuperación de la empresa a través de estos, evitando la liquidación de los activos, lo cual representa una modalidad de recuperación económica del ente en cesación de pagos.

Es claro que el Estado debe adoptar una actitud activa en pro de incentivar las soluciones concursales, pero él no debe ser el artífice de éstas. La motivación debe centrarse en las tareas de prevención, fiscalización y sanción de conductas que de un modo u otro puedan afectar el interés supremo de mantener una actividad productiva.

Los mecanismos privados no son perfectos y requieren un adecuado control. Sin embargo, es razonable esperar que éstos sean más eficientes que el Estado cuando se tienen que tomar decisiones de negocio¹⁶⁶⁸, aunque esto no siempre es así, sobre todo en épocas de crisis en las que resulta –a luz vista– imprescindible la intervención estatal como vía para la recuperación de empresas.

§ 10. INTERÉS EN LA CONTINUIDAD DE LA EMPRESA

El interés en la conservación de la empresa y prosecución de las actividades del empresario no es exclusivo del derecho concursal. La Ley de Sociedades Comerciales en el art. 100 adopta este criterio al admitir que “en caso de duda sobre la existencia de una causal de disolución, se

¹⁶⁶⁷ Cfr. DASSO Ariel A., *La inmortalidad de la empresa por la vía de la cooperativa de trabajadores*, Revista Societaria y Concursal, ed. Errepar, julio, 2011.

¹⁶⁶⁸ Cfr. BOWERS, James W., *The Fantastic Wisconsin Zero Bureaucratic-Cost School of Bankruptcy Theory: A Comment*, Michigan L. Rev., (1993), vol. 91, pág. 1773-92; Ver también SKEEL, David A. (Jr.), *Markets, Courts and the Brave New World of Bankruptcy Theory*, Wisconsin L. Rev., (1993), vol. 465, pág. 517-18.

estará en favor de la subsistencia de la sociedad”, con lo que exterioriza el interés en la preservación de la persona jurídica, esto es, frente a la posibilidad de que exista incertidumbre acerca de la existencia del ente societario, el criterio es el de admitir la vida de la empresa y no su desaparición.

Tal como fuera referido por ALEGRÍA la conservación de la empresa concita múltiples intereses y no sólo la relación acreedor-deudor¹⁶⁶⁹. Sin lugar a dudas, un claro interés que emerge del ordenamiento concursal es el de la conservación de la hacienda, el que se encuentra condicionado a la factibilidad de su continuidad económica, esto es, de empresa en marcha, ya sea a través del mismo sujeto (art. 15, LCQ) o por medio de un síndico (art. 189, LCQ), sobre todo, cuando de la interrupción de un proceso productivo puede resultar un grave daño al interés de los acreedores. Aunque la condición de empresa paralizada no es óbice a las soluciones preventivas o, en su caso, liquidativas (venta de la empresa como unidad).

La ley concursal, en este aspecto, distingue entre empresa y empresario, existiendo algunos dispositivos que avalan esta aseveración: *i. e.* el salvataje de la empresa (art. 48, LCQ), el concurso por agrupamiento (art. 65, LCQ), la protección de la empresa cuando existan relaciones patrimoniales no contempladas (art. 159, LCQ), la continuación de la explotación de la empresa en quiebra (art. 189, LCQ) o la enajenación de la empresa (art. 205, LCQ), entre otros. De estos dispositivos se desprende que el bien jurídico tutelado es el de la continuidad de la hacienda y el interés se sostiene en la prosecución de la explotación más que en el salvataje del empresario (persona física o jurídica).

Adviértase, asimismo, que incluso en la etapa liquidativa emerge inobjetable esta predilección cuando el legislador prioriza la realización en bloque de la unidad empresarial, con lo que denota el interés por la preservación de la unidad económica (art. 204 inc. a, LCQ). La mirada se endereza hacia la empresa y sus activos (integrado por el conjunto de bienes, cuando no se haya continuado con la explotación y que pueden ser materiales, humanos y organizativos), por ser esta la mejor respuesta

¹⁶⁶⁹ Cfr. ALEGRÍA, Héctor, *Reflexiones sobre la concursabilidad*, L.L. 2007-A-678.

para satisfacer los intereses concurrentes: el de los acreedores y el deudor.

El interés en la continuidad de la empresa también protege a los otros intereses implicados: concurrentes y no concurrentes. Entre los primeros se puede mencionar el interés de los trabajadores que podrán mantener la fuerza laboral a disposición del empleador (aunque éste haya cambiado de titular), con lo que verán satisfechas sus necesidades básicas. Entre los no concurrentes se puede señalar aquellos que por sus vinculaciones con la hacienda: proveedores y/o clientes, ven una solución en la continuidad de las actividades de ésta, ya que de esta forma pueden proseguir con su negocio, colocando sus servicios o mercaderías.

De modo tal que la finalidad ínsita en la ley de concursos tiende a resguardar no sólo el interés de los acreedores y del deudor, sino además la de todos aquellos sujetos que puedan encontrarse interesados en el mantenimiento de una fuente de producción y trabajo¹⁶⁷⁰, en especial, cuando la conservación de un emprendimiento determinado resulte de vital interés para el Estado, sin que ello importe alterar el orden público.

Prueba cabal de esta posición surge del célebre precedente “Cía. Swift de la Plata S.A.”, en el que la concursada realizaba ventas a sociedades del mismo grupo (Deltec y la *holding* “Deltec International”) a precios superiores con relación a las ventas que se efectuaban a aquellos sujetos que no lo integraban a través de una voluntad social subordinada a la dirección efectuada por sociedades extranjeras. En este precedente la Corte Suprema ha sentenciado que la persona jurídica no puede ser manipulada –de tal forma– que permita atentar contra los intereses de terceros o de aquellos que resultan titulares del capital social. La figura societaria no puede ser utilizada con fines individualistas, contrarios a las necesidades esenciales de una sociedad¹⁶⁷¹.

Por ende, la consideración de la continuidad de la explotación no puede hacerse en desmedro de intereses superiores en los que se pone en juego la existencia misma del estado de derecho, debiendo para ello los jueces ser cuidadosos a la hora de considerar la continuidad de la explotación.

¹⁶⁷⁰ Cfr. CNCom., sala A, “Bingo 35 S.A. s/conc. prev.”, L.L. 2000-A-169.

¹⁶⁷¹ Cfr. C.S.J.N., “Compañía Swift de La Plata S.A. Frigorífica s/convocatoria de acreedores”, Fallos 286:257, 04/09/1973.

§ 11. INTERÉS DEL MERCADO

En más de una ocasión, la insolvencia de la empresa acarrea la crisis o la cesación de pagos de otra u otras. La existencia de varias sociedades (*holding*), los agrupamientos empresarios o, simplemente, las vinculaciones comerciales, provocan que una empresa que se encuentra en cesación de pagos pueda arrastrar a las otras *in bonis* a un eventual incumplimiento de sus obligaciones.

Para ello, el legislador estableció la figura del concurso por agrupamiento (art. 65, LCQ), por el cual, tanto las personas físicas como las jurídicas pueden beneficiarse con una misma presentación, a los efectos de evitar las consecuencias perjudiciales que la insolvencia de uno de los integrantes del conjunto económico pueda ocasionar a los restantes, habilitándolos a solicitar juntamente con éste su concurso preventivo. Este procedimiento simplificado evidencia un marcado empeño en priorizar el mantenimiento del conjunto económico e impedir de esta forma que la insolvencia se propague al resto de los integrantes.

Es en estas particulares situaciones que se exterioriza el interés del mercado, esto es, el de aquellos que por sus relaciones con el concursado (proveedores y clientes), no poseen un crédito contra el deudor y, sin embargo, poseen el sano interés de que éste se mantenga en actividad por las posibilidades –en virtud de sus condiciones o conocimientos– de generar negocios para el resto.

La empresa que no cumple con sus obligaciones y se encuentra *in malis*, no solamente perjudica a sus acreedores sino que también produce un anclaje de las que de una forma u otra están vinculadas con ella, por lo que los efectos que produce la cesación de pagos, ciertamente, son multiplicadores.

Estos fenómenos (crisis en cascada) se suelen presentar, sobre todo, cuando existen unidades económicas cuya actividad depende de un solo cliente: concursado, o muy pocos, en el que la cesación de pagos arrastra, inexorablemente, al sujeto *in bonis*. Peor aún es el caso de la empresa que derechamente quiebra y cierra sus puertas sin permitir la recuperación del mercado por los efectos perjudiciales que produce la discontinuidad de sus actividades.

De esta forma, el Estado –atento observador de la problemática que genera la insolvencia– deberá velar para que el daño que se genera por el cierre de una empresa, pueda conducirse primero por el camino de la continuidad de la actividad económica en aras de su reestructuración. Y, en el caso de que esta solución resulte inviable, deberán liquidarse los activos en el menor tiempo posible a los efectos de que su mantenimiento *si-ne die* no genere mayores perjuicios para los otros intereses que requieren algún resguardo.

La UNCITRAL¹⁶⁷² indica entre sus recomendaciones la de “...e) prevenir todo desmembramiento prematuro de la masa patrimonial del deudor por sus acreedores...”, por lo que tal prevención debe servir de guía, no solamente para evitar la liquidación anticipada de los bienes, sino también para estar por la continuidad de la empresa como instrumento del mercado para el logro de fines económicos.

La continuidad de la hacienda representa un interés superior que los otros que protege el ordenamiento falimentario e inclusive, el del propio deudor al frente del negocio, por lo que la sustitución del sujeto empresario/administrador permitirá, en última instancia, proteger el interés del mercado en la continuidad de la actividad útil.

§ 12. ALGUNOS PRINCIPIOS VINCULADOS CON EL INTERÉS PÚBLICO

Se ha creído conveniente efectuar algunas apreciaciones acerca de ciertos principios relacionados con el orden público concursal, en virtud de la estrecha vinculación existente entre ellos.

La pérdida de la concepción ética en las relaciones humanas, genera hoy la falta de buena fe en un alto porcentaje de los actos y negocios, públicos y privados, concibiendo una gran falla en la seguridad jurídica, y por ende en la inversión¹⁶⁷³, lo que posee origen en la alteración de ciertos principios como el de buena fe y el de información, los cuales emergen vitales en cualquier procedimiento pero, con mayor trascendencia, en

¹⁶⁷² Versión en inglés de la CNUDMI (United Nations Commission on International Trade Law).

¹⁶⁷³ Cfr. RICHARD, Efraín H., *Ensayo en torno a buena fe e insolvencia societaria* en “Tratado de la buena fe en el derecho”, Dir. Marcos M. Córdoba, ed. La Ley, (2004), t. I, pág. 781.



los procesos colectivos en los que existe una universalidad de intereses y conflictos.

12.a) Principio de buena fe

La *bona fide* no es una exigencia exclusiva del derecho concursal ni presenta actualidad alguna ya los romanos profesaban que la *bona fides est primum mobile et spiritus vivificans commercii* (la buena fe es el principal móvil y el espíritu vivificador del comercio).

La buena fe a secas como sentencia DIEZ-PICAZO es «un concepto jurídico para describir o delimitar un supuesto de hecho»¹⁶⁷⁴, lo que en términos coloquiales podría traducirse en una ordenación de la conducta con efectos jurídicos. El sujeto que omitiere una conducta debida será responsable, en tanto y en cuanto, la misma sea contraria a la honradez que debe imperar en las relaciones contractuales o a la que debe exteriorizar cualquiera que concurre a los estrados judiciales a los fines de lograr la protección de sus derechos.

Más allá de que esta idea acerca del concepto de buena fe se emparente más con los contratos que con los demás procedimientos en los cuales no se juzga *ab initio* el actuar de un sujeto en sus relaciones con terceros, lo cierto, es que existen algunas conductas que, exteriorizadas por el *cessatus* antes o durante el trámite del proceso universal, terminan sirviendo de base o sostén para juzgar la verdadera intención demostrada por el sujeto *in malis*. Así *v. gr.* en la descripción del pasivo existente al momento de la presentación concursal; en la valuación y composición precisa del activo existente al momento de la presentación; en las causas que generaron el desequilibrio económico; en los pagos que haya efectuado; en los acuerdos que celebre el deudor (*ex ante* y *ex post* a la presentación); en la formulación de la propuesta concordataria y en la recomposición del activo, entre otros.

En frases breves y concisas, SCHÖNLE parafraseando sentencias de los tribunales suizos ha expresado que la buena fe es un principio de al-

¹⁶⁷⁴ WIEACKER, Franz, *El principio general de la buena fe*, prólogo de Luis DIEZ-PICAZO, (2ª edición), Cívitas, Madrid, (1986), .pág. 11.

cance completamente general, una guía para la aplicación de la ley, un límite al ejercicio de cualquier derecho¹⁶⁷⁵.

La ley concursal colombiana establece como finalidad del proceso liquidativo, “propiciar y proteger la buena fe en las relaciones comerciales y patrimoniales en general y sancionar las conductas que le sean contrarias” (art. 1)¹⁶⁷⁶. Asimismo, entre sus principios propicia “la negociación entre los interesados en forma no litigiosa, proactiva, informada y de buena fe, en relación con las deudas y bienes del deudor” (art. 4 inc. 5º)¹⁶⁷⁷.

Si bien es cierto que la ley 24.522 no hace una referencia expresa a la buena fe que debe observar el deudor o terceros durante el trámite falencial, si existen algunos pasajes en la normativa falimentaria de los que puede desprenderse la intención del legislador por refrendar este principio. Así por ej. al disponer la separación de la administración por parte del deudor, cuando este contravenga lo estatuido en los arts. 16 y 25 de la ley concursal; en la valoración para homologar una propuesta concordataria (art. 52 *in fine*, LCQ); en la readquisición de la posesión por parte del tercero, al requerir que se desinterese al acreedor prendario (art. 140 inc. 3º, LCQ) o, en su caso, al declarar oponible al concurso los boletos de compraventa de inmuebles adquiridos pagando el 25% del precio¹⁶⁷⁸ (art. 146, LCQ).

Esta aseveración ha sido convalidada por la Corte Nacional cuando reafirma este principio en aras de la protección del interés de los acreedores y la buena fe negocial¹⁶⁷⁹ toda vez que el principio cardinal de la bue-

¹⁶⁷⁵ SCHÖNLE, Herbert, *Rapport suisse en “Travaux de l’Association Henri Capitant. Journées Louisianaises. La bonne foi”*, t. XLIII, pág. 103.

¹⁶⁷⁶ Cfr. Art. 1 del Régimen de Insolvencia de Colombia, Ley 1116/2006 (27/12/06).

¹⁶⁷⁷ Cfr. Art. 4 del Régimen de Insolvencia de Colombia, Ley 1116/2006 (27/12/06).

¹⁶⁷⁸ La Corte Nacional más allá de rechazar el remedio por tratarse de cuestiones de derecho común ajenas a la instancia extraordinaria, ha admitido –tácitamente– la existencia de una conjunción de requisitos para oponer al concurso la compra de inmuebles: 1) que el tercero haya abonado el 25% del precio como mínimo y, 2) que se trate de un adquirente de buena fe. Cfr. C.S.J.N., “Libertore, Juan Carlos c. Nogoyá S.A.I.C.F.I., Fallos 301:402 (1979).

¹⁶⁷⁹ En el precedente la Corte desestimó un recurso extraordinario interpuesto en contra de un pedido de levantamiento de la quiebra declarada, sin que el deudor hubiere acreditado el depósito previo del importe actualizado de lo que adeudaba a los acreedores no avenidos a aquel modo de conclusión del procedimiento, con más sus intereses al 6% priorizando principios del ordenamiento. Cfr. C.S.J.N., “Rodríguez Barro S.A.I.C. s/quiebra”, Fallos 299:371 (1977).

na fe cimienta todo el ordenamiento jurídico, al arraigarlo con las tradiciones éticas y sociales de nuestra cultura¹⁶⁸⁰.

Evidentemente, parece una perogrullada pregonar que el deudor y los acreedores deben actuar durante el trámite del proceso colectivo de buena fe, ya que no podría admitirse la existencia de alguna norma que indicara conducirse de otra forma¹⁶⁸¹ (*v. gr.* de mala fe).

La conducta de quienes participan en procesos de insolvencia debe estar ordenada a la satisfacción de los intereses colectivos de la comunidad que se forma con motivo del inicio del proceso universal. Tanto el deudor, cuanto los acreedores, socios, administradores (en caso de sociedades) y el síndico, deben observar una actitud recta que permita la consecución del objeto social en miras de complacer a los acreedores –quienes expectantes esperan una respuesta satisfactoria– y a los socios que, con la recuperación de la hacienda, verán con cierta esperanza como se logra equilibrar el difícil balanceo entre capital y riesgo empresario.

El deudor –cuando inicia un trámite concursal (APE o concurso preventivo)– al mantener la administración de su patrimonio (art. 15, LCQ) debe justificar con hechos ser merecedor de la solución preventiva, ya que sería un absurdo pretender que, amparado en la conservación de la empresa o la continuidad de la explotación se admita el fraude¹⁶⁸² en perjuicio de los acreedores. Otros mecanismos, como la separación de la administración (art. 17, segundo párrafo, LCQ) o la designación de un coadministrador, un veedor o un interventor controlador (art. 17, cuarto párrafo, LCQ), pueden resultar medidas efectivas para paliar conductas inadecuadas, sin tener que llegar a la declaración de quiebra; al ser ésta última, una sanción de mayor envergadura que puede perjudicar otros intereses, con la motivación enmascarada de sancionar una conducta indebida por parte del deudor.

Otra posibilidad que se presenta para castigar al deudor que *non bonam fidem agere* (no actúa de buena fe) es forzarlo en el límite de quita

¹⁶⁸⁰ C.S.J.N., “Actuar Agrupación Consultores Técnicos Universitarios Argentinos S.A. y otros c. Agua y Energía Eléctrica Sociedad del Estado s/contrato administrativo”, Fallos 325:1787 (2002).

¹⁶⁸¹ Cfr. VERNENGO, Roberto J., *Los principios de la buena fe* en “Tratado de la buena fe en el derecho”, Dir. Marcos M. Córdoba, ed. La Ley, (2004), t. I, pág. 27.

¹⁶⁸² C.S.J.N., “Manuel Touriño, en juicio de quiebra s/concordato”, Fallos 92:87 (1901).

concurzal que pretenda proponer a los acreedores; como por ejemplo que la propuesta de pago no contenga una quita superior al 40% del valor nominal de los créditos dentro de cada categoría. De esta forma, el *cessatus* ajustará su conducta a la que se exige a los administradores en el régimen societario: “a la de un buen padre de familia” (art. 59, LSC), conforme lo ha entendido inveteradamente la doctrina nacional.

Adviértase que cuando el deudor falsea los datos en su presentación concursal en relación a la composición del pasivo o el activo (art. 11 inc. 3º, LCQ), no obstante lograr las mayorías necesarias para obtener la homologación del acuerdo; el mismo podrá ser impugnado por algunas de las causales establecidas en el art. 50 inc. 3º y 4º (exageración fraudulenta del pasivo u ocultación o exageración fraudulenta del activo), con lo que se puede hacer caer un arreglo a pesar de contar con las mayorías necesarias, simplemente, por haber defraudado a los acreedores en su buena fe.

De lo dicho se extrae que la buena fe no está reflejada en la ley concursal en normas de conducta a seguir sino en la sanción que de ellas realiza el ordenamiento ante la inobservancia del deudor al comportamiento que le es exigible. Tal como fuera referido con gran precisión hace ya un decenio, la buena fe ha sido erigida en un principio que las partes deben observar, pero también concierne a los jueces velar por su efectiva vigencia¹⁶⁸³.

No resultaría correcto afirmar que toda obligación es o debe ser cumplida de buena fe, esta remisión al criterio de que la moral (alguna moral) sea el criterio final de fundamentación de la aplicación de normas jurídicas genera incertidumbre e inseguridad. Ello así, por cuanto, no toda conducta debe ser sancionada ya que existen algunos procederres que no son objetivamente reprochables. Así por ej. si el deudor no cumple el acuerdo, no existe violación a la buena fe aunque ello importe la declaración de su quiebra a raíz del incumplimiento.

La *treu und glauben* (buena fe) de la que da noticia el derecho alemán resulta de aplicación como pauta interpretativa utilizable razonablemente, cuando el derecho objetivo ofrece lagunas normativas o lagunas axiológicas¹⁶⁸⁴, por lo tanto, su función es integradora del orden jurídico

¹⁶⁸³ Cfr. MONTI, José Luis, *El concordato como negocio jurídico. Sobre la homologación del acuerdo y las atribuciones del juez del concurso*, L.L. 2000-F-1089.

¹⁶⁸⁴ Cfr. VERNENGO, *op. cit.*, t. I, pág. 30.



(tanto del público como del privado) y son los jueces quienes deben tener la entereza suficiente para modular con prudencia su efectivo cumplimiento.

Como profesa el maestro MORELLO «nada es liso y sin arrugas en el Derecho como en la vida; lo imprevisto y los cambios participan de continuo y no dejan de estar en la esfera de la justicia»¹⁶⁸⁵ y las cuestiones relacionadas con la buena fe cada vez se presentan con mayor interés convirtiéndose el *principle* en un elemento informador e integrador del ordenamiento concursal.

12.b) Principio de información

De acuerdo a la Real Academia Española, informar proviene del latín *informāre* que en su primera acepción significa enterar, dar noticia de algo¹⁶⁸⁶. Se ha dicho con cierta precisión que la mano invisible del mercado es hoy la información¹⁶⁸⁷, por cuanto ella permite mejorar las comunicaciones y efficientizar la asignación de recursos.

Existen diversos pactos o declaraciones realizados a nivel internacional que han reconocido de una forma u otra la naturaleza fundamental del derecho al libre acceso a la información, así como la necesidad de que éste se proteja expresamente por leyes que estén encaminadas a que este derecho se respete y se implemente en la práctica. Entre otras normas e iniciativas, cabe mencionar:

- La Declaración Universal de los Derechos Humanos (art. 19);
- El Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos (art. 19);
- La Convención Americana de Derechos Humanos (art. 13)
- La Convención Europea de Derechos Humanos (art. 10).

Uno de los principios admitido por el INSOL (*International Federation of Insolvency Professionals*) es el de la información, por medio del cual, el deudor está obligado a proporcionar y permitir que los acreedores accedan a toda la información relativa a sus activos, pasivos, las empre-

¹⁶⁸⁵ MORELLO, Augusto M., *El derecho a la Vida*, ed. Platense, (2002).

¹⁶⁸⁶ Diccionario de la Real Academia Española, (22ª edición), ed. Espasa-Calpe.

¹⁶⁸⁷ Cfr. MIMOLA, Antonio C., *Risanamento delle imprese, mercato e parità di trattamento*, Giuffrè, Milán, (2004).

sas relacionadas y las perspectivas a futuro, en forma razonable y oportuna, con el fin de estudiar y evaluar las propuestas que puedan efectuarse a los *creditors (fifth principle)*¹⁶⁸⁸.

La ley concursal no posee un dispositivo que obligue al deudor a informar, sin embargo, si posee un régimen sancionatorio si éste no cumple con este deber (art. 17, LCQ) pudiendo, en tal caso el juez, separarlo de la administración. No obstante, este derecho-deber no es patrimonio exclusivo del deudor, el síndico (arts. 33, 35, 39, 190, 191, 200, LCQ), el comité de control (art. 260, LCQ) y los propios acreedores cuando les sea ello requerido (art. 33, LCQ), están compelidos a colaborar con el desarrollo del proceso brindando todos los datos que les sean solicitados. Apostillando, la obligación de informar del deudor, cuando el juez o el síndico lo requieran (art. 17, LCQ); las facultades de las que dispone el síndico para requerir documentación en poder del deudor o de los acreedores a los fines de elaborar el informe sobre los créditos (art. 33, LCQ); la información que fuere requerida cuando se dispusiere la continuidad de la explotación de la empresa (art. 191, LCQ) o, cuando se le confieren facultades al comité de control para cumplir su cometido como órgano de contralor (art. 260, LCQ) e inclusive, aquella que debe ser remitida al Registro Nacional de Concursos y Quiebras (art. 295, LCQ).

Ya el informe *Sudreau* en Francia que bregó por la creación de sistemas de alerta y de mejora de la información de los interesados en la supervivencia de la empresa –aunque cabe destacar que en la ley concursal 24.522 no existe un procedimiento de coordinación de la información que debe brindar el deudor y/o sus administradores, tanto para los accionistas, cuanto para los acreedores, anterior y posterior al inicio del procedimiento¹⁶⁸⁹– declamaba procedimientos precisos de información de los negocios del deudor.

En otras latitudes es tan fuerte este principio que por ejemplo el *Bankruptcy Code* requiere información completa por parte del deudor a

¹⁶⁸⁸ Si bien los criterios referidos en estos principios responden a las divertivas y recomendaciones brindadas desde la Asociación de Bancos Británicos y los principales Bancos internacionales, representan una guía que inspira el ordenamiento concursal, puesto que a mayor información, mayor será la respuesta por parte de los acreedores a la hora de evaluar las propuestas de pago. Cfr. INSOL International, *Statement of Principles for a Global Approach to Multi-creditor Workouts*, London, (2000), pág. 3.

¹⁶⁸⁹ Cfr. CÁMARA, *op. cit.*, vol. III-B, pág. 670.

los fines de dar curso a una presentación. A punto tal, que el ocultamiento de información por parte del *debitor* podría implicar el archivo del expediente, derechamente (*Chapter 11*).

Por su parte, el Régimen de Insolvencia de Colombia establece entre sus principios rectores el principio de información en virtud del cual, “deudor y acreedores deben proporcionar la información de manera oportuna, transparente y comparable, permitiendo el acceso a ella en cualquier oportunidad del proceso”¹⁶⁹⁰.

En el ámbito nacional y, a pesar de que en el marco del derecho societario se ha trabajado arduamente con el derecho de información de los socios y el deber de comunicación de los administradores (art. 64, 65, 294 y 295, LSC), la ley concursal goza de cierto vacío en la materia. Sin embargo, a partir del caso “Celulosa S.A.”, en el que fuertes créditos de origen americano chocaron con el espíritu proteccionista del viejo art. 4 de la ley de quiebras, se desató una verdadera disputa en relación a ciertas acreencias, que provocaron un verdadero caos, al punto que motivó la reforma de la ley de sociedades y la ley concursal a ese solo efecto; con lo que el legislador dio nacimiento a la ley 22.985 (Adla, XLIII-D-3977)¹⁶⁹¹.

La ley 22.985 –precursora en materia de derecho a la información– obligó a los liquidadores a informar a los socios cada tres meses y, en caso de que la liquidación se extendiere, la obligación de confeccionar balances anuales, lo cual resulta extensivo en el caso de quiebra.

La presentación concursal preventiva pone en marcha un procedimiento en el que resulta de vital importancia para la consecución de los fines previstos, la información que suministre el deudor acerca de su patrimonio, del pasivo existente, de los contratos en curso de ejecución celebrados, de los procesos judiciales y administrativos en trámite, toda vez que ello resulta de fundamental importancia para un correcto conociemien-

¹⁶⁹⁰ Art. 4 inc. 4º: Principios del régimen de insolvencia, Ley 1116/2006, Colombia, (27/12/06).

¹⁶⁹¹ Si bien es cierto que la ley 22.985 modificó el art. 2 de la ley 19.551 en relación al concurso del deudor domiciliado en el extranjero respecto de bienes existentes en el país. La reforma más trascendente vino de la mano de la modificación al art. 104 de la Ley de Sociedades Comerciales que impuso a los liquidadores el deber de informar a los socios, como mínimo en forma trimestral, sobre el estado de la liquidación del ente. Cfr. SANCINETTI, Marcelo A., *El artículo 4º de la ley de concursos: historia e histeria de una reforma*, RDCO n.º 17, (1997/98), pág. 139.

to por parte de los acreedores, acerca de la situación patrimonial del deudor y la incidencia que ello podría tener en el cumplimiento de una propuesta concordataria. Por ello, se ha dicho que el principio de investigación judicial –característico del proceso concursal– tiene su punto de partida en la idea de que, sobre y por encima de las partes, existe un bien jurídico al que éstas quedan subordinadas, convirtiéndose, por ello, en objetos de interés general¹⁶⁹².

Como contrapartida, la falta de presentación de información imprescindible para recomponer el pasivo del deudor y reestructurar el activo (art. 11, LCQ) podrá generar un severo requerimiento por parte del *iudex*, como una suerte de advertencia, pudiendo llegar inclusive a apartar al sujeto *in malis* de la administración de sus bienes (art. 17, LCQ) en caso de que no cumpla con la información que se le requiera. La *ratio iuris* de este derecho-deber reside en la protección del interés de los acreedores y del concurso.

La ley 26.684 impuso al deudor como recaudo adicional de cumplimiento para la admisibilidad de la presentación preventiva, la obligación de acompañar información que permita acreditar la nómina de empleados, domicilio, categoría laboral, antigüedad y última remuneración recibida por éstos, juntamente con declaración sobre la existencia de deuda con el trabajador y con los organismos de seguridad social, la cual debe ser acompañada con certificación emitida por contador público nacional (art. 11 inc. 8°, LCQ, t.o. 26.684).

Si bien esta imposición adicional exigible al deudor permite conocer con mayor precisión cual es el pasivo laboral existente a la fecha de la presentación concursal, no menos cierto es que esta información complementaria, no permitirá incrementar el conocimiento acerca de las actividades del deudor, la evolución de la hacienda, el destino dado a ciertos bienes y la incidencia que la deuda laboral pudiere tener sobre el pasivo total. Obsérvese, que nada se dice acerca del plan de saneamiento que implementará o que debería implementar el deudor a los efectos de poder lograr la tan ansiada recuperación y superación del estado de insolvencia.

¹⁶⁹² Cfr. MAFFÍA, Osvaldo J., *La verificación de créditos*, ed. Depalma, Bs. As., (1988), pág. 80.

Se observa en este punto que, la comunicación que sobre el particular realice el deudor permitirá, antes que nada, conocer el pasivo laboral y fortalecer la eventual intervención de los trabajadores, potenciando el principio de información sobre un costado de la empresa: el laboral; pero, no permitirá conocer la situación real e integral de la hacienda a un momento determinado.

Si bien es cierto que la información que pueda así incorporarse al proceso, beneficiaría –antes bien– al sector laboral más que a los acreedores en su conjunto, servirá *ex post* para las futuras negociaciones que pueda llevar a cabo el deudor o terceros con los acreedores (en especial con el sector laboral) a la hora de evaluar la propuesta de pago.

Existen por cierto, diversas clases o especies de información necesaria a los efectos de lograr la tan ansiada recomposición: 1) la que resulta exigible al deudor al momento de su presentación y que hacen al desarrollo de sus actividades *ex ante* la promoción de su concurso; 2) la que periódicamente debe suministrar a los efectos de verificar la evolución de la empresa, el impacto sobre ésta a raíz de la de la suspensión en los pagos (art. 14 inc. 12º, LCQ); 3) la que se exige a los acreedores para su incorporación al pasivo; 4) la que puedan suministrar los socios y 5) la que exista en poder de terceros en relación a los bienes del deudor.

Esta exigencia que surge del deber de informar resulta de absoluta utilidad para colocar a los socios y acreedores en posición de poder exigir del concursado toda la información que haga a los negocios sociales en orden a la recomposición de la empresa. El incumplimiento con la documentación o datos que le sean solicitados importa una presunción que juega en contra de los intereses del concurso y, por ende, debe ser valorada adecuadamente para prevenir actos perjudiciales.

La comunicación que los administradores puedan suministrar, tanto a los socios como a los acreedores acerca de los negocios sociales, informes sobre bienes registrables, propuesta de acuerdo y cuanta más información resulte conveniente y útil para las partes interesadas, permitirá un adecuado *feed back* entre los que administran la empresa y los que están interesados en obtener respuesta a sus reclamos, estimulando la coopera-

ción porque reducen la incertidumbre y dan confianza a los agentes económicos¹⁶⁹³.

El régimen falencial se sostiene también en el principio de información, el que podría definirse como “el enunciado ético de carácter general que obliga a los participantes a conducirse de modo tal que permitan el conocimiento oportuno y eficiente de los datos que les sean requeridos”.

Todos los intervinientes en el proceso concursal están obligados a brindar toda la información que posean. Así por ej. el deudor (art. 11, LCQ), el síndico (art. 14 inc. 11°, 35, 39 y 218, LCQ) y los acreedores (art. 33, LCQ) en las diversas etapas de su actuación. A tal punto esto es de vital importancia, que la información que puedan brindar resulta determinante para la existencia de los créditos laborales (art. 14 inc. 11°, LCQ); para conocer la evolución de los negocios del *cessatus* (art. 14 inc. 12°, LCQ); para la conversión de deudas no dinerarias (art. 19, LCQ); para determinar el porcentaje de acreedores necesarios que concurrirán a prestar conformidad para la propuesta de desistimiento del concurso (art. 31, LCQ); para conocer los acreedores concurrentes (art. 35, LCQ); para saber cuales fueron las causas del desequilibrio económico y demás datos referidos a bienes y deudas (art. 39, LCQ); para determinar la fecha inicial del estado de cesación de pagos (art. 117, LCQ); para la verificación de créditos entre fallidos (art. 170, LCQ); para disponer la continuidad de la explotación de la empresa (art. 190, LCQ); para distribuir los fondos resultantes de las tareas de liquidación del activo (art. 218, LCQ); para informar a los acreedores sobre las gestiones realizadas (art. 260, LCQ), todo lo cual contribuye a dar certeza y seguridad sobre las operaciones realizadas y el desarrollo de la hacienda.

Este *principio* permitirá determinar la conducta desplegada por el deudor, antes y después de la presentación concursal y, en base a ello, determinar los actos ineficaces en perjuicio de los acreedores; si es merecedor de continuar al frente de la administración de la empresa o, si por el contrario, resulta necesario designar un veedor o si el mismo ha incurrido en una conducta reprochable penalmente (art. 176, Cód. Pen.), sin perjui-

¹⁶⁹³ Cfr. AYALA ESPINO, José, *Instituciones y Economía - una introducción al neoinstitucionalismo económico*, FCE, México, (1999), pág. 73 y 76 cit. por FAVIER DUBOIS, Eduardo M. (h.), *La transacción de acciones en el proceso de quiebra. Una categoría muy útil de los “Negocios Concursales”*, L.L: Sup. CyQ, abril, (2008), pág. 43.

cio de las sanciones que para el acreedor también puedan aplicarse por la existencia de colusión con el *debitor* (art. 180, Cód. Pen.).

El principio de información se presenta, de esta forma, como un mínimo inderogable del ordenamiento concursal, por lo que no resulta admisible que so pretexto de incumplir con la exigencia de comunicación que tienen el deudor y el síndico o la cooperativa de trabajo en particular (en el caso de continuar éstos con la explotación durante el proceso de quiebra) se toleren conductas en perjuicio del interés de terceros.

El derecho-deber de información es de carácter imperativo y el mismo no puede ser renunciable, por lo que reviste carácter de orden público y puede ser ejercido por cualquiera de los sujetos que intervengan en el proceso colectivo: el juez, el síndico, los socios y los acreedores, ya que a pesar de que es atribuido a cada uno de los sujetos en forma individual (*ut singuli*), el requerimiento que se haga a los fines de cumplimentar alguna exigencia tendiente a conocer la forma en que el deudor llevó las cuentas del negocio, beneficia al conjunto.

De otro lado, es bueno mencionar que este principio hace a la continuidad de la empresa, ya que la información que se obtenga acerca de los gastos en que incurra la hacienda –en especial aquellos destinados al pago de honorarios de administradores y síndicos, y aquellos otros necesarios para contener un consumo desmesurado que atentan contra la preservación de la hacienda, agravando la insolvencia– permitirá conocer los problemas y encontrar las soluciones.

El deudor y/o los administradores sociales en situación de insolvencia están obligados a actuar de tal modo que el interés individual o social quede absorbido por el interés colectivo y, para cumplir tal cometido, deben satisfacerlo brindando toda la información que les sea requerida, todas las veces que resulte necesario para esclarecer el estado patrimonial del sujeto concursado.

12.c) Principio de supremacía constitucional

El art. 31 de la Constitución Nacional establece el principio de supremacía constitucional fijando prioridad del Estado federal frente a las

autonomías provinciales (art. 121, C.N.) obligando a éstas a adecuarse a aquella¹⁶⁹⁴.

Esta norma engalana dos principios fundamentales del ordenamiento patrio: uno es el de supremacía constitucional y el otro corresponde al de jerarquía de las fuentes del derecho¹⁶⁹⁵.

Su fuente jurígena proviene del art. 6° de la Constitución de EE. UU. conforme al cual, la Constitución Nacional y los tratados con potencias extranjeras que la Nación celebre son ley suprema, debiendo las leyes (nacionales o provinciales) adecuarse a sus postulados, por lo que corresponde al legislador al sancionar la ley *aggiornar* sus proposiciones a las disposiciones constitucionales. El problema se plantea cuando el legislador omite esta imposición y la ley que sanciona, luego, se advierte que es injusta. Frente a esta posición, podría alegarse: la ley es dura pero es la ley, conforme lo indica la máxima romana.

Como respuesta a tal interrogante se ha llegado al punto que la ley no se ajusta a las realidades sociedades –en permanente transformación y cambio– sino que son éstas las que, como el lecho de Procusto, tratan de acomodarse a una disposición legal aunque ésta fuera ilógica y contraria a los principios generales del derecho¹⁶⁹⁶.

El control de constitucionalidad tiene su origen en Estados Unidos en el célebre caso: “William Marbury vs. James Madison, (Secretary of State of the United States)”¹⁶⁹⁷, en el que la Corte estadounidense admitió por voluntad pretoriana el control de constitucionalidad de las leyes dictadas por los otros poderes y, de esta manera, fijó el poder de *imperium*

¹⁶⁹⁴ Art. 31 C.N.: “Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley Suprema de la Nación; y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ella, no obstante cualquiera disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales, salvo para la Provincia de Buenos Aires, los tratados ratificados después del pacto de 11 de noviembre de 1859”.

¹⁶⁹⁵ Cfr. GELLI, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina – Comentada y Concordada*, (3ª edición), 2ª reimp., ed. La Ley, Bs. As., (2007), pág. 364.

¹⁶⁹⁶ Cfr. FERNÁNDEZ, Raymundo L., *Fundamentos de la Quiebra*. ed. Compañía Impresora Argentina, Bs. As., (1937), pág. 816.

¹⁶⁹⁷ U.S.S.C., “Marbury, William v. Madison James, Secretary of State of the United States, 5 U.S. (William Cranch, 1) 137-180 (1803).

del Poder Judicial para controlar los casos que sean sometidos a su decisión adecuándolos a la Constitución.

En nuestro país, este control de constitucionalidad presenta dos caracteres: 1) es difuso, es decir, lo ejercen todos los jueces de la Nación en las causas que les toque intervenir¹⁶⁹⁸ y 2) es excepcional, esto significa, que el control se realiza en ocasión de la existencia de una causa judicial, en la cual existen –normalmente– intereses jurídicos encontrados, limitando sus efectos al caso en el que debió intervenir el tribunal¹⁶⁹⁹.

Conforme estos conceptos no puede admitirse una petición genérica de inconstitucionalidad, desnaturalizando la institución de la quiebra y desconociendo su fundamento económico-jurídico, por el hecho de que el texto legal contenga expresiones defectuosas y confusas; si el procedimiento colectivo se ha instituido como una defensa contra la insolvencia y en salvaguarda del crédito¹⁷⁰⁰, sin embargo, corresponde la declaración de inconstitucionalidad de una disposición de la ley de bancarrotas cuando la misma repugne el orden constitucional.

Tal por ejemplo lo sucedido en la causa “Institutos Médicos Antártida S.A. s/quiebra s/incidente de verificación por: R. A. F. y de L. R. H. de F.”, dictada por el Juzgado de primera instancia en lo Comercial n.º 20¹⁷⁰¹, en la que se admitió la verificación del crédito insinuado por los padres de un menor discapacitado derivado de una sentencia por mala praxis, y le otorgó el privilegio especial y general con fundamento en las disposiciones de la Convención Internacional de los Derechos del Niño¹⁷⁰², el cual reviste jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22, C.N.) (*vide* Capítulo VIII § 8). Del precedente citado se desprende que el juzgador al momento de decidir una cuestión en la que se encuentre en juego una

¹⁶⁹⁸ Cfr. S.C.J.N., Fallos 149:126; 254:437; 331:1664, entre tantos otros.

¹⁶⁹⁹ Cfr. S.C.J.N., Fallos 243:176; 256:104; 327:1813.

¹⁷⁰⁰ Cfr. FERNÁNDEZ, “Fundamentos...”, *op. cit.*, pág. 819.

¹⁷⁰¹ Los incidentistas no plantearon la inconstitucionalidad del régimen de privilegios de la ley concursal. *Ad maiori ad minus* los padres del menor solicitaron una medida de tutela de satisfacción inmediata del crédito con fundamento en el art. 3º *in fine* de la ley 26.061, solicitando el pronto pago del crédito, L.L. 2007-E-552.

¹⁷⁰² Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en la ciudad de Nueva York (Estados Unidos de América), el 20 de noviembre de 1989. Aprobada por la República Argentina según la ley 23.849 (sancionada el 27/9/90; promulgada de hecho el 16/10/90; publicada en el B. O. el 22/10/90), (EDLA, 1990-203).

norma constitucional, debe decidir aplicando la Constitución y, por lo tanto, dejar de lado la ley, ya que aunque esta revista el carácter de ser general, no queda al margen del control de constitucionalidad.

En este mismo sentido, la *Corte Costituzionale* italiana tuvo oportunidad de expedirse mediante sentencia n.º 39 del año 2008 que declaró la inconstitucionalidad del art. 50¹⁷⁰³ y 142 de la L.F. (anterior a la entrada en vigor del Decreto Legislativo 09 de enero 2006) al sostener que “la incapacidad personal derivada de la declaración de falencia no puede persistir más allá del final del procedimiento de quiebra”¹⁷⁰⁴. La decisión versó sobre una disputa llevada a cabo por un farmacéutico, quien fuera excluido de la clasificación final en un concurso público para la provisión de dos puestos de drogas, porque en la revisión de los requisitos de admisión, la administración consideró que el sujeto había sido declarado en quiebra por sentencia del año 1986 y aún continuaba inscripto en el registro público de quiebra, ya que nunca obtuvo la rehabilitación.

Idéntico pronunciamiento realizó la máxima autoridad judicial italiana en relación al art. 143 del *Regio Decreto* 16 marzo 1942, n.º 267 (*Disciplina del fallimento, del concordato preventivo e della liquidazione coatta amministrativa*), en tanto, el objetivo de liberar al fallido de las

¹⁷⁰³ Art. 50 L.F.: “I. Nella cancelleria di ciascun tribunale è tenuto un pubblico registro nel quale sono iscritti i nomi di coloro che sono dichiarati falliti dallo stesso tribunale, nonché di quelli dichiarati altrove, se il luogo di nascita del fallito si trova sotto la giurisdizione del tribunale. II. Le iscrizioni dei nomi dei falliti sono cancellate dal registro in seguito a sentenza del tribunale. III. Finché l'iscrizione non è cancellata, il fallito è soggetto alle incapacità stabilite dalla legge. IV. Le norme per la tenuta del registro saranno emanate con decreto del Ministro per la grazia e giustizia. Fino all'istituzione del registro dei falliti le iscrizioni previste dal presente articolo sono eseguite nell'albo dei falliti attualmente esistente”.

¹⁷⁰⁴ C.C.I.: Sentenza 39/2008, Presidente Bile - Redattore Amirante, massime: 32128-32129, Atti decisi: ord. 426/2007, 25/02/2008. El fallo con cita del Tribunal de Strasburgo sostiene, que “debido a causa de la naturaleza automática de la inclusión del nombre del fallido en el registro y de la ausencia de una evaluación y una solicitud de revisión judicial derivada de la incapacidad de esta entrada y del período de tiempo asignado para obtener la rehabilitación, la ingerencia prevista en el artículo. 50 de la *Legge Fallimentare*, el derecho al respeto de la intimidad de los candidatos no es necesaria en una sociedad democrática en virtud del artículo. 8, § 2 de la Convención”, y señaló la violación del artículo. 8, después de afirmar que el concepto de “vida privada”, considerada por esta regla, “no excluye, en vía de principio, las actividades de carácter profesional o comercial, ya que justo en el mundo del trabajo las personas han mantenido un gran número de relaciones con el mundo exterior”.



deudas no satisfechas dentro del año de clausura de la quiebra podría justificarse en el beneficio de liberar al deudor de las deudas residuales¹⁷⁰⁵.

Concluyendo, que el texto de la ley de quiebras sea imperfecto no justifica *per se* cualquier presentación tendiente a la declaración de inconstitucionalidad de alguno de sus postulados. No empece ello, tal criterio de interpretación –restrictivo– no podrá colocar a la ley al margen de los principios fundamentales que sustentan el principio de supremacía constitucional. Por ende, cuando sea necesario por razones de interés público decidir una determinada cuestión al margen de la ley, el juez podrá con fundamento en la Constitución Nacional o en los principios generales del derecho apartarse de la norma y declarar su invalidez o inaplicabilidad al caso bajo examen.

§ 13. ALGUNAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN DE LOS DIVERSOS INTERESES

Uno de los interrogantes que podrían formularse en relación a los diversos intereses comprometidos en el ordenamiento concursal, es de qué forma todos estos permiten un adecuado resguardo, protección y maximización de los fines que procura amparar el régimen falimentario entre la preservación de la empresa y el interés general.

Existen, por cierto, algunas medidas que los magistrados pueden implementar para conjugar todos estos presupuestos en aras de mejorar el procedimiento, hacer más útil las soluciones preventivas y garantizar el interés general que intenta proteger la normativa falimentaria.

Entre los mecanismos que podrían implementarse se podrían enumerar los siguientes: a) efficientizar los sistemas de control y de información del deudor; b) designación de profesionales que colaboren con el deudor (sobre todo en los casos en que exista una unidad empresaria) en la adopción de soluciones a la crisis; c) separación de los administradores que incumplan con sus obligaciones, sin esperar a la declaración de quiebra (ya se ha visto la ineficiencia de esta forma de proceder); d) proteger en forma prioritaria con adecuados sistemas de control y vigilancia, la conservación de la empresa; e) brindar una adecuada protección de los

¹⁷⁰⁵ C.C.I.: Sentenza 181/2008, Presidente Bile - Redattore Napolitano, massime: 32507-32508, Atti decisi: ord. 760/2007, 19/05/2008.



acreedores, de los accionistas y de los trabajadores, mediante la designación de comités de control (comité de acreedores y comité de accionistas); f) incentivar las soluciones preventivas; g) priorizar la liquidación de la empresa como unidad, cuando no sea posible continuar con la actividad; h) mantenimiento de los puestos de trabajo; i) severas medidas de vigilancia del deudor y/o de los administradores en relación a los bienes y pagos que efectuaren con posterioridad a la presentación concursal y el cumplimiento de normativas que tiendan a proteger el medioambiente, entre otras. En definitiva, estas medidas se derivan de los diversos intereses que intenta preservar la ley de quiebras y tienden a resguardar el interés público.

En este sentido, se ha puntualizado con gran precisión que en los procesos concursales es menester aplicar la regla sobre la contemplación del resultado de la aplicación de la ley (pues, en algunos casos, ciertas soluciones amplias pueden conducir a situaciones valorativamente superiores a las que surgirían de una aplicación formalista o estricta)¹⁷⁰⁶.

Debe estarse, por ende, al interés superior que requiere protección o resguardo, requiriendo en cada caso una justificación razonable de la petición en aras de argumentar la decisión. Ejemplificando, no por el mero hecho de mantener una empresa en funcionamiento se permitirá ocasionar daño al medioambiente con las consecuencias que ello puede acarrear, no solamente para la flora y fauna, sino también, para el ser humano.

Un caso interesante en este sentido, es el que se planteo en el concurso preventivo de la firma Papelera Quilmes (ex Massuh S.A.) en el que el juez en lo Contencioso Administrativo de La Plata dispuso el cierre preventivo de la planta de celulosa de la firma mencionada, atento el daño ambiental generado por la misma en la producción de papel¹⁷⁰⁷. El *a quo* fundamentó su decisión en el hecho que de conformidad con los principios generales que rigen en materia ambiental, *v. gr.* principios de

¹⁷⁰⁶ ALEGRIA, Héctor, *Breve apostilla sobre la flexibilidad en la interpretación de la ley concursal*, La Ley, Sup. CyQ 2004 (septiembre), Derecho Comercial - Concursos y Quiebras - Doctrinas Esenciales, t. I, pág. 741.

¹⁷⁰⁷ Cfr. Juz. Cont. Adm., La Plata, “Vela Darío René y otros c. Massuh S.A. y otros s/repuracion o recomposición de daño ambiental”, (R)-2539/05, 09/09/09.

prevención y precaución¹⁷⁰⁸, la protección del medioambiente (constitucionalmente receptada por los arts. 41 de la C.N. y 28 de la CPBA) constituye un supuesto de interés público prevalente que resulta determinante a la hora de ordenar la suspensión o el mantenimiento de determinadas actividades que inciden positiva o negativamente sobre el ambiente, a la vez que impone prudencia en el conocimiento y decisión de la controversia, a fin de no vulnerar dicho interés¹⁷⁰⁹. El juez entendió que en el caso, la protección del medioambiente no constituye mero interés público singular, sino colectivo¹⁷¹⁰, el cual merecía adecuada tutela. No obstante, la medida cautelar ordenada inmediatamente, los administradores de los activos de Papelera Quilmes a mérito del contrato de locación celebrado con Papelera Massuh S.A. s/concurso preventivo, arribaron a un acuerdo para levantar la medida y reparar el daño ambiental.

La ley concursal posee disposiciones de orden público, de la misma forma que la ley 25.675 lo establece en el artículo 3° (Ley General del Ambiente, Adla, 2003-A-4). Ambas normas no se contraponen, pero se complementan en orden a la protección del interés de mayor peso e importancia (ZAGREBELSKY)¹⁷¹¹ que, en el caso anotado, no puede ser otro que el de la preservación, conservación, recuperación y mejoramiento de la calidad de los recursos ambientales (art. 2, LMA) necesarios para preservar la salud de la población.

Por ende, podría sostenerse que frente a la continuidad y conservación de la empresa –en este particular y especial presupuesto– (interés

¹⁷⁰⁸ Cfr. CAFFERATTA, Néstor A., *El principio de prevención en el derecho ambiental*, Revista de Derecho Ambiental, N° 0, ed. Lexis Nexis, Bs. As., (2004), pág. 9-10.

¹⁷⁰⁹ Juz. Cont. Adm., La Plata, “Vela Darío René y otros c. Massuh S.A. y otros s/reparación o recomposición de daño ambiental”, (R)-2539/05, 09/09/09.

¹⁷¹⁰ En el precedente citado el agente fiduciario: Nación Fideicomisos S.A., en su carácter de administrador del fideicomiso “Fideicomiso Financiero y de Administración Empresa Papelera de Quilmes” y locatario de la firma concursada Papelera Massuh S.A., arribó a un acuerdo en fecha 24/09/09 con los vecinos de la localidad de Quilmes –en el marco de la pretensión colectiva–, con el objeto de lograr el cese, remediación, y adecuación de emanaciones líquidas, gaseosas, sólidas y ruidos molestos provenientes de la planta papelera propiedad de Massuh S.A., por el cual el Fideicomiso Financiero y de Administración se comprometía a reducir las emisiones gaseosas, eliminar los efluentes de líquidos industriales, ruidos molestos y control de emisiones atmosféricas.

¹⁷¹¹ Cfr. ZAGREBELSKY, Gustavo, *El Derecho dúctil. Ley, Derechos, justicia*, trad. Marina Gascón, (2ª edición), ed. Trotta, Madrid, (1997), pág. 125.



público singular) aparece un interés de mayor valor y jerarquía, como es el de la protección del medioambiente (interés público colectivo) que apoyado en los principios de prevención y precaución (art. 4, LMA), contribuyen con un marco adecuado a proteger los intereses de la comunidad; por cuanto, los bienes tutelables en el daño ambiental, representan mayor entidad y envergadura que los que comprende la estrecha relación entre deudor y acreedores.

§ 14. DISPOSICIONES CONCURSALES. ¿CUÁLES SON DE ORDEN PÚBLICO?

Sin perjuicio del reconocimiento que la doctrina judicial ha realizado de la ley concursal al considerarla ley de orden público¹⁷¹², en el caso de la ley de quiebras el legislador se ha apartado del mecanismo tradicional utilizado para anunciar el carácter de orden público de la norma. En efecto, efectuando un análisis meduloso de la ley de concursos en ninguno de sus apartados la misma hace referencia alguna al carácter de “ley de orden público” (tal como luce de otras disposiciones legales), salvo la leyenda genérica referida en el art. 293, que declara inoponible toda norma o disposición reglamentaria que se oponga a la misma.

Sin perjuicio de la autosuficiencia del régimen falencial, el legislador ha dejado abierta la puerta para los casos no contemplados, permitiendo que el juez decida “aplicando las normas de las que sean análogas, atendiendo a la debida protección del crédito, la integridad del patrimonio del deudor y de su empresa, el estado de concurso y el interés general” (art. 159, LCQ).

Conforme ello, caben algunas reflexiones sobre el particular: 1) que la referencia genérica a que cualquier otra disposición que se oponga a la ley concursal resulta inaplicable, no la convierte *per se* en norma de orden público y, 2) que la apelación a normas análogas tendientes a proteger el interés general, cuando la ley silencie alguna situación no prevista, resulta fundamento insuficiente para considerar a toda la ley concursal de orden público.

¹⁷¹² C.S.J.N., “Banco Sidesa S.A. s/quiebra”, Fallos 328:637, 05/04/2005; “Resinas Misioneras S.A. s/quiebra”, Fallos 324:2480, 23/08/2001.

Cuando el legislador ha querido otorgar carácter de orden público a una norma, lo ha hecho sin reservas, por ej. lo ocurrido con las leyes 13.246 (art. 1, Adla, 1948-85), 14.005 (art. 14, Adla, 1950-A-243) 18.832 (art. 4, Adla, 1970-C-3112), 20.094 (arts. 32, 28 y sig., Adla, 1973-A-170), 20.744 (art. 21 y 256, Adla, 1974-D-3207), 23.091 (art. 29, Adla, 1984-D-3712), 23.982 (art. 16, Adla, 1991-C-2898), 24.240 (art. 65, Adla, 1993-D-4125), 24.051 (art. 66, Adla, 1992-A-52), 25.065 (art. 57, Adla, 1999-A-62), 25.284 (art. 27, Adla, 2000-D-4091), 25.326 (art. 44, Adla, 2000-E-5426), 25.466 (art. 3, Adla, 2001-E-5443), 25.675 (art. 3, Adla, 2003-A-4), 25.820 (art. 4, Adla, 2004-A-38), 26.160 (art. 6, Adla, 2007-A-6), 26.167 (art. 17, Adla, 2007-A-36), 26.177 (art. 1, Adla, 2007-A-50), 26.356 (art. 41, Adla, 2008-B-1279), 26.370 (art. 3, Adla, 2008-C-2222), 26.412 (art. 10, Adla, 2008-E-3998), 26.476 (art. 50, Adla, 2009-A-92), 26.529 (art. 23, Adla, LXX-A-6), entre otras, sin mencionar las leyes de emergencia 23.982 (art. 16, Adla, 1991-C-2898), 25.344 (arts. 2 y 13, Adla, 2000-E-5547), 25.561 (art. 19, Adla, 2002-A-44), 25.563 (art. 22, Adla, 2002-B-1602), 25.587 (art. 1, Adla, 2002-C-2860), 25.790 (art. 6, Adla, 2003-E-4966), 25.820 (art. 4, Adla, 2004-A-38), entre otras.

De acuerdo a la consideración efectuada por el legislador en la elenación realizada, puede concluirse que no toda la ley de concursos *in integrum* reviste carácter de orden público, es decir, no todos los artículos de su texto normativo resultan indisponibles para las partes, así como no todos los derechos son absolutos¹⁷¹³.

Existen varias disposiciones de la ley que revisten carácter de orden público: *v. gr.* al requerir la justificación del estado de cesación de pagos como presupuesto necesario para la presentación concursal o declaración de quiebra (art. 1, LCQ); las cuestiones de competencia, toda vez que las partes se encuentran inhibidas para disponer su prórroga¹⁷¹⁴ (art. 3, LCQ); al establecer los sujetos legitimados para iniciar un trámite de concurso o quiebra (arts. 2 y 5, LCQ); la ratificación de la presentación concursal (arts. 6 y sig., LCQ); la resolución de apertura (art. 14, LCQ); los actos prohibidos (art. 16, LCQ); los actos ineficaces (arts. 17 y 118, LCQ); los efectos de la apertura del concurso, con especial énfasis en el de suspen-

¹⁷¹³ C.S.J.N., “Banco de la Pcia. de B.s A.s c. D.G.I. s/Dirección General Impositiva, Fallos 330:4988, 11/12/2007.

¹⁷¹⁴ C.S.J.N., “Tubos Prodinco S.A. s/conc. prev.”, L.L. 2006-C-431.

sión (arts. 20 y 21, LCQ); el régimen de publicidad (arts. 27 y 28, LCQ); las mayorías establecidas por el legislador dentro de cada categoría (art. 45, LCQ); el efecto novatorio del concurso y su aplicación a todos los acreedores (arts. 55 y 56, LCQ); la declaración de quiebra (art. 77, LCQ); la prevalencia de la quiebra solicitada por el deudor en relación al pedido efectuado por el acreedor (art. 82, LCQ); el emplazamiento del deudor en la solicitud de quiebra efectuada por acreedor (art. 84, LCQ); la información y cooperación que debe brindar el fallido y sus administradores para esclarecer su situación patrimonial (art. 102, LCQ); el desapoderamiento (art. 107, LCQ); el sometimiento de los acreedores a las disposiciones de la ley concursal para el cobro de sus créditos (arts. 56 y 125, LCQ); la suspensión del curso de los intereses que devengue todo crédito (arts. 19 y 129, LCQ); las disposiciones sobre contratos en curso de ejecución (arts. 143 y 144, LCQ); la exigibilidad de los aportes no integrados por los socios en caso de quiebra de la sociedad, hasta la concurrencia del interés de los acreedores (art. 150, LCQ); la inoperatividad de la cláusula recisoria en el contrato de seguro por falta de pago (art. 154, LCQ); los supuestos de extensión de quiebra (art. 160 y sig., LCQ); la conservación y administración de los bienes por parte de la sindicatura (art. 179, LCQ); la designación de los integrantes del comité de control (arts. 42 y 201, LCQ, ley 26.684); el orden en que se encuentra previsto la forma de realización de los bienes (art. 204, LCQ); el término de caducidad para el cobro del dividendo concursal (art. 224, LCQ); la clausura del procedimiento de quiebra por falta de activo (art. 232, LCQ); las disposiciones sobre inhabilitación (art. 234, LCQ); el régimen de privilegios (art. 239 y cc., LCQ); las disposiciones sobre honorarios (art. 265, LCQ); la perentoriedad de los plazos (art. 273 inc. 1º, LCQ) y, por último, los plazos de caducidad o prescripción fijados en la ley (arts. 32, 56, 60, 163, 174, 200 y 224, LCQ).

De igual manera –en una respetuosa posición– existen algunas disposiciones de la ley de quiebras que pueden ser libremente dispuestas por el deudor o admitidas por el magistrado y no quedan sometidas *per se* bajo el manto de norma indisponible: *v. gr.* la presentación concursal que puede hacerse en cualquier tiempo mientras la quiebra no se haya declarado (art. 10, LCQ); la falta de cumplimiento con la totalidad de los requisitos formales necesarios para la apertura del concurso (art. 11, LCQ); la continuidad de los contratos en curso de ejecución (art. 20, LCQ); la omisión en que pueda incurrir la sindicatura en el envío de cartas a los



acreedores (art. 29, LCQ); la clasificación y agrupamiento de acreedores (art. 41, LCQ); la propuesta concursal, salvo que la misma sea abusiva o en fraude a la ley (arts. 43 y 52, LCQ); el ofrecimiento de propuestas para acreedores privilegiados, salvo la consideración sobre las mayorías necesarias (arts. 44 y 47, LCQ); la concurrencia o no a la audiencia informativa (art. 45, LCQ); la petición concursal de un conjunto económico (art. 65, LCQ); la celebración y presentación de un APE, no así el mérito para su homologación (art. 69, LCQ); los hechos reveladores del estado de cesación de pagos (art. 79, LCQ); el desistimiento del pedido de quiebra efectuado por el acreedor (art. 87, LCQ); el pedido de conversión de quiebra solicitado por el deudor (art. 90, LCQ); las relaciones contractuales o laborales que posea el deudor en el desempeño de su oficio o profesión (art. 104, LCQ); la aceptación de herencias o legados (art. 111, LCQ); las cuestiones sobre locación de inmuebles (art. 157, LCQ); los casos en los que no tiene previsto solución alguna la ley concursal, con el único límite de la debida protección del crédito, la integridad del patrimonio del deudor y de su empresa, el estado de concurso y el interés general (art. 159, LCQ); las acciones sobre responsabilidad de representantes y terceros (art. 173 y sig., LCQ); la continuidad de la explotación (arts. 189 y 190, LCQ); las obligaciones laborales y de otra naturaleza por parte del adquirente de la empresa en la continuidad de la explotación (art. 199, LCQ); la venta directa cuando por su naturaleza o escaso valor resulte de utilidad para el concurso (art. 213, LCQ); la entrega a asociaciones de bien público de bienes invendibles (art. 214, LCQ); la conclusión de la quiebra por avenimiento o pago total (arts. 225 y 228, LCQ).

Es decir, que no toda la ley falencial sería de orden público como a veces se afirma erróneamente, sino sólo aquellos artículos a los que el legislador y la doctrina judicial, les han asignado tal carácter, con el propósito de garantizar su eficacia e imperio por sobre los intereses individuales. No obstante, tal razonamiento, no impide considerar que detrás de todas las normas que regulan el concurso o la quiebra, existe el interés general que se encuentra por encima de la autonomía de la voluntad particular.

Tal como reza el art. 19 de la Constitución Nacional y el art. 53 del Código Civil, las personas gozan de libertad para realizar todos los actos que no sean expresamente prohibidos; de modo que sólo por ley se puede limitar la autonomía de la voluntad imponiendo en forma imperativa una

norma al declarar inaplicables las que se opondan a ella (art. 293, LCQ). Sin embargo, como se ha visto, no todas las disposiciones de la ley resultan forzosamente imperativas, existe un marco de libertad e independencia en su aplicación, cuyo límite está marcado por el interés general y no por el orden público.

El art. 21 del Código Civil establece que toda ley de orden público es imperativa, por cuanto limita las convenciones de los particulares; pero además, para ser imperativa toda ley debe necesariamente responder a un determinado interés.

El mejor ejemplo en este punto lo representa la ley 25.563 (art. 22, Adla, 2002-B-1602) de reformas al régimen concursal, en la que expresamente el legislador con fundamento en la emergencia caracterizó a la reforma a la ley de concursos como de orden público. A lo que cabe el interrogante: ¿era ello necesario?, ya que la ley de concursos en principio es de orden público. La respuesta, por lógica deducción, no podría ser otra que la negativa, sin embargo, y con fundamento en la situación de crisis financiera y económica que vivía el país, el legislador considero fundamental a los fines de remarcar la indisponibilidad en la libertad de aplicación de algunos institutos, el carácter de orden público de la normativa falencial, remarcando –más allá de las críticas recibidas, al punto que obligaron a su inmediata reforma (ley 25.589)– la pronta aplicación de sus disposiciones.

Evidentemente, la ampliación de los plazos del período de exclusividad (art. 2, ley 25.563), la prórroga del vencimiento del plazo del período de exclusividad en los concursos en trámite (art. 8, ley 25.563), la suspensión por el término de 180 días de las ejecuciones judiciales o extrajudiciales, inclusive las de garantías reales (art. 9, ley 25.563) como así también, la suspensión de los pedidos de quiebra por el término de 180 días (art. 11, ley 25.563) propiciaban la vigencia de una ley que –en el contexto en que fue sancionada y promulgada: emergencia económica, crediticia y financiera– obligaban a su declaración con tal carácter.

Pero, superada en algún sentido aquella emergencia, las leyes posteriores que modificaron el régimen falimentario no fueron consideradas de orden público. Así, la ley 25.589 (Adla, 2002-C-2862) y 26.086 (Adla, 2006-B-1368) ninguna mención hicieron acerca de su promulgación bajo el manto protector del orden público.

En el proceso concursal se dan situaciones jurídicas cuya armonización hace a la actividad jurisdiccional, puesto que además de los intereses privados surgen otros en los que el interés general en el mantenimiento de la paz social desempeña un papel trascendente. El órgano judicial debe actuar de tal forma que la actividad desplegada durante el trámite del concurso por los distintos sujetos intervinientes se encuentre enderezada hacia la conservación de la empresa, la pronta reanudación de su actividad, de la fuente de trabajo y de la paz social, precisamente, en protección del interés general¹⁷¹⁵.

Con esta tesis se quiere afirmar que, si bien varias disposiciones de la ley revisten el carácter de orden público porque los particulares están impedidos de modificar sus postulados, no toda la ley concursal posee tal carácter, en primer término, porque el legislador no le ha signado *expressis verbis* tal naturaleza y, en segundo lugar, porque con miras en el interés general se encuentran adecuadamente resguardados los demás intereses que una legislación protectoria –que se precie de tal– debe abrigar.

§ 15. CRÍTICA A LA POSICIÓN QUE CONSIDERA DE ORDEN PÚBLICO A TODAS LAS RESOLUCIONES JUDICIALES EN EL PROCESO CONCURSAL

Con apego a la disposición contenida en el art. 273 inc. 3 de la ley de concursos: “las resoluciones son inapelables” y la consideración de orden público de la normativa falencial, la doctrina judicial ha encontrado argumentos para denegar recursos y/o apelaciones con apoyo en tal dispositivo. Esta posición amerita algunas reflexiones, toda vez que tal criterio de pensamiento podría llevar a injusticias e inequidades, donde el juez se transforme en una suerte de dictador y no de director del proceso.

Existen algunas resoluciones en el trámite del proceso judicial que, con motivo en la necesidad de avanzar con el mismo, resultan de carácter inapelable. Esta posición se justifica en el hecho de que permitir la apelación de todas las resoluciones que se dicten durante el *iter* del trámite concursal, llevaría a una eternización del procedimiento. Pero, esta justi-

¹⁷¹⁵ Cfr. CNCom., sala A, “Papel de Tucumán s/quiebra”, L.L. 1995-D-69 - D.J. 1995-2-671.

ficación se sostiene para aquellas decisiones que tiendan a resolver cuestiones que permitan avanzar con las diversas etapas del concurso y no comprende a todas las decisiones que se adopten en relación a trámites, incidentes o resoluciones que *stricto sensu*, no hagan a la marcha del proceso.

Estos argumentos hacen abandonar las posturas que avalan la inapelabilidad de todas las resoluciones judiciales, ya que tal principio cede cuando se afecta el derecho de defensa en juicio, la propia regulación en materia concursal o, de modo más amplio, cuando la resolución impugnada resulta susceptible de ocasionar un gravamen que no puede ser reparado con ulterioridad¹⁷¹⁶. A mérito de tales fundamentos, la regla de inapelabilidad de las resoluciones en el trámite concursal no posee carácter absoluto, pues debe ceder cuando se está frente a un gravamen susceptible de causar un perjuicio irreparable o bien resulta afectado el derecho de defensa en juicio¹⁷¹⁷.

A modo ejemplificativo podría mencionarse algunas decisiones que resultarían inapelables, y ellas son: las que disponen la apertura del concurso; la ampliación de plazos para impugnar los pedidos vericatorios; la de fijar las categorías de acreedores y apertura del período de exclusividad; la de ampliar el plazo para la obtención de las conformidades; las que disponen la continuación con la explotación de la empresa, entre otras. En definitiva, se trata de disposiciones en las que a través de resoluciones interlocutorias, el juez resuelve progresar con el trámite de alguna forma; las que resultan irrevisables para las partes que intervienen en el procedimiento. Esto significa que las resoluciones que hacen al trámite normal del concurso o quiebra no son susceptibles de apelación.

La Cámara de Apelaciones en lo Comercial capitalina ha resuelto que: la previsión contenida en el art. 273 inc. 3° de la ley 24.522 solo es aplicable a las resoluciones dictadas en la secuencia ordinaria del proceso concursal¹⁷¹⁸, lo cual fue corroborado por la doctrina ya que por regla ge-

¹⁷¹⁶ CNCom., sala E, “Chichelândia S.A. s/quiebra”, Sup.CyQ, marzo (2005), 76, 29/11/2004.

¹⁷¹⁷ Cfr. S.T.J. Misiones, “Fernando Elías Llamosas I.yC.S.A. s/Conc. Prev.”, LLLitoral, 1999-722, 30/11/1998.

¹⁷¹⁸ Cfr. CNCom., sala E, “Mar y Ríos Argentinos S.A.” s/Concurso Preventivo s/Queja”. 23/02/01, Fallo 20010223, pub. en www.csjn.gov.ar.

neral las cuestiones decididas por el juez del concurso son inapelables, salvo disposición legal expresa en contrario. No obstante, la jurisprudencia ha morigerado esa regla, admitiendo que son recurribles las resoluciones que exceden la tramitación ordinaria y normal del proceso, lo mismo que aquellas en que está afectado el derecho de defensa en juicio o causan un gravamen que no puede ser reparado con posterioridad¹⁷¹⁹.

Esta pauta de inapelabilidad de las resoluciones judiciales obedece a la necesidad de evitar la dilación *sine die* del trámite concursal, muchas veces, a través de la articulación de recursos que sólo persiguen una impropia demora en su curso; lo cual cede, cuando resultan conculcados principios constitucionales¹⁷²⁰.

Teniendo en cuenta que en el proceso concursal se encuentran comprometidos un abanico de intereses, resulta ajustado a derecho admitir la flexibilización de la regla referida. Este criterio ha sido admitido por la doctrina judicial en algunos precedentes, que en cierto modo ponen en duda la efectiva vigencia de esta regla procesal¹⁷²¹.

Así también se dijo que procede la queja interpuesta por el síndico concursal y por un coadministrador judicial, por denegación de la apelación deducida respecto de la resolución que rechaza un planteo formulado por el comité de acreedores (hoy, comité de control, ley 26.684), en relación a la decisión que dispuso la adjudicación definitiva de los activos de la fallida. Ello pues, la materia objeto de decisión no se inserta dentro del trámite normal y común del procedimiento concursal, y a más, lo decidido causa *–prima facie–* gravamen irreparable¹⁷²², en relación a los intereses comprometidos.

¹⁷¹⁹ RIVERA, ROITMAN, VITOLO, *op. cit.*, pág. 415.

¹⁷²⁰ Cfr. FASSI, Santiago – GEBHARDT, Marcelo, *Concursos y Quiebras*, ed. Astrea, (1996), pág. 524.

¹⁷²¹ Cfr. CNCom., sala A, E.D. 35-337, 17/11/70; CCCom., Junín, “Zanotti, Oscar, s/quiebra”, 14/02/85; C1ª CCom., Tucumán, “Aguirre, Reinaldo Luis”, 22/4/81; C1ª CCom., Bahía Blanca, sala I, E.D. 95-575, 6/04/81; CCCom., Rosario, sala II, Zeus, 1981-23-118; CNCom., sala C, E.D. 101-589, 16/07/82; C1ª CivyCom., Mar del Plata, E.D. 13-644, 31/08/65; SCJBA, E.D. 101-411, 24/09/63; CApel., Concepción del Uruguay, sala CivyCom., J.A. 1983-II, síntesis, 9/06/82; CNCom., sala E, J.A. 1988-II-211; CNCom., sala E, E.D. 141-142; CNCom., sala A, E.D. 69-218, 27/2/76; CNCom., sala B, E.D. 41-256, 10/9/71.

¹⁷²² CNCom., sala D, “Transportes Automotores Chevallier S.A. s/Quiebra s/Incidente de venta s/Queja”, Lexis 11/34451, 26/06/00.

Por consiguiente, las resoluciones que tiendan a causar un agravio de imposible reparación ulterior, deben ser consideradas arbitrarias e irrazonables, susceptibles de apelación. Arbitrario, por cuanto tal modo de resolver incurre en una interpretación dogmática de la normativa concursal que se aparta de la más actualizada corriente doctrinaria y jurisprudencial en la materia. Irrazonable, toda vez que la falta de encastre lógico entre las disposiciones de la ley de quiebras y la Constitución Nacional (art. 18, C.N.) imponen al juez tomar posición por aquella que resulta más amplia y respetuosa de los intereses comprometidos en aras de preservar la armonía del orden jurídico.

Tal como lo ha expresado la C.S.J.N. «la tarea judicial si bien no se agota en la aplicación mecánica de normas aisladas, tampoco puede prescindir, en el ordenamiento argentino, del acatamiento de las reglas claras y específicas que regulan un instituto. Máxime cuando, como en el caso, dichas disposiciones no atentan contra el orden jurídico considerado como un todo»¹⁷²³. Cuando el juez debe administrar justicia se produce uno de los efectos más importantes de la actividad judicial que es medir prudentemente las consecuencias que puedan derivarse del pronunciamiento que emita, ya que ello constituye uno de los mecanismos más seguros para verificar la razonabilidad de la decisión y su congruencia con el sistema jurídico¹⁷²⁴.

A modo de corolario, puede decirse que por encima de consideraciones como la irrecurribilidad, están los valores que integran el debido proceso legal, que resulta pieza fundamental en nuestra estructura constitucional. Por tanto, si se pone en juego el derecho de propiedad, la defensa en juicio y el debido proceso, la cláusula de inapelabilidad del art. 273 inc. 3º de la ley 24.522 resulta de menor valor axiológico, ante la garantía constitucional que pueda ser lastimada. Razonar de manera contraria, sería tanto como hacer primar el rito sobre el fondo o sobre la esencia de los valores jurídicos¹⁷²⁵.

¹⁷²³ C.S.J.N., Fallos 234:482; 255:360; 301:151, entre otros.

¹⁷²⁴ Cfr. *idem*.

¹⁷²⁵ Cfr. S.T.J. Jujuy, “Concurso especial deducido por Suministros Petroleros S.A. en quiebra s/concurso de Moisés y Cía.” L.A. 46, Reg. 380, Fº 938/940.

§ 16. EL CARÁCTER DE ORDEN PÚBLICO E INTERÉS GENERAL EN LA JURISPRUDENCIA NACIONAL

Tal como fuera aludido en los párrafos anteriores, no toda la ley reviste carácter de orden público y, en este sentido, la jurisprudencia nacional ha jugado un papel trascendente al vedar la utilización de la ley concursal para licuar pasivos o defraudar el interés de los acreedores con fundamento en el interés general o en el orden público.

Entre los diversos precedentes en los que la jurisprudencia ha remarcado el carácter de orden público o de interés general de la ley concursal se pueden mencionar aquellos fallos sobre competencia concursal¹⁷²⁶, los que impiden modificar las disposiciones sobre el fuero de atracción¹⁷²⁷, los que establecen la facultad del magistrado de analizar con detenimiento los sujetos que se incorporaran al pasivo, independientemente de la opinión del síndico y de la fallida¹⁷²⁸, los que resguardan el interés general requiriendo que la propuesta contemple cuanto menos el pago del 40% de los créditos con tasas de interés que impidan con el transcurso del tiempo la licuación de pasivos¹⁷²⁹, cuando la propuesta concordataria resulta abusiva e irrazonable¹⁷³⁰, cuando el deudor incumple el acuerdo y se solicita la quiebra a pedido del acreedor, síndico o quien se encuentre encargado de vigilar su cumplimiento¹⁷³¹, al ordenar medidas cautelares¹⁷³², en la clausura por falta de activo¹⁷³³, entre algunos de los antecedentes que se pueden transcribir. Pero, la particularidad de los casos menciona-

¹⁷²⁶ Cfr. C.S.J.N., “Curi Hnos. S.A. s/concurso preventivo”, elDial.com - AA203E, 06/04/2004.

¹⁷²⁷ Cfr. S.T.J. Entre Ríos, “Stauber, Héctor R. c. Goldaracena Hnos. Ltda. S.A.”, LLLitoral, 1997-1195.

¹⁷²⁸ Cfr. CApel.Civ. y Com. Azul, “Banco del Sur S.A. en Romano J. A. s/quiebra”, LLBA 1995-1040.

¹⁷²⁹ Cfr. C.S.J. Tucumán, “Simeón Hnos. s/conc. prev. s/ inc. prom. por Busnelli, J.”, L.L. 1994-B-608; ver también CNCom., sala C, “Linea Vanguard S.A.”, L.L. 2002-A-394.

¹⁷³⁰ Cfr. CNCom., sala A, “Arcangel Maggio s/impugnación sobre propuesta de acuerdo”, L.L. 2004-D-882.

¹⁷³¹ Cfr. CNCom., sala B, “Bodegas y Viñedos Recoaro S.A.”, L.L. 1998-D-922.

¹⁷³² Cfr. CNCom., sala A, “Banco Central c. Credibono Cía. Financiera”, L.L. 1995-C-358 – D.J. 1995-2-396 - IMP 1995-B-2165.

¹⁷³³ Capel.Civ. y Com. de 2ª Nominación Córdoba, “Building Center S. A. s/conc. prev. hoy quiebra”, LLC 2002-209 - AR/JUR/152/2001.

dos es que en muy pocas ocasiones el intérprete recurre a la consideración de orden público para justificar una decisión en relación a la aplicación de la normativa concursal, habiendo apelado a tal justificación en contadas ocasiones, pero con mayor precisión en la consideración del interés general comprometido.

En base a los precedentes mencionados, puede decirse que el carácter de orden público de la ley concursal ha sido confirmado en contadas ocasiones pero, con tal fuerza de convicción, que no admite dudas acerca de su consideración como línea directriz del ordenamiento falimentario.

§ 17. CONFLICTOS QUE SE PRESENTAN ENTRE EL ORDEN PÚBLICO CONCURSAL Y OTRAS NORMAS DE ORDEN PÚBLICO

Partiendo de la premisa de que no toda la ley de concursos es de orden público pero, que el interés general está comprometido en toda la normativa concursal, existen algunos conflictos que se presentan con otras normas que, por los intereses que intentan proteger, generarían inconvenientes en su aplicación, en virtud del carácter de orden público que el legislador les ha conferido.

Si bien es cierto que existen múltiples normas de orden público que pueden relacionarse con la ley concursal (lo cual está dado –normalmente– por el tipo de actividad de la empresa y las relaciones que se establezcan entre el deudor y los acreedores), concurren algunas leyes que por razones prácticas están más frecuentemente vinculadas con el derecho falimentario. Entre estas disposiciones podría mencionarse la ley 13.246 (arrendamientos rurales), la ley 20.744 (contrato de trabajo), la ley 25.561 y 25.563 (emergencia económica) y la ley 25.284 (entidades deportivas), entre otras.

Frente a estas disposiciones, el intérprete se plantea el problema de ponderar cuál es la norma que posee mayor peso o importancia a la hora de priorizar la aplicación de la ley, ya que frente a reglas de idéntico rango, no resulta sencillo resolver las antinomias que se presentan. Para ello se brindaran algunos ejemplos y las soluciones que se considera son las más apropiadas para resolverlos.

No caben dudas que el fin teleológico de la ley concursal (en particular después de la reforma introducida por la ley 26.086) es la conserva-

ción de la empresa como medio para satisfacer los diversos intereses afectados por la crisis empresarial. La conservación de empresas viables aparece como principio rector del ordenamiento falimentario, el que se exterioriza con las diversas posibilidades de satisfacción de los acreedores, las múltiples soluciones alternativas a la liquidación y los procedimientos de reorganización, lo cual tiene sustento en el interés público que se vería afectado, por la desaparición de la empresa.

La utilización de procedimientos adecuados de conservación (acuerdo con acreedores de garantías reales, convenios con trabajadores, conciliaciones con el fisco, arreglos con acreedores bonistas, etc.) puede llevar a la convicción de que la fase de liquidación de la hacienda deja de ser norma general y se convierte en norma residual del sistema concursal.

Pero, tal tarea no resulta sencilla, requiere ciertos sacrificios –tanto de los acreedores como del propio deudor– ya que el fin que persigue el ordenamiento es la reestructuración de la empresa, aunque bueno es destacarlo, ello no debe serlo a cualquier costo. Siempre deberá tenerse presente la viabilidad de su reorganización. Por lo tanto, si esta posibilidad (reorganizar, reestructurar en orden a continuar con la explotación de la hacienda) no resulta viable o factible, de nada servirán los sacrificios que los acreedores realicen para mantener la empresa en pie. De allí, que los *creditors* en general –en aras de proseguir con la actividad– y los terceros interesados realizan denodados esfuerzos para lograr este objetivo.

Al presentarse el deudor en concurso, se abre un mecanismo protectorio de diversos intereses (ya referidos en este Capítulo) con el cual colisionan los intereses que protegen las otras normas de orden público. La solución de estas asimetrías está en ponderar el bien jurídico de mayor peso o importancia al momento de aplicar los principios al caso que se tiene que resolver.

17.a) Ley de concursos y leyes laborales. Aportes para una controversia

En el caso puntual de los trabajadores laborales, el deudor –como parte integrante de la propuesta concursal para acreedores quirografarios– puede ofrecer quitas y esperas para acreedores privilegiados y, obtener por parte de estos, la aprobación de un acuerdo con esta modalidad. Esta forma de encarar el tratamiento de los acreedores laborales se contrarres-

ta con las disposiciones de la ley 20.744 que en su art. 12 declara irrenunciables los acuerdos que supriman o reduzcan los derechos previstos en la Ley de Contrato de Trabajo¹⁷³⁴.

La doctrina laboral en tiempos de la 11.719 aceptó mayoritariamente y sin resistencia que el privilegio laboral no podía ser objeto de renuncia como consecuencia del principio protectorio que gobierna el derecho del trabajo¹⁷³⁵, lo que sería superado con la reforma al art. 43 por la ley 24.522.

Sin embargo, la afirmación dogmática de que los derechos laborales son irrenunciables funciona en la *praxis* frente a un deudor *in bonis* y, probablemente, no habrá quien sostenga con rigor jurídico lo contrario. No obstante, frente a un sujeto *in malis*, la situación cambia. La limitación a la autonomía de la voluntad –con fundamento en el orden público– no es exclusiva del régimen laboral, también en cierto sentido ha sido consagrada en la ley de concursos. Pero, en este aspecto (renuncia de los derechos laborales), existe un contrasentido. Por ej. los derechos laborales son irrenunciables (art. 12, LCT), pero frente a un deudor concursado, el acreedor laboral no solamente puede renunciar al privilegio de su crédito (art. 43, LCQ); sino que también puede aceptar una propuesta concordataria, que bien puede consistir en el pago del crédito con quita o, cuanto menos, con espera (art. 44, LCQ).

FLUME llama autonomía privada (*privatautonomie*) «al principio de autoconformación de relaciones jurídicas por los particulares, formando parte del principio de autodeterminación de los hombres; destacando, además, que no existe ningún orden jurídico sin autonomía privada, aunque en un sistema socialista sólo tendría un reducido espacio»¹⁷³⁶.

La hiposuficiencia de negociación del acreedor laboral, se equilibra frente a la incapacidad de pago del deudor insolvente, y la prioridad no puede ser otra que la de la conservación de la empresa, por cuanto dentro

¹⁷³⁴ Art. 12. “Será nula y sin valor toda convención de partes que suprima o reduzca los derechos previstos en esta ley, los estatutos profesionales o las convenciones colectivas, ya sea al tiempo de su celebración o de su ejecución, o del ejercicio de derechos provenientes de su extinción”.

¹⁷³⁵ Cfr. LÓPEZ J. - CENTENO N. - FERNÁNDEZ MADRID, J., “Ley de Contrato de Trabajo comentada”, ed. Contabilidad Moderna, Bs. As., (1978), t. II, pág. 1351.

¹⁷³⁶ FLUME, Werner, *Allgemeiner teil des bürgerlichen rechts, Das Rechtsgeschäft*, (3ª edición), Berlin, Heidelberg, New York (1979), pág. 51.

de ésta se encuentra la conservación de los puestos de trabajo como norte del ordenamiento. Los recursos humanos dan vida a la hacienda transformando los activos en fuente de riqueza¹⁷³⁷.

Esta imposibilidad de renuncia de derechos del acreedor laboral se ve asediada también con otro dispositivo, anterior a la sanción de la ley 26.684 que, en base al orden público laboral, en teoría no podría ser violentado, como es por ej. el cese de la vigencia de los convenios colectivos de trabajo que rigen la actividad con motivo de la apertura del trámite concursal por el plazo de 3 años, o el de cumplimiento del acuerdo preventivo, el que fuere menor; quedando las partes legitimadas a negociar un convenio de crisis (art. 20, LCQ, t.o. 1995).

En un precedente *asimili* a la situación planteada entre los trabajadores frente a un deudor concursado, el Tribunal del Trabajo de Lanús (Pcia. de Buenos Aires), *in re* “Ibáñez, Héctor O. y otros c. Liggett Argentina S.A.”, resolvió un litigio iniciado por los empleados, en el que mediante un acuerdo entre la empleadora y sus dependientes con la intervención de representantes sindicales, se dejó sin efecto un premio a la producción a la par que se establecieron nuevas condiciones de trabajo¹⁷³⁸, al entender que tal forma de negociación no vulneraba los preceptos de los arts. 130 y 131 de la LCT.

La ley concursal, prácticamente, obliga a las partes a entablar mecanismos de negociación (sea en orden a la reformulación del convenio colectivo o al pago del crédito laboral) y a pesar de que no existe en el derecho argentino un “derecho de la crisis laboral-empresarial”, en este sentido, el orden público laboral juega un papel inferior, toda vez que en la escala de valores a considerar, la empresa concursada posee mayor peso o importancia¹⁷³⁹. Por ende, la limitación que impone la autonomía de la voluntad tanto en materia concursal cuanto laboral, no sería tal en este punto, toda vez que las partes se encuentran en libertad de contratación.

El orden público laboral, está destinado a impedir que el empleador con su poder de señorío pueda abusar de su situación de superioridad

¹⁷³⁷ Cfr. CÁMARA, *op. cit.*, vol. III-B, pág. 539.

¹⁷³⁸ Trib.Trab. n.º 3 Lanús, “Ibáñez, Héctor O. y otros c. Liggett Argentina S.A.”, LLBA 2000, 881 - DT 2000-B-2363.

¹⁷³⁹ Cfr. VIGO, Rodolfo L., *Los principios jurídicos*, Perspectiva jurisprudencial, ed. Depalma, (2000), pág. 181.

económica imponiendo condiciones en el contrato que celebre con el trabajador. Pero, este contexto, cede frente a un sujeto *in malis* el que se encuentra por poco obligado a negociar en condiciones, algunas veces, desventajosas para el empleado.

Lo que sería importante desentrañar es si ¿esto requiere un piso que no puede ser perforado? Y, en tal sentido, la respuesta no puede ser otra que la afirmativa, por cuanto así como el empleador no podrá pagar en concepto de salario por debajo del mínimo vital y móvil¹⁷⁴⁰ y/o el básico de convenio según la actividad, tampoco podrá acordar el monto de la indemnización correspondiente al trabajador por debajo de un porcentaje razonable, el cual no podrá ser inferior a lo que correspondería percibir por dividendo al trabajador en un supuesto de quiebra liquidativa, lo cual se estima prudente ponderar en un 60% como piso.

Sostener la imposibilidad del acreedor laboral de abdicar algún derecho en orden a celebrar un acuerdo con el deudor resulta contrario al ordenamiento concursal (*lex specialis*) y atenta contra la autonomía de la voluntad de concertación, por cuanto los principios propios del derecho laboral resultan relativizados frente a la existencia de un proceso concursal en el cual, además del interés particular, el interés general desempeña un papel trascendente¹⁷⁴¹. Acorde al criterio sustentado por la Corte Suprema, existe una prioridad de la normativa concursal y sus principios respecto del resto de los ordenamientos¹⁷⁴², por lo que la concepción interpretativa no podrá ser otra que la de hacer prevalecer el ordenamiento falimentario.

Así también lo ha resuelto la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, cuando el deudor ha presentado para homologación un APE, el que contenía una propuesta concordataria para acreedores laborales, ya que del juego armónico de los arts. 56, 57 y 76 de la ley 24.522 no puede concluirse sino, que lo convenido en el acuerdo alcanza el crédito del tra-

¹⁷⁴⁰ P.E.N., Decreto 1192/04, Adla 2004-E-5451.

¹⁷⁴¹ Cfr. CNCom., sala A, “Galfrascoli, Oscar s/inc. de rev. en: Júpiter Cía. Arg. Seguros S.A. s/liq. judicial por disolución forzosa”, L.L. 2004-B-841.

¹⁷⁴² C.S.J.N., “Banco Nación Argentina c. Rodríguez, José y otro s/demanda ejecutiva”, Fallos 310:2674 (1987).

bajador accionante impidiendo así que éste pueda ejecutar su crédito, a través de la acción individual¹⁷⁴³.

De otro lado, distinta es la situación que se presenta cuando, por ejemplo, el acreedor rehúsa verificar su crédito con el privilegio que a tal efecto le acuerda el ordenamiento concursal. Es que tratándose –como en el caso– de un crédito laboral, la exigencia de la petición expresa del privilegio especial cede ante el carácter irrenunciable del mismo y la naturaleza de orden público de las normas que rigen la materia laboral¹⁷⁴⁴. En este punto juegan en forma coordinada el orden público concursal con el laboral y el magistrado que intervenga en el pedido verificadorio está forzado a reconocer la preferencia. No significa que el acreedor laboral eluda la verificación de su acreencia sino, simplemente, que el mismo está eximido de peticionar el privilegio, puesto que la misma ley concursal (arts. 241 inc. 2º y 246 inc. 1º, LCQ) admite la incorporación del crédito con carácter privilegiado.

La ley 26.684 de reforma al ordenamiento concursal produjo dos modificaciones sustanciales en el ordenamiento: a) por un lado, derogó la disposición del art. 20 de la ley falimentaria que establecía “la suspensión de los convenios colectivos de trabajo por el plazo de tres años o el de cumplimiento del acuerdo preventivo, el que fuere menor” (ley 24.522, t.o. 1995) y, por otro, b) se admite el cálculo de los intereses de los créditos laborales (art. 19 *in fine*, LCQ, ley 26.684), sin que sufran menoscabo alguno, potenciando, de esta forma, la suerte de los trabajadores en una futura participación en el salvataje de la hacienda por vía de la cooperativa conformada o en formación (art. 48 bis, LCQ, ley 26.684).

Debe existir un adecuado equilibrio entre los intereses del sector laboral y los correspondientes al deudor puesto que, quien se encuentra en mejores condiciones para recuperar la empresa, sanearla y superar el estado de insolvencia, no es otro que el propio sujeto que recurrió a la aplicación de la ley de quiebras.

¹⁷⁴³ Cfr. CNTrab., sala I, “Chaluat Marta Susana c. Buenos Aires Tur S.R.L. s/despido”, elDial.com - AA5514, 29/05/2009; ver también CNCom., sala C, “FACYCA S.A. s/concurso preventivo”, La Ley Sup. CyQ 2009 (junio), 75 - IMP 2009-15 (agosto), 1211 - AR/JUR/9944/2009.

¹⁷⁴⁴ C.S.J.N., “Menna, Miguel A. y otros c. S.R.L. Cía. de Rectificaciones”, Fallos 292:58 (1975).

Del balanceo entre los diversos intereses en juego (empresa y trabajadores) y sin pretender desmerecer las virtudes e importancia de cada uno, el de la conservación de la empresa aparece como el primero en el orden de prelación porque es el que mayor cantidad de pretensiones concentra y, en este punto, resulta adecuado admitir la posibilidad de concertación de negociaciones entre los acreedores laborales y el deudor en orden a la preservación de la hacienda, por resultar ésta –frente a la insolvencia– una adecuada complementariedad de medio a fin.

17.b) Ley de concursos y leyes de emergencia

Tal como fuera referido párrafos atrás, la promulgación de leyes de emergencia tendientes a paliar una situación de crisis como no había tenido memoria la Nación, obligó al legislador a la necesidad de adaptar una legislación que –en momentos especiales del país– requerían su declaración con el carácter de normas de orden público.

Esto, precisamente, sucedió con la ley 25.563 (art. 22, Adla, 2002-B-1602), por medio de la cual el parlamentario reformó parcialmente la ley concursal ampliando el plazo del período de exclusividad para la obtención de conformidades por parte de los acreedores (art. 2, ley 25.563), extendió el plazo para el cumplimiento del acuerdo por parte del deudor por el término de un año (art. 10, ley 25.563), suspendió el trámite de los pedidos de quiebra por igual período (art. 11, ley 25.563) e imposibilitó las ejecuciones de bienes (incluidos los de garantías reales) suspendiéndolas por 180 días (art. 16, ley 25.563), entre las disposiciones más destacables, siendo su aplicación de carácter indisponible e irrenunciable.

Más allá de la crítica lapidaria que mereciera la legislación de emergencia¹⁷⁴⁵ y la inconstitucionalidad declarada a algunos de sus artículos

¹⁷⁴⁵ TRUFFAT, Daniel E., *Hoy estoy peor que ayer, pero mejor que mañana - Breve comentario sobre la novísima reforma a la Ley de Concursos 24.522 a través de la Ley 25.563*, E.D. 196-877 (2002); TRUFFAT..., *Los sueños de la razón engendran monstruos: el art. 16 de la ley 25.563*, E.D. 196-1021 (2002); MAFFÍA, Osvaldo J., *La modificación de la Ley de Concursos*, E.D. 196-907 (2002); MAFFÍA..., *Semblante -no 'semblanza'- de la sedicente ley 25.563*, E.D. 196-1048 (2002); JUNYENT BAS, Francisco y MOLINA SANDOVAL, Carlos A., *Nuevas reformas "provisorias" a la ley concursal. Ley 25.563*, L.L. 2002-B-1112; DASSO, Ariel A., *La reforma de la ley de quiebras en el marco de emergencia*, L.L. 2002-B-817; RASPALL, Miguel A., *La suspensión de subastas en las leyes 25563 y 25589: la vivienda del deudor en concurso preventivo y*



(en particular el art. 16)¹⁷⁴⁶, lo cierto es que la misma se impuso –aunque por un breve período de tiempo: 3 meses– dando prioridad a la aplicación de institutos que en una época posterior fueron contrarreformados por la ley 25.589.

El mérito y conveniencia de una norma que bajo la denominación: Ley de Emergencia Productiva y Crediticia, permitió contribuir –aunque sea en parte– a paliar la grave situación financiera y crediticia que afectaba al país, impidiendo el quiebre de las empresas; no es motivo de consideración en el presente, sino la fuerza jurídica que tuvo para imponer sus postulados. Con la reforma concursal en la emergencia se pretendió paliar una situación que se avizoraba terminal, esto es, la quiebra en cascada de muchas empresas debido a la crisis financiera y crediticia que impedía conseguir crédito a tasas razonables. De esta forma, el Estado intervino indirectamente en la economía regulando el régimen concursal e impidiendo la bancarrota de empresas, que de otra forma habrían sucumbido por la liquidación de los activos.

De lo expresado, surge indubitable que en ciertos momentos –por razones de Estado– la modificación de las leyes, puede permitir soluciones que de otra manera importarían arribar a situaciones absolutamente ruinosas.

17.c) Las leyes sobre locaciones, arrendamientos rurales y entidades deportivas y sus relaciones con la quiebra

Se ha dejado para tratar en último término la cuestión referente a tres normas que revisten categoría de orden público pero que poseen soluciones diferentes.

La ley de locaciones (art. 29, Adla, 1984-D-3712) y de arrendamientos rurales y aparcerías posee carácter de orden público (art. 1, Adla,

otros bienes, J.A. 2002-III-1490; DRUCAROFF AGUIAR, Alejandro, *Artículo 16, Ley 25563: Alcance y Efectos de la suspensión de los procesos de ejecución*, Adla 2002-B-2823; FERRARO, Jorge Martín, *La reforma a la ley de quiebras (ley 25.563) y la suspensión de las ejecuciones con garantía prendaria*, L.L. 2002-B-891, entre tantos otros.

¹⁷⁴⁶ CApel.Civ. y Com. Morón, sala II, “Sindicato de Empleados y Obreros de Comercio y Afines - Zona Oeste c. Project S.R.L.”, Sup.E.Dep.Banc. y Restric. 2002 (marzo), 49 - LLBA 2002, 232 - LLBA 2002, 272.

1948-85) y, en el caso de esta última, el legislador ha establecido que “son irrenunciables sus beneficios e insanablemente nulos y carentes de todo valor cualesquiera cláusulas o pactos en contrario o actos realizados en fraude a la misma”.

La ley de quiebras en los arts. 185 y 186 permite que el síndico con el objetivo de obtener frutos pueda celebrar contratos de locación o cualquier otro contrato que resulten necesarios para la administración y conservación de los bienes, siempre que los mismos no importen su disposición total o parcial. Este dispositivo habilita a la sindicatura a celebrar acuerdos –con autorización judicial (art. 185 primera parte, LCQ)– salvo que por la urgencia se hiciera imprescindible disponer libremente la contratación con conocimiento del juez del concurso. De esta forma, el síndico o, en su caso, el juez al momento de otorgar la autorización pueden acordar disposiciones distintas a las establecidas en la normativa locativa, con lo que se genera el interrogante si esta normativa debe ser respetada por resultar nula la violación de sus cláusulas, o existe libertad de contratación frente a un sujeto *in malis*.

Indudablemente, si el deudor fallido (titular de una hacienda rústica) y el síndico advierten la conveniencia de poder obtener frutos de estos bienes, hasta que se disponga la forma de realización de los bienes integrantes del activo o concluyan las etapas del proceso necesarias para llegar a la etapa liquidativa, tales acuerdos podrán ser celebrados en condiciones distintas a los mínimos inderogables que postulan estas leyes, sin que ello importe su declaración de nulidad. Por ej. el síndico podrá convenir un contrato de arriendo por un plazo menor a 3 años en contraposición a lo que estatuye el art. 3º de la ley 13.246, y tal forma de acordar no invalida ni declara nulo el contrato de arriendo, toda vez que conforme lo dispone la ley concursal (*lex specialis*) el síndico no puede realizar acuerdos que importen la disposición total o parcial de los bienes del fallido (art. 186, LCQ).

Este razonamiento resulta acorde con la teleología del régimen concursal puesto que desnaturalizaría el régimen liquidativo de la quiebra (*vide* art. 217, LCQ), la facultad que se arrojarían los funcionarios concursales de disponer de los bienes que integran el activo realizable, por plazos mayores, con el fin de no perforar el orden público de leyes especiales (ley 13.246).

De otro lado, la ley 25.284 bautizada: Régimen Especial de Administración de las Entidades Deportivas con Dificultades Económicas. Fideicomiso de Administración con Control Judicial o, simplemente, ley de entidades deportivas con dificultades ha sido declarada ley de orden público (art. 27, Adla, 2000-D-4091). Esta norma destinada especialmente a los clubes de fútbol pero que resulta aplicable también a otros deportes, modifica en parte la ley concursal y resulta de aplicación, exclusivamente, en el caso de “asociaciones civiles de primer grado con personería jurídica, cualquiera sea la denominación que adopten (art. 1, Dec. 852/07 Adla, 2007-D-3695), cuyo objeto sea el desarrollo de la práctica deportiva en cualquiera de sus modalidades, con quiebras decretadas y no mediante el supuesto previsto en el Título III, Capítulo VIII, Sección II de la ley 24.522”, esto es, la clausura del procedimiento por falta de activo (lo cual ya representa un contrasentido), las que podrán continuar con las actividades que desarrollan a través de la administración de la totalidad de los bienes que conforman su patrimonio (art. 7, Dec. 852/07) por medio de un órgano fiduciario (art. 7, ley 25.284), en favor de los acreedores de la deudora.

El requisito para la prosecución de actividades de la asociación fallida consiste en “la existencia de patrimonio suficiente para la continuación de la explotación”, lo que será *prima facie* meritado por el juez que entienda en la falencia, quien dispondrá de oficio –cualquiera sea el estado del proceso– la aplicación de la normativa referida (art. 5, ley 25.284).

Los motivos delineados por el legislador para imponer una ley que sustituiría a la ley concursal están contemplados en el art. 2 de la normativa referida, entre los que se pueden mencionar: a) la protección del deporte como derecho social; b) la continuación de las actividades que desarrollan las entidades referidas en el artículo precedente, a los efectos de generar ingresos genuinos en beneficio de los acreedores y trabajadores de las mismas, mediante un accionar prudente y económicamente sustentable; c) sanear el pasivo mediante una administración fiduciaria proba, idónea, profesional y controlada judicialmente; d) garantizar los derechos de los acreedores a la percepción de sus créditos; e) superar el estado de insolvencia y, por último, f) recobrar el normal desempeño institucional de la entidad.

Sin lugar a dudas, la aplicación de la ley de entidades deportivas tiende a la prosecución de la actividad de asociación, para lo cual se ha

ponderado que la continuidad de la actividad deportiva (como derecho social), está por encima que los intereses de los acreedores. En este caso, el deporte (bien humano básico en la teoría de FINNIS)¹⁷⁴⁷ representa un bien jurídico tutelable y nadie pondría en tela de juicio acerca de este importante e irreductible elemento de la cultura humana y lo que ha significado para el desarrollo del hombre a lo largo de la historia.

La protección de este bien como actividad social ha sido motivo de preocupación por parte del legislador y la sanción de una norma que evite la liquidación de estas entidades a los fines de resguardar otros intereses superiores permite ver con mayor claridad, la superioridad de ciertas disposiciones por encima de la ley concursal, en la que la *lex specialis* cede frente otra norma que se erige en *lex superior*.

17.d) Ley de quiebras y defensa de la competencia (ley 25.156)

La ley 25.156 (Adla, 1999-D-3942) establece por un lado la prohibición de actos o conductas, vinculados con la producción o intercambio de bienes o servicios, que tengan por objeto limitar, restringir, falsear o distorsionar la competencia o el acceso al mercado o constituyan abuso de una posición dominante en un mercado, de modo que pueda resultar perjuicio para el interés económico general y, por otro, impide la obtención de ventajas competitivas cuando se produzca la infracción de otras normas, lo que será declarado por acto administrativo o sentencia firme (cfr. art. 1º).

El control y la aplicación de las medidas correctivas se encuentra a cargo de un tribunal denominado Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia (art. 17, LDC), quien ostenta la potestad de aplicar sanciones (art. 24 y 46, LDC) las que pueden consistir en medidas que obliguen al cese de los actos o conductas que perjudiquen la libre competencia y la aplicación de multas cuya graduación corresponde al tribunal de acuerdo a la falta.

La Ley de Concursos y Quiebras prescribe en el art. 39 (informe general) que el síndico designado en el trámite concursal, debe informar: “si

¹⁷⁴⁷ FINNIS, John, *Ley Natural y Derechos Naturales*, 8ª reimp. 1980, ed. Abeledo-Perrot, Bs. As., (2000), págs. 118-119.

el deudor resulta pasible del trámite legal prevenido por el Capítulo III de la ley 25.156, por encontrarse comprendido en el artículo 8 de dicha norma (art. 39 inc. 10, ley 24.522, t.o. según ley 25.589), lo cual implica, la potestad de impedir la fusión entre empresas; la transferencia de fondos de comercio o la adquisición de la propiedad o cualquier derecho sobre acciones o participaciones de capital (art. 6, LDC) cuando la suma del volumen de negocios total del conjunto de empresas afectadas supere en el país la suma de doscientos millones de pesos (art. 8, LDC).

A diferencia de lo que sucedía con el régimen anterior (ley 22.062, Adla, XL-C-2521), en el que el control del cumplimiento de la ley se reservaba al ámbito administrativo, exclusivamente, el juzgado concursal tiene suficiente potestad para dar curso a un trámite de información al Tribunal de Defensa de la Competencia (art. 59, LDC) en la que producto de la concentración de negocios de un mismo grupo económico, podría llegar a configurarse un supuesto de posición dominante en el mercado o que el mismo tenga aptitud para limitar, restringir, falsear o distorsionar la libre competencia (art. 1, LDC).

Se consideran empresas afectadas a los fines del art. 8 de la ley 25.156: a) la empresa respecto de la cual se tomare control y b) la empresa que adquiriera dicho control. Asimismo, están excluidas: las transferencias de bienes a título gratuito que se hagan a favor de: a) el Estado Nacional o sus dependencias, Provincias, Municipalidades y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y b) herederos forzosos, sea por actos entre vivos o por causa de muerte (art. 8, Dec. Regl. 89/01, Adla, 2001-A-255).

Evidentemente, la tramitación de un proceso concursal ya sea como parte de una propuesta de acuerdo (concurso preventivo o APE) que consista en: entrega de bienes a los acreedores, constitución de sociedad con acreedores, capitalización de créditos o cualquier otra forma de acuerdo que importe la transmisión de activos o la cesión del capital que permita que terceros adquieran una posición dominante; en el caso de la adquisición de las acciones o cuotas partes de interés de sociedades por acciones o de responsabilidad limitada o cooperativas a través del trámite del art. 48 (supuestos especiales) y, por último, una operación que importe la liquidación total o parcial de bienes derivada de la quiebra del deudor, generaran hipótesis aptas para la apertura del trámite previsto en el art. 6 de la ley 25.156.

Por ende, todo trámite concursal en el que el síndico informe o el juez detecte la posibilidad de estar presente ante un supuesto comprendido en el Capítulo III de la ley 25.156 con las excepciones previstas en el art. 10 de la citada norma, el magistrado deberá paralizar el trámite del concurso (cuando se trate de la venta a un tercero) y dar inicio, *rectius*, al trámite previsto en la norma en cuestión.

Tal solución importa una *rectam viam* del trámite concursal en fiel cumplimiento de las disposiciones de la ley 25.156 que tienden a resguardar el interés económico general (art. 1, LDC) que se encuentra en este aspecto, por encima de la normativa concursal. En efecto, como la aprobación de la transferencia o adquisición de la empresa no puede ser suplida por el juez del concurso *motu proprio*, pues sólo la autoridad de aplicación de la ley 25.156 tiene atribuciones para dar asentimiento a la operación (art. 8, LDC), la misma debe ser requerida, antes de perfeccionarse el acto por medio del cual se dará lugar al traspaso de la participación o concentración económica.

Ahora bien, el tribunal administrativo podrá adoptar tres actitudes: a) autorizar la operación; b) subordinar el acto al cumplimiento de las condiciones que el mismo tribunal establezca o, c) denegar la autorización. Ergo, el *iudex* se encuentra forzado a suspender el trámite de adjudicación, cuando exista un supuesto encuadrado en la Ley de Defensa de la Competencia, por cuanto toda operación que importe la transmisión o transferencia de participaciones o empresas estará sometido a la autoridad de contralor (Tribunal de Defensa de la Competencia), quien tendrá, incluso, la potestad de denegar la autorización, con lo que se generarían mayores perjuicios si el juez omitiera dar curso al trámite referido.

De ello se extrae que existe una subordinación técnica jurídica de la ley de concursos a la ley de defensa de la competencia y, aunque ésta última, no revista carácter de ley de orden público, la protección del interés económico general crea una subordinación ineludible. El juez debe impedir las prácticas orientadas a procurar una posición dominante en el mercado mediante la supresión a ultranza de una competencia significativa¹⁷⁴⁸, impidiendo la concentración económica de empresas. Pero, para llegar a esta conclusión es preciso determinar si la conducta del competi-

¹⁷⁴⁸ Cfr. CNCom., sala C, “Equipos y Controles S.A. s/conc. prev.”, L.L. 2003-C-721, juez José Luis MONTTI, en disidencia, consid. 2, párr. 3.

dor (adquirente) responde a un anodino interés comercial o, de lo contrario, representa una estratagema para desplazar del mercado o debilitar al deudor.

No cabe duda, que la ley 25.156 ha venido a engrosar las antinomias existentes entre el derecho concursal y el de otros ordenamientos. Las cuestiones así suscitadas no son de fácil solución y requieren de suma prudencia y ponderación para encontrar el verdadero sendero que oriente en la toma de la mejor decisión. Sin perjuicio, deberá reconocerse que ante el supuesto de existencia de una posible concentración económica y la cesión de los activos a un tercero, deberá priorizarse esta última solución por ser menos nociva para el interés de los acreedores.

De lo contrario, y existiendo diversos competidores en la adquisición de la empresa o de sus participaciones accionarias frente a un supuesto previsto en el art. 8 de la ley 25.156, el juez deberá dar prioridad a aquél o aquellos que no repugnen el ordenamiento legal ya que es voluntad del legislador prohibir las concentraciones económicas cuyo objeto o efecto sea o pueda ser, restringir o distorsionar la competencia, de modo que pueda resultar un perjuicio para el interés económico general¹⁷⁴⁹.

Como se puede apreciar, el interés general tiene mayor importancia que el orden público concursal debiendo éste someterse a aquél, empero, en el delgado hilo que une ambos sistemas jurídicos protectores, cuando no se encuentre en riesgo la preservación y continuidad de la empresa, deberá darse prioridad a la protección del interés económico (fin teleológico de la ley 25.156) y, cuando se encuentre en riesgo la prosecución de las actividades de la hacienda, la balanza deberá inclinarse por el interés público concursal.

§ 18. INTERPRETACIÓN E INTERÉS GENERAL DE LA LEY DE BANCARROTAS

La interpretación de la ley concursal requiere adaptarse a la finalidad de su regulación dentro de la cual cabe dar preeminencia a la conserva-

¹⁷⁴⁹ Cfr. Art. 7 LDC, texto según Decreto 396/01 (Adla 2001-B-1595).

ción de la empresa y a las soluciones preventivas de la crisis, por sobre algunos intereses, como fuera descripto en los apartados anteriores.

En ese sentido –y, en materia concursal– es privatístico lo que hace a los intereses de acreedores y deudor (a quienes algunos consideran “parte privada” del proceso) ya que depende de ellos instar las medidas que hagan al amparo de sus respectivos intereses; es en cambio “publicístico” lo que se valora como digno de protección, lo cual hace al interés general o interés público¹⁷⁵⁰. Conforme ello, la magistratura no solamente se encargada de mediar en los problemas que se suscitan entre los privados toda vez que más allá de los intereses colectivos se encuentra el interés general y la buena fe mercantil¹⁷⁵¹, lo cual debe primar en las decisiones judiciales.

El interés individual de los acreedores, el reconocimiento de un privilegio, la prosecución de un contrato, el beneficio para el deudor, el interés del Estado, el interés por la conservación de la empresa y el juego de todas estas posiciones, ceden frente a un proceso colectivo en el que si bien no se dejan totalmente de lado los intereses particulares, sí se torna preponderante la atención y cuidado del debido proceso, el interés general comprometido y la continuidad de la explotación.

Tal como profesaba el insigne CÁMARA «el derecho no es sólo ciencia y técnica, sino también política y como tal, debe poner en ejecución lo necesario para el logro del bien común: la tutela del interés público se cumple, en buena medida, mediante la protección del trabajo»¹⁷⁵², a lo que cabría agregar: de la empresa, de los acreedores, de los proveedores y, porque no decirlo, del mercado, ya que más allá de los intereses sectoriales, el cierre de una empresa perjudica más allá de lo imaginable¹⁷⁵³.

De nada sirven procesos en los que la protección se concentre en una sola de las partes involucradas en la insolvencia, la indemnización por despido no sirve para remediar los efectos económicos, sociales, culturales, políticos y psicológicos que la falta de empleo causan a la sociedad toda, y el trabajador frente a un deudor concursado deja de ser un simple

¹⁷⁵⁰ Cfr. MAFFÍA, *op. cit.*, pág. 1036.

¹⁷⁵¹ Cfr. CÁMARA, *op. cit.*, vol. III-B, pág. 739.

¹⁷⁵² *Idem*, vol. III-B, pág. 537.

¹⁷⁵³ Cfr. Cám.Civ. y Com. Tucumán, “Raffo, Angel E., suc. y otros”, L.L. AR/JUR/4405/1980, 18/03/1980.

acreedor, para convertirse en artífice de su propio destino. La continuidad de la empresa hace al interés de toda la sociedad.

Corresponde al derecho concursal cumplir también una función social, y en esto no está comprometido el orden público sino el interés general, ya que la ley de quiebras es un instrumento útil que posibilita la conservación de la unidad económica viable.

Ahora bien, ¿será como señalaba el juez MONTI al comentar la ley de quiebras 19.551 en relación a los criterios de valoración del acuerdo preventivo (art. 61), los propósitos de la ley concursal? *v. gr.* su congruencia con las finalidades de los concursos y su conformidad con el interés general (inc. 1°); su conveniencia económica respecto de la conservación de la empresa y la protección del crédito (inc. 2°); las posibilidades de su cumplimiento y las garantías o medidas para asegurarlo (inc. 3°); la existencia de causales de impugnación no invocadas (inc. 4°); si el deudor, según su conducta, era merecedor de la solución preventiva (inc. 5°); y la suficiencia de los registros contables del concursado (inc. 6°)¹⁷⁵⁴.

El art. 1° de la Ley de Concursos Mercantiles de México dispone: “La presente Ley es de interés público y tiene por objeto regular el concurso mercantil” y, a renglón seguido expone: “Es de interés público conservar las empresas y evitar que el incumplimiento generalizado de las obligaciones de pago ponga en riesgo la viabilidad de las mismas y de las demás con las que mantenga una relación de negocios”, con lo que se vislumbra el interés del legislador mexicano en proteger, no solamente la hacienda, sino también las que se encuentran vinculadas con ésta en sus negocios.

La quiebra también es una forma de dar satisfacción a los acreedores y siempre que fuere posible debe ser evitada, aunque existen ocasiones en las que la única forma de conjugar todos los intereses en juego es a través de la liquidación de los activos y el reparto de los fondos obtenidos entre los acreedores.

Una adecuada correlación de los diversos intereses y de preceptos –algunos de ellos indisponibles– debe cobrar mayor vigor e importancia frente a situaciones en las que confluyen una comunidad de intereses que

¹⁷⁵⁴ MONTI, *op. cit.*, pág. 1089.

750

PABLO ERNESTO MÁRMOL

trascienden lo particular y comprometen sensiblemente el interés general, máxima de protección, del ordenamiento concursal.

De allí, que sea más importante el interés público de la ley concursal, que perseverar en el carácter de orden público de la ley y en la indisponibilidad de algunas de sus premisas. Persistiendo en tal postura, no será posible superar la insolvencia.

CAPÍTULO XI

LA CONSERVACIÓN DE LA EMPRESA COMO PRINCIPIO CON- CURSAL: DERECHO COMPARADO Y ELEMENTOS DEL PRINCIPIO EN LA LEGISLACIÓN FALIMENTARIA ARGENTINA

§ 1. PRELIMINAR

Apostillada en el Capítulo X la importancia que reviste la protección de los diversos intereses en juego dentro del proceso concursal, queda hacer referencia a lo que se considera, el principio más fuerte del derecho falimentario, esto es la conservación de la empresa.

La concepción clásica de la quiebra cuya finalidad descansaba en la liquidación del patrimonio del *cessatus* para distribuir luego el producido resultante entre los acreedores siguiendo los postulados de la *par condicio creditorum* con lo que se exteriorizaba el interés privado de las relaciones entre acreedores y deudor, lentamente fue cediendo para dar paso al interés público que –cual celoso custodio– el Estado está obligado a tutelar.

La continuidad de la explotación y conservación de la empresa ha dado lugar a numerosos trabajos y desarrollo en la doctrina y la jurisprudencia, tanto nacional como extranjera, ya que años atrás las empresas privadas, como lo refería hace ya algunas décadas CÁMARA, no eran objeto de interés y control estatal, simplemente, porque la estructura económica de aquella época les permitía una función limitada al interés de pocas personas y de poca monta. En la actualidad, las condiciones del mercado: económicas, industriales, comerciales, comunicacionales, tecnológicas, etc., se han transformado, multiplicándose y tecnificándose, al ex-

tremo que las empresas han venido a crear los instrumentos más eficaces y más útiles a los fines de la producción, la industria y el comercio¹⁷⁵⁵.

Las viejas formas de pensar la solución de la crisis empresarial, las primitivas fórmulas, dogmas e ideologías, por estimadas o útiles que hayan sido en el pasado, no se adecuan ya a las necesidades que impone una sociedad cambiante. El mundo que está rápidamente emergiendo del choque de nuevos valores y tecnologías, nuevas relaciones geopolíticas, nuevos estilos de vida y modos de comunicación, exige ideas y analogías, clasificaciones y conceptos completamente nuevos¹⁷⁵⁶ pero, no por ello, desprovistos de principios.

La producción por medio de la figura de la empresa es propia de los tiempos modernos y esta modalidad de realización se enmarca entre los logros más importantes del siglo de mayor desarrollo de la ciencia y la economía (siglo XIX)¹⁷⁵⁷.

Las crisis económica-financieras del nuevo siglo no tienen las mismas características de las que gozaron sus predecesoras, a mérito de la aparición en la economía de un nuevo actor: la empresa, cuya conceptualización resulta factible en el ámbito económico pero difícil de captar en el jurídico¹⁷⁵⁸. No en vano, se ha sostenido con acierto que el tema de la empresa –de fundamental importancia actual– es uno de los más arduos de la ciencia jurídica¹⁷⁵⁹.

La empresa se muestra en la vida real a través de la exteriorización de sus medios instrumentales, organizacionales, técnicos y humanos, el que puede adquirir múltiples formas en su conducción a través de un sujeto individual, sociedad, asociación, cooperativa, etcétera. Definir y precisar el concepto de conservación de la empresa y la importancia que la misma reviste en el particular y conflictivo ámbito del derecho concursal,

¹⁷⁵⁵ Cfr. CÁMARA, Héctor, *El Concurso Preventivo y la Quiebra*, ed. Depalma, Bs. As., (1990), vol. III-B, pág. 875.

¹⁷⁵⁶ Cfr. TOFFLER, Alvin, *La tercera ola*, Plaza & Janes S.A. Editores, Colombia (1980).

¹⁷⁵⁷ Cfr. CÁMARA, *op. cit.*, vol. III-B, págs. 875-876, nota 278.

¹⁷⁵⁸ Cfr. DASSO, Ariel A., *Un "nuevo" Derecho Concursal en el Derecho Comparado. En ocasión de la reforma al régimen italiano (2005/2006)*, L.L. 2007-A-957.

¹⁷⁵⁹ Cfr. ZAVALA RODRIGUEZ, Carlos J., "Código de Comercio y leyes complementarias. Comentados y concordados", Bs. As., 1959/1975, t. I, pág. 84; cfr. GARRIGUEZ, Joaquín, "Tratado de Derecho Mercantil", Madrid, (1947/9), t. I, vol. I, pág. 310.

consumirá las líneas de este capítulo con miras a determinar con alguna precisión, cuales de ellas son objeto de adecuada protección.

Actualmente, no existen reparos en sostener que la conservación de la empresa representa un bien jurídico amparado por el derecho laboral (arts. 65 y 267, ley 20.744), el derecho societario (art. 100, ley 19.550) y el derecho concursal (arts. 179, 189 y ss. ley 24.522) como mecanismo apto para tutelar una multiplicidad de intereses (*vide* § Capítulo X), preservando su subsistencia a pesar de los avatares a los cuales se vea sometida.

Este principio procura que la empresa se mantenga en pleno funcionamiento sin perjuicio de los avatares y/o alternativas a los que se ve permanentemente sometida: incrementar los aportes sociales o proceder a la liquidación administrativa; solicitar el concurso preventivo o peticionar la quiebra; celebrar un acuerdo con los acreedores transfiriendo la participación accionaria u optar por la fusión con otra u otras sociedades¹⁷⁶⁰ o la continuidad de la explotación en la quiebra.

En la actualidad, la protección y prosecución de las actividades de la hacienda se erigen en las ideas directrices, en los principios fundamentales que debe sostener cualquier ordenamiento que regule la insolvencia, más allá de las concepciones económicas y de los conflictos que puedan presentarse¹⁷⁶¹.

Vocablos tales como reorganización, reestructuración, conservación, continuidad, o mantenimiento son utilizados indistintamente por el legislador en diferentes pasajes de la ley concursal y su precisión será motivo de análisis a los efectos de establecer los límites y el alcance de la genérica expresión: “conservación de la empresa”.

§ 2. EL CONCEPTO DE EMPRESA. DIFICULTADES PARA SU PRECISIÓN

Resulta incuestionable que la voz “empresa” revolucionó el derecho moderno. La necesaria agrupación de capitales para hacer frente a los grandes proyectos de inversión como la UTE, la adopción de diferentes

¹⁷⁶⁰ Cfr. VERÓN, Alberto Víctor, *Sociedades Comerciales*, ed. Astrea, Bs. As., (1998), t. 2, pág. 270.

¹⁷⁶¹ Cfr. CÁMARA, *op. cit.*, vol. III-B, pág. 876.

ropajes jurídicos para limitar la responsabilidad de los comerciantes (sociedad de responsabilidad limitada) que unidos bajo la figura de la empresa se lanzaron a llevar adelante proyectos de la más variada índole, dieron lugar al nacimiento en la doctrina y la legislación de esta nueva figura que cada vez requiere mayor protección por parte del sistema jurídico¹⁷⁶².

Para el Diccionario de la Real Academia Española el vocablo empresa tiene varias acepciones: 1) acción o tarea que entraña dificultad y cuya ejecución requiere decisión y esfuerzo; 2) unidad de organización dedicada a actividades industriales, mercantiles o de prestación de servicios con fines lucrativos y 3) lugar en que se realizan estas actividades¹⁷⁶³.

Etimológicamente, la palabra empresa proviene del italiano *impresa* la cual se origina en el vocablo latino *prehendere* que significa emprender una actividad que implica trabajo o que representa dificultades¹⁷⁶⁴, lo que tampoco resulta suficiente para aprehender su verdadero sentido y alcance.

El profesor MAFFÍA haciendo gala de su inocultable retórica, cita al maestro español Joaquín GARRIGUES, quien expresara que «la empresa era como una princesa inalcanzable, pues hace cincuenta años que la persiguen y nadie ha podido conquistarla»¹⁷⁶⁵ queriendo representar con ello, la dificultad presente a lo largo del tiempo en poder precisar su concepto.

El uso generalizado del término “empresa” estuvo siempre ligado (tal vez, por sus orígenes en las repúblicas italianas de la edad media y moderna) a un concepto comercial, por lo que resulta más propio vincular a la empresa con la actividad mercantil que despliega el comerciante o la sociedad de capital, lo cual importa desconocer que también es empresa la que desarrollan las sociedades civiles, fundaciones o simples asociaciones. Los clubes de fútbol representan el ejemplo más claro de esta afirmación.

¹⁷⁶² Cfr. ALVAREZ TRONGÉ, Manuel, *La empresa comercial y el derecho Análisis del concepto y sus consecuencias*, L.L. 1990-D-1020.

¹⁷⁶³ Diccionario de la Real Academia Española, (22ª edición), ed. Espasa-Calpe.

¹⁷⁶⁴ COROMINAS, Joan, *Breve diccionario etimológico de la lengua castellana*, (3ª edición), ed. Gredos, Madrid, pág. 474.

¹⁷⁶⁵ MAFFÍA, Osvaldo, *¿Qué es...? “Par conditio”, “masa”, “abstracción”, “junta”*, L.L. 2007-F-1187.

La noción de empresa surge en el campo de la economía política para designar determinadas organizaciones de los factores de la producción. Todavía hoy se define la empresa como “una comunidad de producción independiente”¹⁷⁶⁶ o como “la unidad de la producción constituida sobre una base capitalista”¹⁷⁶⁷.

La naturaleza social del hombre lo llevó desde muy temprano a descubrir las ventajas que significa el coordinar la acción de varios individuos y la utilización de instrumentos apropiados, conforme a un plan, para facilitar la consecución de sus propósitos. El advenimiento del capitalismo y la formación de las primeras grandes empresas al final del período del renacimiento y comienzo de la edad moderna señalan la iniciación de un nuevo momento en el desarrollo de las transacciones: la economía dineraria o monetaria pasó a reemplazar a la economía natural que había imperado hasta entonces. Por esta razón, la noción de empresa adquiere alguna mayor precisión, especialmente, en el campo de la economía política; y la fuerza de los hechos hace que los códigos y las leyes tengan que ocuparse de ella, formándose al lado de esa noción económica una noción jurídica de la empresa, pero sin que la una ni la otra hayan logrado unanimidad de adhesiones en sus respectivos campos de acción.

Observando el proceso de producción de los bienes con miras al cambio se puede advertir que en él intervienen por lo común, el trabajo humano, la naturaleza y el capital en proporciones y modalidades muy variables. De la combinación de estos elementos surgen numerosos esquemas de la organización de la producción. Salvo el caso del pequeño artesano que trabaja solo en su casa, con sus propias herramientas y las materias primas que le pertenecen; o bien el pequeño agricultor propietario que labra su campo con sus propios útiles y ganados y, a lo sumo, con ayuda de su propia familia, existen una infinidad de tipos y modalidades de organización; pero lo que importa señalar es que, descartado el caso más sencillo del artesano que trabaja solo, bajo apariencias tan distintas, todas esas actividades caben dentro de un solo concepto, el de empresa, que los economistas suelen definir como “una organización de produc-

¹⁷⁶⁶ BENHAM, Frederic, *Curso superior de economía*, traducción de V.L. Urquidí, (4ª edición), México, (1948), pág. 165.

¹⁷⁶⁷ HELLER, W., *Diccionario de economía política*, 2ª edic., ed. Labor, Barcelona, (1950), pág. 151.

ción de bienes o de servicios destinados a ser vendidos, con la esperanza de obtener beneficios”¹⁷⁶⁸.

De acuerdo con esta definición genérica y de una vaga precisión, es posible identificar los siguientes caracteres distintivos de la empresa: a) la empresa es una organización, es decir, un ente complejo; b) apta para producir no solo bienes materiales sino también inmateriales (servicios); c) dichos bienes están destinados al cambio, es decir, al mercado general; d) la actividad se realiza con propósitos de obtener beneficios.

El error generalizado de utilizar el término “empresa” para confundirlo con el de sociedad comercial, asociación, cooperativa, etc., obliga a prevenir sobre el uso de esta práctica incorrecta. La generalidad de los autores coinciden en que la voz “empresa” es un concepto económico, no jurídico y se la suele definir como “organización de los factores de la producción de bienes o servicios destinados a su comercialización”.

Como puede apreciarse, “empresa” es un concepto dinámico, de movimiento y de organización de los elementos materiales, inmateriales y personales que la componen. Es la actividad y organización de éstos componentes lo que caracteriza el concepto de empresa desde el punto de vista económico. De otro lado, el derecho se encarga de tutelar la disciplina que despliega el empresario –que es el titular de la hacienda– sobre el cual pesan diversas obligaciones¹⁷⁶⁹.

En base a estas ideas, y sin dejar de advertir la imprecisión que la locución “empresa” ha implicado para la doctrina nacional podría conceputarse a la misma como: “la actividad compleja y organizada de los factores de la producción para fabricar o intermediar en productos o servicios, con un fin”.

¹⁷⁶⁸ Cfr. ETCHEVERRY, Raúl Aníbal, *Derecho Comercial y Económico*, Parte General, ed. Astrea; HALPERIN, Isaac, *Curso de derecho comercial* (4ª edición) actualizada por BUTTY, Enrique M., ed. Depalma, vol. I; BARBIERI, Pablo C., *Contratos de Empresa*, ed. Universidad; GARRONE, José Alberto y CASTRO SAMMARTINO, Mario E., *Manual de derecho Comercial*, (2ª edición), ed. Abeledo-Perrot, Bs. As., (1996); PISANI, Osvaldo E., *Elementos del derecho comercial*, ed. Astrea; FONTANARROSA, Rodolfo O., *Derecho Comercial Argentino*, Parte General, ed. Zavalía, t. I.

¹⁷⁶⁹ Cfr. FERRI, Giuseppe, *Manuale di diritto commerciale*, (1980), pág. 48 cit. por DASSO, *Un `nuevo` Derecho Concursal...*, *op. cit.*, pág. 957.

§ 3. SIMILITUDES Y DIFERENCIAS CON OTRAS FIGURAS

Con motivo a la gran proliferación de conceptos que usualmente se utilizan para referirse a las actividades empresarias, se hace necesario precisarlos, por lo tanto, se hará referencia, en primer término, a los conceptos que se identifican con el vocablo empresa y luego, se mencionarán aquellos otros objetos con que se lo confunde.

La primera aproximación que podría encontrarse es la que surge de los conceptos de empresa y fondo de comercio. La ley 11.867 de Transferencia del Fondo de Comercio (Adla, 1934-524) a pesar del esfuerzo realizado para determinar los elementos constitutivos de un establecimiento comercial a los efectos de su transmisión¹⁷⁷⁰ no indica qué debe entenderse por “empresa” sino, solo el procedimiento a seguir para su transmisión.

También se han encontrado aproximaciones con las figuras del establecimiento mercantil o industrial (arts. 1, 2 8 y 12, ley 11.867), las que son identificadas con la de fondo de comercio, lo cual surge del propio ordenamiento.

Sin embargo, no se debe confundir la empresa con las figuras del empresario, sociedad, sede social y establecimiento. El empresario es el sujeto que lleva adelante la actividad empresarial, el cual puede estar en cabeza tanto de una persona física cuanto de una jurídica. La empresa es el medio-fin a través de la cual ésta se pone en movimiento.

A pesar de la orfandad legislativa y los denodados intentos fallidos desplegados por la doctrina nacional –por autores de la talla de ANAYA, RICHARD y ZAVALA RODRÍGUEZ, entre otros– de incorporar el tratamiento de la empresa de modo orgánico, no ha sido posible incluir en la legislación argentina un tratamiento sistematizado de la misma.

El art. 8 inc. 5° del Código de Comercio refiere entre los actos de comercio a “las empresas de fábricas, comisiones, mandatos comerciales, depósitos o transportes de mercaderías o personas por agua o por tierra”,

¹⁷⁷⁰ Art. 1° Ley 11.867. “Decláranse elementos constitutivos de un establecimiento comercial o fondo de comercio, a los efectos de su transmisión por cualquier título: las instalaciones, existencias en mercaderías. nombre y enseña comercial. la clientela, el derecho al local. las patentes de invención. las marcas de fábrica, los dibujos y modelos industriales, las distinciones honoríficas y todos los demás derechos derivadas de la propiedad comercial e industrial o artística”.

sin precisar el concepto de empresa. De otro lado, el art. 5 de la Ley de Contrato de Trabajo conceptúa empresa –exclusivamente, a los fines de las relaciones laborales– como “la organización instrumental de medios personales, materiales e inmateriales, ordenados bajo una dirección para el logro de fines económicos o benéficos”. Seguidamente, define empresario “a quien dirige la empresa por sí, o por medio de otras personas, y con el cual se relacionan jerárquicamente los trabajadores, cualquiera sea la participación que las leyes asignen a éstos en la gestión y dirección de la `empresa’”, a lo que podría agregarse las relaciones que terceros poseen con el que dirige la organización de la hacienda.

Dentro del ámbito del derecho del trabajo, como una suerte de apéndice de la ley 20.744 se hace mención a la empresa en la ley 24.013 (Adla, 1991-D-3873), en la que se instituye un mecanismo denominado “Procedimiento Preventivo de Crisis de Empresas” (art. 98 a 105), que ha recibido ciertas modificaciones para una categoría particular, las denominadas “pequeñas y medianas empresas”, que son aquellas que cuentan con menos de cuarenta trabajadores en relación de dependencia y/o con una facturación anual menor a la que se determina vía reglamentación (cfr. art. 83 de la ley 24.467, Adla, 1995-C-2927). Por lo que cabe mencionar que en el ámbito del derecho del trabajo se ha hecho más evidente la preocupación por el tratamiento de la empresa que el desarrollado que esta tuvo en la legislación mercantil.

Nuestro sistema jurídico ha seguido la tradición italiana¹⁷⁷¹ de definir el concepto de empresario y no el de empresa, como lo ha hecho por ej. el Código de Comercio de Honduras¹⁷⁷² o el de Bolivia que en el art. 448 considera a la misma como “la organización de elementos materiales e inmateriales para la producción e intercambio de bienes o servicios”¹⁷⁷³. Asimismo, establece la posibilidad que una misma empresa pueda realizar su actividad a través de uno o más establecimientos y precisa que es-

¹⁷⁷¹ Art. 2082 Codice Civile Italiano: “È imprenditore chi esercita professionalmente una attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o di servizi”.

¹⁷⁷² Art. 644 Cód. Com. de Honduras: “Se entiende por empresa mercantil el conjunto coordinado de trabajo, de elementos materiales y de valores incorpóreos, para ofrecer al público, con propósito de lucro y de manera sistemática, bienes o servicios”. Ley 73 (1950).

¹⁷⁷³ Código de Comercio de Bolivia, Decreto Ley 14.379 (1977).

tablecimiento es “el conjunto de bienes organizados por el empresario para realizar los fines de la empresa”¹⁷⁷⁴.

El art. 5 del Código de Comercio de Portugal brinda una noción de empresa y la describe en forma simple en los siguientes términos: “considerase empresa a toda organización de capital y trabajo destinada al ejercicio de cualquier actividad económica”¹⁷⁷⁵.

El empresario es la persona, física o jurídica que crea la empresa, la organiza, la explota, aprovecha sus beneficios y soporta sus riesgos. Son dos los elementos fundamentales que sirven para caracterizar al empresario para distinguirlo de los otros sujetos, potencialmente interesados en la empresa, estos es, los capitalistas y los trabajadores: uno es la iniciativa y el otro el riesgo¹⁷⁷⁶. La iniciativa es propia de la función del empresario, esto es, la función creadora de riqueza¹⁷⁷⁷. El riesgo resulta inherente a todo proceso productivo y requiere un trabajo de organización y creación por parte del empresario¹⁷⁷⁸.

Del mismo modo, es común confundir la empresa con el sujeto jurídico titular de derechos y obligaciones, como es el caso de la sociedad comercial. La sociedad puede ser el empresario pero no la empresa. Dado el desarrollo de la industria moderna que requiere la concentración de capitales considerables es muy frecuente que las grandes empresas sean organizadas y explotadas por sociedades aunque, valga la aclaración, puede existir empresa sin sociedad, pero no a la inversa.

Si el empresario no es una persona física sino jurídica, sus funciones son ejercitadas por los órganos de la corporación (administración). Si la empresa pertenece a una sociedad comercial, a menudo se cometerá el error de designar la sociedad por la empresa. Este uso es inexacto. Como una persona física no puede ser nunca una empresa sino un empresario, así ocurre también con las sociedades comerciales; la persona jurídica es

¹⁷⁷⁴ Código de Comercio de Bolivia, Decreto Ley 14.379 (1977).

¹⁷⁷⁵ Artigo 5º Noção de empresa: “Para efeitos deste Código, considera-se empresa toda a organização de capital e de trabalho destinada ao exercício de qualquer actividade económica”. Decreto Lei 116/08, Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas, Portugal.

¹⁷⁷⁶ Cfr. FERRI, “Manuale...”, *op. cit.*, pág. 28.

¹⁷⁷⁷ Cfr. ASQUINI, Alberto, *Profili dell'impresa*, “Rivista del Diritto Commerciale e delle Obligazioni”, Milano, 1943-I-2.

¹⁷⁷⁸ Cfr. GUTIÉRREZ FALLA, Laureano F., *La Empresa*, ed. Astrea, Bs. As., (2000), pág. 12.

simplemente empresario y, como tal, titular de la empresa, pero no la empresa misma.

Otra cuestión interesante es la que se plantea en relación a la determinación de la sede social y establecimiento principal, y el error en relacionar esto con el domicilio social. Para explicar estos conceptos hay que distinguir si el empresario es una persona física, en este caso sede social es el lugar de de la administración de sus negocios y, a falta de éste, al del lugar del domicilio.

Si en cambio, se trata de una persona jurídica regularmente constituida, en este caso sede social es el lugar en el que se encuentra inscripto el contrato social. Tal forma de considerar a la sede social (en el caso de la persona jurídica regularmente constituida) se contrapone con el principio de conservación de la empresa, toda vez que la determinación de la sede social tiene vinculación directa con la competencia concursal y ésta, no puede ser otra que aquella donde la empresa tiene el asiento de su matriz productiva (sobre el particular remito al lector al desarrollo efectuado en el Capítulo VI § 12.b.2).

Por último, si la persona jurídica no se encuentra regularmente constituida, se entiende por sede social el establecimiento principal de los negocios, con lo que no se advierte, claramente, el motivo de la distinción entre una persona jurídica regular, frente a otra, irregular.

§ 4. LA EMPRESA COMO OBJETO TRANSACCIONAL

Nuestra legislación, a diferencia del Código Hondureño (*vide* § 2), no define a la empresa y, mucho menos, considera a ésta sujeto de derecho¹⁷⁷⁹. Sin embargo, existen algunas corrientes jurídicas que se refieren indistintamente al patrimonio afectado de la empresa, lo cual resulta inaplicable en nuestro derecho porque no existe un sujeto jurídico identifi-

¹⁷⁷⁹ Sobre el particular resulta ilustrativa la doctrina alemana de fines del siglo XIX que consideró a la empresa sujeto de derecho. Cfr. HASENPFLUG, *Eine unter einer firma betriebene handlung ist als das rechtssurjekt anzushen*, Themis, (1872) t. I, pág. 12; GALPECKE, *Zeitschrift ü Handelsrecht*, (1852), t. II, pág. 12; ENDEMANN, *Das deutsche handelsrecht systematisch dargestellt*, Heidelberg, (1875), pág. 58; MOMMSEN, *Archiv Für Theorie und Praxis*, (1875), XXXIII, pág. 201, citados por FERNÁNDEZ, Raymundo L. - GÓMEZ LEO, Osvaldo R., *La empresa*, L.L. 1979-D-837.

cable como empresa, ni el Código Civil (art. 33) enumera a la empresa como sujeto, ni existe alguna otra ley especial que delimitando a un sujeto: “empresa”, le otorgue capacidad para adquirir derechos o contraer obligaciones. Sin embargo, frente a un sujeto *in malis* esto requiere de algunas aclaraciones.

La empresa se caracteriza por un conjunto patrimonial de bienes cuya titularidad o propiedad pertenece a una o más personas. Es el empresario o el titular de la hacienda quien contrata o realiza en general diversos actos jurídicos de administración y disposición sobre la empresa, sea en su totalidad o en partes de ella, por ejemplo: alquila toda la explotación a un tercero, vende una maquinaria por obsoleta, etcétera.

La empresa, así objetivada, tendrá como organizador al empresario que será su titular y quien asumirá el riesgo propio de la actividad empresarial. Sin ésta, que es propia del empresario, la empresa sería un conjunto de bienes estáticos, sin acción ni vida¹⁷⁸⁰.

La ley 11.867 de Transferencia del Fondo de Comercio (Adla, 1934-524) tampoco se refiere a la empresa como sujeto de derecho aunque, hace referencia a “establecimiento comercial” o “industrial” (art. 2) en forma genérica, a sus elementos constitutivos: “las instalaciones, existencias en mercaderías. nombre y enseña comercial. la clientela, el derecho al local. las patentes de invención. las marcas de fábrica, los dibujos y modelos industriales, las distinciones honoríficas y todos los demás derechos derivadas de la propiedad comercial e industrial o artística” (art. 1).

Normalmente, la transmisión de una empresa (explotación o establecimiento: industrial o comercial) entre sujetos *in bonis* se materializa, principalmente, a través del contrato de compraventa. Por tanto, lo que se transmite es una organización en movimiento con todos los elementos que la componen. Se vende el negocio en su conjunto, bajo ciertas reglas: entrega de una nota firmada, enunciativa de los créditos adeudados, con nombres y domicilios de los acreedores y monto de los créditos y fechas de vencimientos, si los hay (art. 3, ley 11.867). La violación a las disposiciones de la Ley de Transferencia del Fondo de Comercio “hacen responsables solidariamente al comprador, vendedor, martillero o escribano

¹⁷⁸⁰ Este concepto se asemeja al que después propugna HALPERIN para el “fondo de comercio”. Cfr. HALPERIN, “Curso...”, *op. cit.*, vol. I, pág. 9-65.

que las hubieran cometido, por el importe de los créditos que resulten impagos. como consecuencia de aquellas y hasta el monto del precio de lo vendido” (art. 11, ley 11.867).

Partiendo de la premisa que la empresa es una organización de actividades, de bienes y de relaciones de variada clase, cuando fuere objeto de tráfico, su transferencia significa la inclusión del activo y el pasivo, en suma, la transferencia del negocio como organización viva. Ello, «no puede operarse en bloque sino a través de pasos sucesivos en las que estén comprendidos los distintos elementos heterogéneos que la componen»¹⁷⁸¹.

El precio lo convienen libremente las partes contratantes, pero el mismo, nunca podrá ser inferior al de los créditos constitutivos del pasivo confesado por el *tradens*, más el importe de los créditos no confesados por el vendedor, pero cuyos titulares hubieran formulado oposición a la transferencia, dentro de los 10 días de la última publicación (art. 8, ley 11.867).

En caso de quiebra, la transmisión de la empresa se realiza independientemente de que esta se encuentre en actividad y más allá de la situación que presente el pasivo determinado o determinable a la fecha de la adquisición, ya sea por deudas laborales (art. 199, LCQ) –en hipótesis de continuación de la actividad– o de otra naturaleza, por cuanto el adquirente no es sucesor del fallido.

Así como la empresa del *de cuius* se transmite a los herederos, quienes en comunidad pueden continuar con la explotación impidiendo, de esta forma que la misma se extinga por desaparición del titular, de igual manera la empresa del deudor insolvente puede ser entregada a un tercero con el fin de continuar la actividad, convirtiéndose de esta forma en objeto-causa del negocio.

De acuerdo a las previsiones del art. 443 inc. 12º del Código Civil, el tutor con autorización judicial puede continuar con los establecimientos comerciales o industriales que el menor herede. Por otro lado, el art. 3475 bis de igual plexo legal impide la división de los bienes cuando su separación convierta en antieconómico el uso y aprovechamiento de las par-

¹⁷⁸¹ VELAZCO ALONSO, Angel, *La ley de sociedades anónimas*, ed. Derecho Financiero, Madrid, (1982), pág. 159.

tes, conforme lo previsto en el art. 2326¹⁷⁸² y, por último, la ley 14.394 (Adla, 1954-A-237), faculta a toda persona a imponer a sus herederos la indivisión forzosa de un bien determinado o de un establecimiento comercial, industrial o agrícola, lo cual persigue la protección de la empresa, impidiendo su desmembramiento.

En el régimen español, *asimili*, cuando el padre desee conservar indivisa una explotación: agrícola, ganadera, forestal, pesquera, industrial, de construcción, comercial, turística, de transportes, de comunicaciones, de intermediación, de profesionales o de servicios en general, puede establecer que la porción legítima de él o los hijos que no deseen participar de la empresa se satisfaga en dinero. El art. 1056 del Código Civil español faculta “al testador que en atención a la conservación de la empresa o en interés de su familia, quiera preservar indivisa una explotación económica o bien mantener el control de una sociedad de capital o grupo de éstas podrá usar de la facultad concedida en este artículo, disponiendo que se pague en metálico su legítima a los demás interesados”¹⁷⁸³.

Este párrafo del art. 1056 ha sido introducido por la ley de reforma a la Ley de Sociedad de Responsabilidad Limitada denominada Sociedad Limitada Nueva Empresa¹⁷⁸⁴, la cual reforma parcialmente el Código Civil Español.

Queda así bosquejado que las principales características que presenta la empresa de hoy, sigue siendo de naturaleza esencialmente económica, sin perjuicio de que el fenómeno debe ser receptado y regulado por el derecho mercantil. En la actualidad, la empresa es quien interviene en la mayor cantidad de relaciones jurídicas abarcadas por dicha rama de la ciencia jurídica.

¹⁷⁸² Cfr. Art. 2326 Cód. Civ.: “Son cosas divisibles, aquellas que sin ser destruidas enteramente pueden ser divididas en porciones reales, cada una de las cuales forma un todo homogéneo y análogo tanto a las otras partes como a la cosa misma. No podrán dividirse las cosas cuando ello convierta en antieconómico su uso y aprovechamiento. Las autoridades locales podrán reglamentar, en materia de inmuebles, la superficie mínima de la unidad económica”.

¹⁷⁸³ Art. 1056 Código Civil de España, BOE 206 (1889).

¹⁷⁸⁴ Ley 7/2003, de la Sociedad Limitada Nueva Empresa, BOE 79/2003, modif. Ley 2/1995 de Sociedades de Responsabilidad Limitada.

En este sentido, BARBIERI¹⁷⁸⁵ expresa que la empresa aparece como un elemento integrador de los derechos civil y comercial, siendo, entonces el motor unificador de los contratos y obligaciones.

Como ya se adelantara, no existe en el derecho nacional un tratamiento orgánico de la empresa como sujeto susceptible de adquirir derechos y contraer obligaciones. Sin embargo, la evolución legislativa –sobre todo en el derecho comparado y las reformas verificadas desde mitad de siglo hasta la actualidad– van esbozando cierto tipo de recepción del concepto, aunque sin llegar a sistematizar su regulación jurídica.

Dentro del ámbito de la Ley de Sociedades Comerciales (arts. 16 y 100, ley 19.550), la empresa puede ser objeto de transacción separándose claramente, el sujeto titular de la hacienda, de los bienes que la componen. Ello así, por cuanto, cuando los lazos contractuales impiden una armónica convivencia entre los socios, surge el interés general de mantener una organización productiva útil para la vida económica¹⁷⁸⁶.

En el ámbito del derecho concursal, la empresa es objeto de protección ya sea por vía del concordato (arts. 43, 48 y 69, LCQ) como por conducto de su continuación en la quiebra (arts. 189 y 190, LCQ), por lo que existe un sistema de protección de la hacienda que la exhibe como objeto transaccional.

De esta forma, la empresa –no el empresario– es objeto de transacción y la razón de ello se encuentra en el principio de conservación.

§ 5. DEL INTERÉS POR EL DEUDOR AL INTERÉS POR LA EMPRESA

Fue ALEGRÍA quien sostuvo que la primera idea en la que germinó la “conservación por la empresa” apareció con la ley austriaca del 10 de mayo de 1743, y tuvo su primera expresión legislativa de trascendencia en la ley francesa del 28 de mayo de 1838¹⁷⁸⁷.

¹⁷⁸⁵ BARBIERI, “Contratos...”, *op. cit.*, pág. 43.

¹⁷⁸⁶ Cf. RUBIO, Jesús, *El principio de conservación de la empresa y la disolución de sociedades mercantiles en el derecho español*, Revista de Derecho Privado, Madrid, enero-diciembre (1935), t. II, pág. 288.

¹⁷⁸⁷ MARTORELL, Ernesto Eduardo, *Tratado de Concursos y Quiebras*, ed. Depalma, Bs. As., (1998), t. I, pág. 285.



El *Code de Commerce* francés de 1808 omitió toda referencia en relación al concurso preventivo o a la continuidad de la empresa y siguió la concepción clásica de la quiebra, cuya finalidad era la liquidación del patrimonio del deudor para repartir su producto entre los acreedores, de acuerdo a la regla de la paridad, posición ésta encontrada con la defendida por quienes, siguiendo a SALGADO DE SOMOZA, daban prioridad al interés público, cuya tutela le compete al Estado, sobre el privado, de los acreedores¹⁷⁸⁸.

El Código de Comercio italiano de 1882, reglamentó la continuidad del comercio del fallido por medio del curador con autorización del juez delegado, pero siempre sobre la base de que la interrupción podría generar mayores perjuicios a los acreedores¹⁷⁸⁹.

Luego, la ley francesa del 8 de agosto de 1935 concretó la nueva tendencia ya atisbada en los trabajos preparatorios de la ley belga del año 1851, autorizando la continuación en caso de que el interés público o el de los acreedores lo exijan imperiosamente¹⁷⁹⁰. Este texto fue censurado como desafortunado desde el punto de vista legislativo¹⁷⁹¹, no contando con mucho éxito en Francia, donde por ej. en la mayoría de los casos la continuación de la empresa fue decidida a fin de evitar la rescisión del contrato de locación comercial para la enajenación del fondo de comercio¹⁷⁹².

A pesar de la censura mencionada, gozó de aplicación frecuente en Italia y fue recogido por muchas otras legislaciones¹⁷⁹³ como Persia, Líbano, Chile, Honduras, Brasil, Yugoslavia, entre otras¹⁷⁹⁴.

Sin embargo, y más allá de quien fue el padre de la criatura, fueron los intereses privados de acreedores y deudor –presentes en toda crisis económica-financiera– los que dieron origen a institutos concursales alternativos a la quiebra que disminuyesen los efectos negativos para éstos.

¹⁷⁸⁸ Cfr. CÁMARA, *op. cit.*, vol. III-B, pág. 878, nota 284.

¹⁷⁸⁹ Cfr. MARTORELL, Ernesto Eduardo, *Tratado de Concursos y Quiebras*, ed. Depalma, Bs. As., (1998), t. I, pág. 286.

¹⁷⁹⁰ CÁMARA, *op. cit.*, vol. III-B, pág. 879.

¹⁷⁹¹ *Idem*, vol. III-B, pág. 879, nota 288.

¹⁷⁹² *Idem*, vol. III-B, pág. 879, nota 289.

¹⁷⁹³ *Ibidem*.

¹⁷⁹⁴ Cfr. *idem*, vol. III-B, pág. 879, nota 291.

Así, se fueron encontrando dentro de la ley de quiebras soluciones negociadas de carácter conservatorio, a través de los denominados: convenios, siendo el convenio solutorio uno de los primeros en configurarse históricamente¹⁷⁹⁵.

A tal punto es tan cierto ello, que en el caso puntual de nuestro sistema jurídico se derogó (a criterio del autor) incorrectamente, la calificación de conducta (art. 235 a 248, ley 19.551) y los sistemas represivos de la falencia, fueron atemperados, con lo que la importancia de la quiebra se redujo a los bienes del deudor, más que a sancionar la conducta del *decoctus*.

El hombre es como refería Adam Smith *homo œconomicus* ya que persigue un interés material, cual es el enriquecimiento. Sin embargo, este interés se fue trasladando, paulatinamente, al interés por la hacienda ya que fue ésta última la recipiendaria del progreso y las inversiones. No obstante, no puede descartarse que es el empresario quien dirige la empresa y quien fija los destinos de ésta, aunque con una variante, el derecho ya no protege al deudor, sino al emprendimiento que éste dirige.

Tal como fuera presentado en el Capítulo IV § 1, del interés por el deudor, lentamente se fue centrando la atención en el interés por los bienes y detrás de estos, la importancia por la empresa se hizo cada vez más seductora.

§ 6. LA CRISIS COMO PRESUPUESTO OBJETIVO DE PROTECCIÓN DE LA EMPRESA

Es desde el *Rapport Sudreau*¹⁷⁹⁶ en Francia durante la década de los '80, el momento a partir del cual comienza a concentrarse la preocupa-

¹⁷⁹⁵ Cfr. PULGAR EZQUERRA, Juana, *La declaración del concurso de acreedores*, ed. La Ley, España, (2005), pág. 68.

¹⁷⁹⁶ En Francia durante los años 1974-1975 se hizo más aguda la crisis de la empresa, llegando incluso a adoptarse el término “reforma de la empresa” en reemplazo de “democracia industrial”. Por aquellos años, fue el Presidente Giscard d’Estaing quien nombró una comisión presidida por Pierre Sudreau a los fines de investigar la problemática de la hacienda y, en su caso, efectuar las recomendaciones necesarias para mejorar el problema que acusaba en Francia por aquellos años. El informe Sudreau (*Rapport Sudreau*) –en homenaje a aquél que presidió la comisión– se dividió en cuatro secciones: a) la primera proporciona una breve reseña de las in-

ción por plasmar en la ley de concursos un mecanismo para salvar la empresa. Para ello, resultaba ineludible aislar a la empresa como *universitas facti*¹⁷⁹⁷, como un bien jurídico tutelable, con independencia de su titular¹⁷⁹⁸.

El informe elaborado por la comisión presidida por Pierre Sudreau partía de la idea de conservación de la empresa, en tanto esta necesidad se justificaba por su contribución al interés general, mediante la creación de empleos como fuente de inversión, motor de crecimiento y agente de expansión económica¹⁷⁹⁹.

Sin embargo, no cualquier empresa es motivo de atención por parte del sistema jurídico en general sino, muy especialmente, aquella que se encuentra –normalmente– en estado de crisis, con dificultades económicas o financieras o derechamente en cesación de pagos.

La Ley de Empleo 24.013 (Adla, 1991-D-3873) estableció un procedimiento pre-insolvencia en el que previo a la comunicación de despidos o suspensiones por razones de fuerza mayor, causas económicas o tecnológicas, que afecten a más del quince por ciento (15%) de los trabajadores en empresas de menos de cuatrocientos (400) trabajadores; a más del diez por ciento (10%) en empresas de entre cuatrocientos (400) y mil (1000) trabajadores; y a más del cinco por ciento (5%) en empresas de más de mil (1000) trabajadores, deberá sustanciarse el procedimiento preventivo de crisis previsto en el Capítulo VI. Este procedimiento, no es una verdadera solución frente a la crisis, por cuanto, el inicio del procedimiento encubre –la mayor de las veces– la extinción de la relación laboral, si bien permite la continuidad de la empresa.

stituciones más relevantes en el campo laboral para establecer el marco para examinar el problema de la reforma de la empresa; b) la segunda sección describe la evolución germana, antes de la cita de la comisión Sudreau y señala que, antes de 1974, la reforma de la empresa consistió principalmente en una ampliación continua de las funciones de los comités de empresas (*comités d'empresa*); c) la tercera sección resume las propuestas principales del informe Sudreau y, por último, d) la última sección establece un régimen de seguimiento del informe.

¹⁷⁹⁷ HALPERIN, Isaac, “Curso de derecho comercial”, Bs. As., (1972), t. I, pág. 79; ZAVALA RODRIGUEZ, Carlos J., “Código de Comercio y leyes complementarias. Comentados y concordados”, Bs. As., (1959/1975), t. II, pág. 1485; CÁMARA, Héctor, *Transmisión de establecimientos comerciales e industriales (Ley 11.867)*, Córdoba, ed. Universidad (1955), pág. 32.

¹⁷⁹⁸ Cfr. DASSO, “Un `nuevo` Derecho Concursal...”, op. cit., pág. 957.

¹⁷⁹⁹ Cfr. SUDREAU, Pierre, *Informe del Comité de Estudios para la Reforma de la Empresa*, ed. Mapfre, París, (1975), pág. 171-172.

Fuera de este marco normativo, no existe otro sistema de prevención de la insolvencia y que preserve los puestos de trabajo, como lo podemos encontrar en la normativa falencial. Por lo tanto, frente a un deudor *in malis*, es el estado de cesación de pagos, el que –habitualmente– da luz verde al trámite de concurso mediante algunas de sus variantes: concurso preventivo, acuerdo preventivo extrajudicial o quiebra.

El continuo deterioro de la situación económico-financiera lleva paulatinamente a un cese en los pagos con efectos multiplicadores frente a diversos sujetos: acreedores, trabajadores, socios (en particular sobre aquellos que realizaron aportes para solventar deudas), entidades de crédito, proveedores, Estado (por la imposibilidad de recaudar impuestos), etcétera. Los factores que pueden influenciar en esta situación pueden ser internos o externos: en cuanto a los primeros, podrían mencionarse, la falta de inversiones; tecnología obsoleta; el objeto no adecuado a la realidad económica (*v. gr.* venta de sombreros, cuando ya nadie los usa); carencia de personal idóneo; políticas erráticas, etc. De otro lado, entre los externos, pueden apuntarse: los que menciona el art. 98 de la ley 24.013, es decir, razones de fuerza mayor, causas económicas o tecnológicas, o bien, crisis económicas generalizadas; ausencia de crédito; excesiva competencia para el sector; falta de políticas proteccionistas (*anti-dumping*), entre otras.

El mantenimiento en el tiempo de esta situación sin un cambio de rumbo por parte del empresario o una rápida intervención estadual, agrava la situación de iliquidez, aumenta el pasivo y conduce a la inevitable cesación de pagos, lo cual posee grave insidencia en el normal desarrollo empresarial.

La participación activa e intervención adecuada de los órganos de la empresa (empresario: persona física u órgano de administración, en el caso de la persona jurídica, con un adecuado régimen de información hacia los socios o accionistas) así como del Estado (en el sentido de proporcionar el marco legal adecuado para la apertura del proceso o la protección necesaria de la empresa), aparecen como los elementos necesarios sobre los cuales se edificará la reorganización y la recuperación de la hacienda.

El desafío del derecho actual (en especial el del derecho concursal) reside en el esfuerzo por tratar de frenar las complicaciones que se vayan presentando en la empresa, en orden a su reestructuración; reencausar las negociaciones con los diversos sectores: trabajadores, acreedores (comer-

ciales, financieros) y restaurar a la normalidad la actividad de la empresa serán, principalmente, los objetivos a concretar en el mediano plazo.

Este reto representa por si solo todo un esfuerzo puesto que requiere de múltiples sacrificios –la mayor de las veces en manos de todas las partes que participan en los procesos de insolvencia– para poder avanzar hacia la definitiva recuperación de la hacienda.

El estado de insolvencia (presupuesto objetivo de admisión a la *procedura concorsualli*, de acuerdo a la doctrina italiana)¹⁸⁰⁰ sigue siendo la llave maestra que abre el procedimiento concursal; aunque exista cierta imprecisión en el uso de las expresiones: “cesación de pagos” o “insolvencia” (para referirse al presupuesto objetivo del concurso preventivo o la quiebra) como lo ha planteado TONÓN; quien se inclina por el uso de una terminología que permita –verdaderamente– salvar la empresa, como podría ser: estado de dificultades o estado de crisis¹⁸⁰¹, que inducen a una anticipación a la existencia del problema.

Pero, este recaudo: cesación de pagos, no es exclusivo de nuestro sistema legal, el art. 2° de la ley belga, el art. 17 § I y II de la *InsO* alemana, el art. 5° de la *Legge Fallimentare*, el art. 3° de la ley 116/08 de Portugal, el art. 2 § 1 de la ley 22/03 de España, el art. 123 de la *Insolvency Act* inglesa, el art. 301 y 303 del *Bankruptcy Code* americano, arts. 9 y 10 de la Ley de Concursos Mercantiles mexicana, art. 6 de la ley 550 de Colombia, el art. 94 de la ley 11.101 de Brasil, el art. 1° de la ley 18.387 de Uruguay, el art. 24 § 1 y 2 de la ley 27.809 del Perú y el art. 43 de la ley 18.175 de Chile, condicionan la apertura del procedimiento a la existencia de un estado de insolvencia o cesación de pagos.

Acorde al resumen efectuado de la legislación referenciada, se advierte que la imposibilidad de pagos aparece como un denominador común en los procesos de insolvencia y es precisamente este estado del sujeto que permite poner en marcha los mecanismos establecidos en la ley concursal tendientes a proteger la hacienda.

¹⁸⁰⁰ RAGUSA MAGGIORE, G., *L'insolvenza quale presupposto delle procedure concorsualli* en “Il Diritto Fallimentare e delle Società Commerciali”, Padova, (1992), n.º 5/6, pág. 712.

¹⁸⁰¹ Cfr. TONÓN, Antonio, *Derecho concursal I, Instituciones generales*, ed. Depalma, Bs. As., (1992), pág. 17-19.

§ 7. PERFIL FUNCIONAL. LA ACTIVIDAD DE LA EMPRESA COMO RECAUDO PARA UNA ADECUADA SALVAGUARDIA

Un tema vinculado con la crisis de la empresa es si esta debe contar con sus órganos de producción en pleno funcionamiento para poder acceder a la solución preventiva. A primera vista, esto sería o debería ser así, *ma non troppo*.

Una gran parte de la doctrina italiana identifica empresa con actividad del empresario (Franceschelli, Passarelli). Para ANAYA, el derecho comercial es un derecho de actividades, no de actos y la actividad produce efectos jurídicos¹⁸⁰². Sin embargo, para LE PERA la categoría “actividad” no existe en nuestro derecho¹⁸⁰³.

Es claro que si la empresa ya fue liquidada en términos administrativos (art. 105 y conc., LSC) –por lo menos, en lo que respecta, a su principal matriz productiva– resulta una tarea estéril, tratar de salvarla apelando al remedio preventivo; salvo que se opte por la solución liquidativa (quiebra), para que los acreedores cobren *pari passu*, por resultar insuficientes los bienes para pagar las acreencias de los *creditors*, a valores nominales.

Dicho ello, no sería imprescindible que la empresa se encuentre en pleno funcionamiento sino, simplemente, que tenga o posea virtualidad de hacerlo a partir de la presentación concursal, puesto que ello resulta consustancial con el espíritu que impregna la legislación falimentaria: continuidad de la explotación bajo la atenta vigilancia de la sindicatura y del juez (art. 15, LCQ).

Es una verdad sabida que si la empresa no posee recursos mínimos para poder proseguir con su actividad productiva, podrá recurrir a la liquidación (lo cual representa una salida nada desdeñable) más no, a la solución preventiva; para la que debe contar, necesariamente, con un plan de continuidad de la explotación, ya que es lógico pensar que el concurso preventivo está estructurado para permitir la continuación de la actividad y no su detenimiento o paralización. Pero, es probable que al momento de

¹⁸⁰² ANAYA, Jaime, *Notas sobre la empresa* en “Revista del Colegio de Abogados de La Plata”, (1976), año XVIII, n.º 37, pág. 123.

¹⁸⁰³ LE PERA, Sergio, *La “empresa”*, RDCO, (1970), pág. 187; Cfr. ETCHEVERRY, “Derecho...”, *op. cit.*, pág. 499.

la presentación se haya detenido un proceso productivo, como consecuencia, de medidas judiciales: secuestro de un bien indispensable, o circunstancias económicas o de política administrativa: suspensión en un registro como importador o exportador (art. 97 de la ley 22.415; Adla, 1981-A-1325); lo que con buen criterio mereciera, no solamente la crítica implacable de la doctrina¹⁸⁰⁴ sino, inclusive, la tacha de inconstitucionalidad por parte de la justicia nacional¹⁸⁰⁵.

A pesar de ello, es probable que la empresa pueda revertir esa situación coyuntural y continuar o retomar un proceso productivo o una explotación, momentáneamente, paralizada. La circunstancia de que la hacienda esté –transitoriamente– detenida, no obsta al pedido de concurso siendo necesario la acreditación de un plan o propuesta de reestructuración, necesario para viabilizar el trámite del preventivo¹⁸⁰⁶.

Si partimos de la base, que el objetivo que persigue la legislación concursal (arts. 10 y 69, LCQ), es la superación del estado de crisis o insolvencia; la actividad (entendida por el “conjunto de operaciones o tareas propias de una persona o entidad”¹⁸⁰⁷) que esta despliegue o tenga potencialidad real de desarrollar, resulta el condimento necesario para admitir un trámite preventivo, lo cual no significa que la empresa que solicita su quiebra no tenga dicha capacidad sino, simplemente, que ella se encuentra, cuanto menos, reducida.

¹⁸⁰⁴ TRUFFAT, E. Daniel, *Una norma contrapuesta con la solución preventiva de un importador-exportador: el art. 97 del código aduanero - Comentario Breve*, E.D. 171-204.

¹⁸⁰⁵ Ver el fallo de la Cámara Nacional de Comercio, en el que se dispusiera que «la aplicación del art. 97 de la ley 22.415 –que establece la suspensión en la matrícula de importadores y exportadores mediando concurso preventivo– sin que se haya decidido todavía homologar acuerdo alguno y no habiéndose prestado garantía de terceros, obsta a que la deudora pueda continuar el tráfico mercantil al cual se dedica, resulta procedente que se declare de oficio la inconstitucionalidad de dicha norma. En efecto, existiendo colisión entre ésta y la garantía constitucional de comerciar, prevista en el art. 14 de la Constitución Nacional, el Tribunal no puede dejar de aplicar la norma de rango superlegal, aun de oficio, desechando la de rango inferior (...) La decisión del Juzgado se basó en la necesidad de proveer medios para conservar la empresa como tal, y en razones de interés general...». CNCom., sala B, “Leger, S.A. s/concurso preventivo”, E.D. 171-204, 30/05/1996.

¹⁸⁰⁶ Cfr. CNCom., sala A, “Southern Winds S.A. s/conc. prev.”, 22/04/2008, pub. en La Ley Sup. CyQ 32 15/08/2008, 8; IMP 2008-17-1531.

¹⁸⁰⁷ Diccionario de la Real Academia Española, (22ª edición), ed. Espasa-Calpe.

Algunos dispositivos de la ley concursal confirmarían esta necesidad de que la empresa se encuentre en pleno funcionamiento. Así, por ej. cuando el síndico debe “emitir el informe mensual sobre la evolución de la empresa, si existen fondos líquidos disponibles y el cumplimiento de normas legales y fiscales” (art. 14, LCQ), es dable imaginarnos que la empresa debe encontrarse operativamente, en funcionamiento o, cuando el síndico debe “afectar el 1% (uno por ciento) del ingreso bruto de la concursada” (art. 16, LCQ) para destinarlo al abono del pronto pago laboral, debe suponerse que la empresa tiene que encontrarse caminando, en marcha, en movimiento.

De allí, que sería recomendable exigir que el deudor acredite que la empresa se encuentra operativa, o por lo menos, que tiene capacidad de readquirirla en lo inmediato a raíz de la presentación concursal.

Este criterio, de admitir el concurso preventivo –inclusive– cuando no existe actividad de la empresa¹⁸⁰⁸, no ha sido unánime en la doctrina judicial. En este sentido, resulta interesante la posición del magistrado KÖLLIKER FRERS de la Cámara Nacional Comercial, quien en la causa “Southern Winds S.A. s/conc. prev.”, sostuvo: «la inexistencia de actividad productiva actual o potencial del deudor constituye un impedimento para acceder a la solución preventiva, pues tal solución presupone la posibilidad de prosecución del giro comercial con el cual generar los recursos que hagan factible el pago de la deuda concordataria porque, de otro modo tal pago sólo podría provenir de la liquidación de los bienes que componen el patrimonio del deudor o bien de endeudamientos post-concursales, contingencia que precipitaría a una quiebra segura»¹⁸⁰⁹.

Sin perjuicio de otro tipo de consideraciones, la ley concursal no impide el concurso de una empresa que se encuentre paralizada, de lo contrario, no podría concursarse una hacienda que se encuentre en estado de liquidación administrativa, cuyo único objeto –en principio– es la ejecu-

¹⁸⁰⁸ La justicia capitalina ha considerado impropio negar el acceso del deudor a la apertura de su concurso, con fundamento en la inexistencia de actividad productiva actual y la imposibilidad de proseguir con el giro comercial, si se encuentran reunidos los requisitos formales (art. 11 LCQ), requeridos para acceder a la solución preventiva, por la amplitud de alternativas que prevé el régimen concursal para afrontar la crisis empresarial. CNCom., sala C, “Rocayapa S.A. s/conc. prev.”, 01/10/2002, L.L. 2002-F-883 - IMP 2003-A-1471.

¹⁸⁰⁹ CNCom., sala A, “Southern Winds S.A. s/conc. prev.”, 22/04/2008, pub. en: Sup. CyQ 32 - La Ley 15/08/2008, juez Alfredo A. KÖLLIKER FRERS, ampliación de fundamentos, consid. 1.



ción de los actos tendientes a la realización del activo para hacer frente al pasivo y cancelar la inscripción de la sociedad (art. 112, LSC). Sin embargo, es posible que aún cuando ello suceda, la compañía trate de lograr un acuerdo con sus acreedores, lo que le permitirá, eventualmente, reconstruir el giro empresarial o en su defecto evitar la no deseada liquidación de los bienes que componen el activo, negociar con los acreedores laborales la continuación de la actividad otorgándoles alguna participación en las ganancias, obtener aportes de terceros y, de esta forma, llevar adelante un plan de saneamiento.

Situación similar es la que puede plantearse en relación a otros supuestos como es el que se produce con el patrimonio de la persona fallecida (art. 8, LCQ)¹⁸¹⁰, que no posee actividad, se encuentra paralizada y, sin embargo, puede acceder a la solución preventiva. O aún más, se puede citar el caso de la empresa que encontrándose ya concursada, no logra las conformidades y cae en un supuesto especial de salvataje (art. 48, LCQ).

Como postulara con precisión actuarial DASSO, cuando el art. 48 inc. 1º (ley 24.522, t.o. 1995), referenciaba a “empresa en marcha”, tal expresión se identificaba con el humo de las chimeneas. De otro lado, MOSSO advertía que la empresa no necesariamente debe estar andando y que el art. 48, contempla tanto la empresa en actividad como una sin actividad. Sin embargo, advertía el insigne magistrado que el sentido de la ley cuando refiere a “empresa en marcha” implica que ésta sea “capaz de andar”¹⁸¹¹. Toda esta normativa carecería de sentido si no se advirtiera que el salvataje previsto en el art. 48 de la ley de quiebras importa poner una empresa en marcha (si no lo estaba *ex ante*), o reorganizarla y reactivarla lo cual se concreta a través de un tercero como una alternativa de saneamiento que obliga al *cramdista* (designación respecto del sujeto –un tercero– que se encuentra negociando con los acreedores) a mantener la

¹⁸¹⁰ ANICH, Juan A., *La actividad de la concursada y su incidencia respecto del concurso preventivo*, L.L. 2002-F-883.

¹⁸¹¹ Cfr. MOSSO, Guillermo, *El “cramdown” y otras novedades concursales*, ed. Rubinzal Culzoni, Bs. As., (1998), pág. 39.

continuidad de la explotación y a esos fines concretar un plan de reestructuración empresarial¹⁸¹².

Hoy muchísimas hipótesis de empresas detenidas por diversas causas, no excluyen el *cramdown* criollo¹⁸¹³, con lo que se aprecia un criterio de avanzada sobre situaciones, otrora incuestionables: “empresa en marcha” era sinónimo de concurso; “empresa paralizada” análogo de quiebra.

Pero, el legislador del año 1995 identificó empresa con persona jurídica, toda vez que lo que se transmite no es la hacienda en sí misma o el conjunto de bienes que la integran, sino las cuotas o acciones representativas del capital social, criterio que se mantuvo con la reforma posterior (art. 48 inc. 1º, ley 25.589).

Más allá de precisiones terminológicas sobre estas relaciones entre empresa y sociedad, conforme lo ha entendido la doctrina nacional el art. 48 comprende tanto a aquella hacienda que esté paralizada pero que sea capaz de poder ponerse en marcha como, asimismo, la que es mantenida artificialmente o se encuentra en pleno funcionamiento de sus órganos de producción. Lo de empresa “en marcha” no debe entenderse como un condicionante normativo. En marcha en el sentido de la ley es, más bien, que tenga aptitud para ponerse en movimiento, continuando o reiniciando según los casos, la actividad¹⁸¹⁴.

Si bien es cierto que la modificación al art. 48 por la ley 25.589 mudó el criterio originario del legislador, *aggiornandolo* a una idea tendiente a evitar la quiebra más que a la posibilidad de mantener la empresa en actividad como presupuesto de solución, la conjunción de diversos elementos (establecimiento, trabajo, mercado, organización, clientela) se multiplican, en aras de la prevalencia de la solución concursal. Aún cuando la empresa no se encuentre en pleno funcionamiento, pero tenga

¹⁸¹² Cfr. JUNYENT BAS, Francisco y MOLINA SANDOVAL, Carlos A., *Nuevas reformas “provisorias” a la ley concursal. Ley 25.563, L.L. 2002-B-1112.*

¹⁸¹³ Cfr. DASSO, Ariel A., *La inactividad de la empresa no es óbice al cramdown*, Sup.CyQ 2004-B-807; comentario al fallo CNCom., sala C, “Automundo S.A. s/conc. prev.” 09/09/2003.

¹⁸¹⁴ «Y quien, en la realidad de los hechos, en definitiva lo dirá, no es la norma sino el mercado. La empresa tendrá o no interesados que postulen por ella según el específico posicionamiento de aquella en el ramo de actividad respectivo, su armadura tecnológica, las expectativas futuras, el cálculo de riesgo a tomar, en fin, un complejo de variables tanto endógenas como exógenas que harán atractiva o no la inversión». Cfr. MOSSO, *op. cit.*, pág. 39.

potencialidad para interesar al público inversor, es suficiente para que resulte viable un trámite preventivo.

La sociedad que se encuentra en proceso de liquidación (art. 101, LSC) conserva su personalidad a esos efectos pero, una vez presentado el concurso, debe reencausar el objeto social y ello supone aptitud para cumplir con el objeto para el cual fue conformada (art. 11 inc. 3º, LSC). Si bien el art. 10 de la ley 24.522 no obliga a la presentación en concurso preventivo ya que la norma utiliza el potencial “puede ser solicitado” –de lo que se desprende que no existe obligación de efectuar la presentación si el deudor se encuentra en cesación de pagos– ello no significa que la empresa no deba estar en funcionamiento.

Autorizada doctrina¹⁸¹⁵ considera que la empresa no es la actividad del empresario, no obstante debe tenerse presente que en hipótesis de concurso preventivo ello es connatural al trámite del juicio universal que tiende a la reestructuración y reorganización de la hacienda, y tal objetivo no podría ser logrado frente a un sujeto que mínimamente no presente esa potencialidad de movimiento.

Ejemplificando, cuando el art. 189 de la ley de quiebras admite la continuidad de la explotación de la hacienda establece que ello será admitido “sólo” si de la interrupción producida por la declaración de bancarrota pudiera resultar un daño irreversible “al interés de los acreedores y a la conservación del patrimonio”. Por lo tanto, el legislador da por supuesto que la actividad de la hacienda se encuentra en curso, en marcha, en pleno funcionamiento; por lo que su paralización generaría un daño mayor al interés del concurso.

Por su parte, el art. 25 del Código de Comercio de Colombia¹⁸¹⁶ cuando se refiere a la empresa lo hace haciendo incapié en la actividad de la hacienda, lo cual concordaría con la posición que admite que la organización es puro movimiento.

De otro lado, la *Lei 11.101/2005* de Brasil que *Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade em-*

¹⁸¹⁵ Cfr. ETCHEVERRY, “Derecho Comercial...”, *op. cit.*, pág. 500.

¹⁸¹⁶ Art. 25 Cód. Comercio (Dec. 410/71): “Se entenderá por empresa toda actividad económica organizada para la producción, transformación, circulación, administración o custodia de bienes, o para la prestación de servicios. Dicha actividad se realizará a través de uno o más establecimientos de comercio”.

presária, exige para que el deudor pueda acceder a la recuperación judicial, que el mismo se encuentre efectivamente en actividad al momento de pedir la solicitud, agregando que esa actividad debe haberse desarrollado en los dos años anteriores (art. 48).

La ley 26.684 superó esta polémica conceptual: “empresa en actividad” como presupuesto de prosecución inmediata y admite la continuación urgente de las actividades de la hacienda “también” si las dos terceras partes del personal en actividad o de los acreedores laborales organizados en cooperativa, incluso en formación, lo soliciten al síndico o al juez, tomando para ello como metavalor la “conservación de la fuente de trabajo” (art. 189, LCQ, ley 26.684).

De conformidad con la reforma operada, la continuidad sin dilaciones de la explotación puede llevarse adelante si el síndico “todavía no se hubiere recibido del cargo” (art. 189, LCQ), por lo que a partir de la reforma se puede admitir que la continuidad de la explotación también puede ser solicitada por los trabajadores (cooperativa mediante), por lo que la exclusividad con la que contaba el síndico para requerir ello, ha desaparecido del ordenamiento falimentario.

Por lo tanto, si los trabajadores (dos terceras partes del personal en actividad o de acreedores laborales) de la empresa o de alguno de sus establecimientos, a los fines de conservar las fuentes de empleo, advirtieran al juez, acerca de la necesidad de proseguir con las actividades de la empresa, en forma inmediata, podrán hacerle saber ello dentro del brevísimo plazo de cinco días contados desde que hubiere concluido la última publicación de edictos, correspondiente a la jurisdicción donde se encuentre el establecimiento.

La presentación debería dar cuenta como mínimo, que la continuidad de la explotación resulta imperiosa a los fines de salvaguardar las fuentes de empleo justificando, asimismo, que la presentación es realizada por personal que representa cuanto menos el mínimo que exige el ordenamiento; concediendo –incluso– a la cooperativa en formación un término de cuarenta días a los fines de que ésta regularice su situación, el que eventualmente podría extenderse (art. 189, primer párrafo, LCQ).

La exigencia impuesta al síndico como, asimismo, a la cooperativa de trabajadores de continuar en forma inmediata con la actividad, debe serlo respecto de aquella empresa que posee virtualidad de ponerse en

marcha, aunque el fundamento para ello sea la conservación de los puestos de trabajo, ya que esto último resulta una consecuencia de lo primero.

En una modesta posición podría sostenerse que no debe confundirse actividad como concepto de empresa con actividad como presupuesto de continuidad del trámite concursal. Una hace a la definición económica de la hacienda, la cual puede ser motivo de controversias; la otra se relaciona con la organización de la actividad y las posibilidades de recuperación, lo cual se aleja de la cuestión conceptual.

De *lege lata* debe admitirse que cuando la ley concursal pone en movimiento su sistema protectorio, lo hace en beneficio de la empresa que tenga virtualidad de poder funcionar sin que sea recaudo de admisibilidad que la misma se encuentre detenida o momentáneamente paralizada; siempre y cuando acredite que dicho estado, puede ser revertido.

§ 8. ¿PROTECCIÓN DE LA EMPRESA O DEL PATRIMONIO?

La ley 24.522 utiliza las voces “empresa” y “patrimonio” para referirse, indistintamente, al conjunto de bienes de una persona, sin efectuar distinciones entre ambos conceptos como si se tratara de sinónimos. Sin embargo, y a pesar de las relaciones que pueden existir entre ambas nociones, esto merece algunas precisiones.

Cuando el legislador se refiere al patrimonio lo hace, particularmente, en referencia al “conjunto de derechos y obligaciones que corresponden a una persona y que pueden ser apreciables en dinero”¹⁸¹⁷ (el cual, valga la aclaración es susceptible de concursarse [art. 2 párraf. 3º, LCQ]) y se refiere a él en los arts. 1, 2, 8, 11, 15, 18, 85, 159, 189, 224, 260 y 273 de la ley de quiebras. Empero, cuando alude a la empresa lo hace en los arts. 14, 48, 159, 189 a 191, 193 a 199, 204, 205, 269 y 270 de la ley. Los distinguos no son muy evidentes, por lo que requiere cierto esfuerzo interpretativo acerca de cual es la verdadera intención del legislador cuando hace alusión a la conservación de la empresa.

¹⁸¹⁷ OSSORIO, Manuel, Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, (24ª edición), ed. Heliasta (1997). El Código Civil en el art. 2312 define al patrimonio como “el conjunto de los bienes de una persona”.

Se ha hecho alguna referencia en otro apartado a la situación que se presenta con supuestos no contemplados en la ley concursal (*vide* Capítulo VI § 5.a.1), como es: el concurso de la empresa como “ente susceptible de adquirir derechos y obligaciones”, aunque cabe la salvedad, que se trata de puntos controvertidos en la doctrina y la jurisprudencia nacional. A pesar de ello, una vez solicitado el concurso por parte de los sujetos habilitados y/o el patrimonio del *de cuius*, la ley se distancia del sujeto de derecho como recaudo de la admisión a la *procedura* para centrar su atención en la preocupación por la empresa.

En efecto, cuando la ley utiliza el término “patrimonio” lo hace para equipararlo con la situación de las personas susceptibles de concurso (art. 2, LCQ) en relación a la presentación del deudor para conocer la conformación de sus bienes (art. 11 inc. 3º, LCQ), la administración (art. 15, LCQ) y para la limitación de actos respecto de socios ilimitadamente responsables en relación a los bienes de estos (art. 18, LCQ). Las demás disposiciones, salvo la contenida en el art. 159 de la ley, tienden a resguardar la protección e integridad del patrimonio del deudor.

Por otro lado, cuando la ley se refiere a la empresa, lo hace en otros términos: *v. gr.* para conocer su evolución (art. 14 inc. 12º, LCQ); para determinar el valor de las cuotas o acciones (art. 48 inc. 7.b, LCQ); a efectos de regular cuestiones relativas a la continuación de la explotación (arts. 189 a 199, LCQ) y, por último, al referirse a la forma de enajenación de la hacienda (arts. 204 y 205, LCQ) y los honorarios del síndico y/o del coadministrador en la prosecución de las actividades (arts. 269 y 270, LCQ).

De ello se desprende que el legislador –con disimulo– ha utilizado en forma distinta ambos términos refiriéndose a diferentes cuestiones, como si fueran parte de lo mismo; aunque ello, no es así.

De la enumeración precedente se infiere que el parlamentario cuando se ha referido al patrimonio lo ha hecho en aras de su integridad a mérito del principio de universalidad (art. 1 *in fine*, LCQ), impidiendo su desmembramiento a los fines de establecer su composición (art. 85, LCQ). Empero, cuando se ha referido a la empresa lo ha hecho atendiendo a su evolución, su posición de riesgo, su explotación, su continuidad, su actividad, su enajenación y hasta su adquisición, resguardando, adecuadamente, el interés en la actividad de la hacienda.

Ahora bien, hechas estas aclaraciones las diferencias –sutiles por cierto– no significan, en modo alguno, que no pueda relacionarse patrimonio con empresa puesto que la empresa posee un aspecto patrimonial, pero se diferencia de éste en cuanto a la actividad y su organización, inexistentes en el primero. El patrimonio puede variar o no, la empresa en cambio, es el aspecto dinámico de una realidad socio-económica¹⁸¹⁸. El elemento humano no está presente en el patrimonio, por el contrario, en la empresa no puede existir organización sin hombres que la dirijan y que, a la misma vez, le den vida.

Por ende, la protección que otorga la ley concursal se concentra mayormente en la empresa y no en el patrimonio, al cual ve, únicamente, como prenda común de los acreedores sobre el cual se harán efectivas las pretensiones de cobro, una vez que este se haya liquidado.

§ 9. CONCEPTUALIZACIÓN DEL PRINCIPIO DE CONSERVACIÓN DE LA EMPRESA

El siglo XX se ha caracterizado porque las empresas se convirtieron en los ejes del derecho comercial. La actividad empresarial pasó a ser la principal preocupación, es fuente de empleos, ingresos tributarios, generadora de asientos poblacionales y eslabón con otras empresas en el crédito o en los sistemas de producción y comercialización. A punto tal, que la conservación de la empresa se ha convertido en el principio cardinal del concurso preventivo e inclusive de la quiebra.

Como todo aquello que se vende prefabricado, la ley de concursos no representa en sí misma una norma tendiente a la “conservación de las empresas”; sino una ley que cuenta con diversos instrumentos que permiten la continuidad de la explotación cuando el empresario ha iniciado un trámite de concurso (concurso preventivo, APE o quiebra). La opción con la que cuenta el deudor de conformidad a la normativa concursal –en ese menú de alternativas de las que dispone– es mantener la administración de la hacienda (art. 15, LCQ) o bien, abdicar tal tarea para ser reemplazado por el síndico (art. 107, LCQ). Sin embargo, el deudor no puede de-

¹⁸¹⁸ CARNELUTTI, Francesco., *Sulle nuova posizione del diritto commerciale*, “Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni”, (1942), t. I, pág. 67.

sentenderse por completo de la administración de la hacienda, su actitud debe ser proclive a colaborar en la reconstrucción de la empresa, aportar los datos necesarios para su reorganización, continuación y saneamiento, sobre todo, si el mismo pretende arribar a un acuerdo por vía del avenimiento con los acreedores.

De una u otra forma, el derecho de quiebras está impregnado –a través de distintos institutos– de la corriente predominante, que ve en la conservación de la empresa el mecanismo y la solución más adecuada para resguardar el interés de los *creditors*.

Ya las leyes 19.550 de sociedades y la 19.551 de quiebras contenían dispositivos orientadores en esta línea de solución, a tal punto que concretamente la ley 19.551 mencionaba en la “Exposición de motivos” que entre los principios generales orientadores se encuentra: la conservación de la empresa, en cuanto actividad útil para la comunidad y principio inspirador común en la reforma mercantil en curso.

Las soluciones encontradas en otras épocas para algunas sociedades cuya importancia para el país trascendía lo meramente concursal inspiraron el principio cuyo análisis se desarrollará en este capítulo. Así, las leyes 18.832 y 19.980 modificatorias del art. 195 de la ley 11.719 (*ex post*, ley 19.551), dieron abrigo a la continuidad de la empresa privada, traspasando sus pasivos al Estado Nacional, con lo cual se originó uno de los problemas más críticos de nuestra historia económica.

También se diseñaron soluciones extraconcursoales para empresas en concurso o quiebra: *v. gr.* la declaración de utilidad pública y posterior expropiación de Aerolíneas Argentinas (ley 26.466) y la creación de un Fideicomiso Financiero y de Administración para la firma Empresa Papelera de Quilmes a través de fondos del ANSeS con el objetivo de administrar los activos de Papelera Massuh que se encontraba en concurso preventivo, son sólo algunos de los ejemplos de este tipo de procedimientos.

La continuación de la empresa a través de las cooperativas de trabajo fue otra salida que en la *mens legislatoris* concluyó con la sanción de la ley 25.589 de reforma parcial a la ley concursal, permitiendo que los trabajadores de la fallida que representen las dos terceras partes del personal en actividad o de los acreedores laborales, requieran la continuidad bajo tal forma de asociación.

A pesar de pesar de que la ley 24.522 ninguna referencia hizo al principio de conservación de la empresa, la misma se sustenta en dos grandes ideas que potencian la conservación de la hacienda. Una es la continuidad y la otra la conservación; las que se presentan como los dos principios cardinales que deben presidir una recta ordenación en la materia y una justa solución en cualquier ordenamiento de los conflictos que plantean¹⁸¹⁹.

Así como en la naturaleza existe un principio a que las sustancias tiendan a mantener su propio ser, lo cual proviene de la ley natural. De igual forma encontramos, ante todo, en el hombre una inclinación que le es común con todas las sustancias. Y de acuerdo con esta inclinación pertenece a la ley natural todo aquello que ayuda a la conservación de la vida humana e impide su destrucción¹⁸²⁰.

De esta forma, el principio de conservación de la empresa puede precisarse como “el precepto enunciativo que tiende a mantener la continuidad y preservación de la actividad productiva de un ente”.

La conservación de la empresa no significa desterrar que esta –a mérito de la vinculación con las cosas que se rigen por la ley natural– no pueda mutar, transformarse o simplemente, quebrar y liquidarse. La idea es que ello sea la última *ratio* a la que deba recurrirse para salvaguardar una actividad económica.

§ 10. LA CONSERVACIÓN DE LA EMPRESA EN EL DERECHO COMPARADO

Afirma CÁMARA que la idea sobre la cual gira el moderno derecho concursal apareció por primera vez en la *Fallitenordnung* austriaca del 15 de mayo de 1743, aunque la legislación de mayor trascendencia fue la francesa del 28 de mayo de 1838, que recogió la experiencia de la “unión de acreedores”, para evitar los abusos perpetrados a su amparo¹⁸²¹. Sin embargo, ésta disposición no se alejó de las ideas voluntaristas imperantes en la época, por lo que los acreedores por mayoría (75%) podían con-

¹⁸¹⁹ Cfr. CÁMARA, *op. cit.*, vol. III-B, pág. 876.

¹⁸²⁰ SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Summa Theologica*, I-II, q. 94, a. 2.

¹⁸²¹ CÁMARA, *op. cit.*, vol. III-B, pág. 878.

ferir mandato al síndico para continuar con “*l’exploitation d’actif*”, fijando su duración y amplitud (art. 552)¹⁸²².

Esta posición fue seguida por la doctrina italiana lo que tuvo concreción en el Código de Comercio de 1882, por la importancia como señalaba BONELLI del gran número de personas que dependían de la empresa: asalariados, gerentes, proveedores, etcétera.

En España, este criterio de preservación de empresas tuvo inicio con el régimen previsto con la Ley de Suspensión de Pagos y Quiebras de Compañías de Ferrocarriles del 12 de noviembre de 1869, el que fija como objetivos la conservación, la continuidad y su saneamiento, a través de modalidades basadas en la prioridad del acuerdo con los acreedores¹⁸²³.

Sin embargo, fue la ley francesa del 8 de agosto de 1935 la que concretó la nueva tendencia ya atisbada en los trabajos preparatorios de la ley belga del año 1851, autorizando la continuación, en caso de que el interés público o el de los acreedores lo exijan imperiosamente¹⁸²⁴, aunque la misma no logró concertar el apoyo de la doctrina que veía en la liquidación de los activos la forma de resguardar el interés de los acreedores.

En los Estados Unidos con anterioridad al año 1933 el procedimiento de reorganización corporativa era de creación netamente judicial. La prioridad en regular un procedimiento que permita la prosecución de las empresas se desarrolló en base a la necesidad de continuidad del funcionamiento de los ferrocarriles y las empresas de servicios públicos que ya por aquellos tiempos tenían dificultades con los acreedores.

Con posterioridad este criterio se extendió a las empresas industriales por una multiplicidad de razones, incluyendo, la creciente dificultad de liquidar a precios ventajosos, fábricas que se habían construido para fines específicos. La práctica en el uso de la suspensión de pagos se tornó compleja y técnica, desarrollándose un grave obstáculo para el procedimiento ordenado y rápido, debiendo recurrir a la implementación de pro-

¹⁸²² Cfr. *ibidem*.

¹⁸²³ Cfr. OLIVENCIA RUIZ, M., *Suspensión de pagos y quiebras en el Código de Comercio*, en “Centenario del Código de comercio”, Madrid, (1986), t. I, pág. 356; *idem* ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Ángel José, *La tramitación escrita del convenio en la quiebra y en la suspensión de pagos en “Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje a Broseta Pont”*, Valencia, (1995), t. III, pág. 3259.

¹⁸²⁴ CÁMARA, *op. cit.*, vol. III-B, pág. 879.

cedimientos auxiliares en cada distrito federal, en el que existen bienes para el pago a los acreedores disconformes –particularmente– tenedores de bonos en efectivo¹⁸²⁵.

De esta forma, la primera legislación que hizo referencia concretamente a la “conservación de la empresa” fue la legislación americana, que fuera conocida como *Corporate Reorganization* (1938). Este procedimiento incorporado en el *Chapter X* de la *Chandler Act*, estaba dirigido a permitir la continuidad de las sociedades por acciones y, por ende, reestructurarlas o reorganizarlas antes que proceder a su liquidación. Este capítulo comprende el actual *Chapter XI* del *Bankruptcy Code: Reorganization* (arts. 1101 a 1174) de la empresa que tiene la particularidad de que es el juez quien decide la puesta en marcha de la reestructuración empresarial en base a un plan que debe presentar el deudor.

El segundo esfuerzo en concretar este anhelo por proteger la empresa viene de la mano de la doctrina alemana del *Unternehmen an sich*, cuyos esbozos originarios se deben a la tarea de Walter Rathenau, quien predica que la gran empresa es la “realidad nueva” en torno a la cual se habrá de construir la moderna teoría de la sociedad anónima¹⁸²⁶.

¹⁸²⁵ Cfr. HEUSTON, Alfred N., *Corporate Reorganizations under the Chandler Act*, ed. Columbia Law Review, (1938), vol. 38, n.º 7, pág. 1199.

¹⁸²⁶ «El fundamento de lo expuesto, residiría en que la empresa implica un “interés propio” (*an sich*), autónomo y diverso de sus participantes, al que por razón de jerarquía estarían éstos supeditados. La consecución de ese “interés propio” de impostación publicista –al que quedarían subordinados los intereses económicos de los socios (*Gewinnstreben*)–, determina para éstos una obligación de fidelidad (*Treupflicht*). La organización de una administración (*Verwaltung*) independiente de las cambiantes mayorías asamblearias contribuirá a ello en forma importante. Sobre la base teórica del *Unternehmen an sich* que asigna a la empresa un valor jurídico autónomo merecedor de la tutela en derecho (*selbständiges schutzwürdiges Rechtsgut*), sus epígonos lanzaron un slogan asombroso e impactante: “la defensa de la empresa contra sus propietarios (*Eigentümer*)”. Por un andarivel análogo se instaló en Alemania, junto a la *Unternehmen an sich*, otra construcción jurídica de parecida concepción, la *Person an sich*, que proyecta la idea de GIERKE, de “realidad” de la “persona jurídica” atribuye el “interés” a un sujeto de derecho, con lo cual pretende soslayar los reparos a la teoría del *Unternehmen an sich*, fundados en que la empresa no lo es». RATHENAU, Walter, versión italiana en *La realtà della società per azione*, “Riv. Società”, (1960), págs. 918 y ss. y JAEGER, G.P., *L'interesse sociale*, Milano, (1964), pág. 17 y sgte. Cfr. COLOMBRES, Gervasio R., *Curso de Derecho Societario*, Abeledo Perrot, (1972), pág. 96 quien recuerda que los más conspicuos expositores de la teoría de la *Person an sich*, fueron en Alemania SCHLEGERBERGER, LNADSBERGER y F. MARX, op. cit por DASSO, “Un ‘nuevo’ Derecho Concur- sal...”, *op. cit.*, pág. 957.

La legislación concursal alemana de 1879 (*Konkursordnung*) fue reemplazada por la *Insolvenzordnung* con vigencia desde 1999, la cual introduce un único procedimiento denominado: insolvencia, que unifica los dos clásicos: concurso preventivo y quiebra. Este sistema legal regula una etapa que es la del acuerdo para la conservación de la empresa en protección de los deudores merecedores de una solución preventiva.

La tésis del régimen de insolvencia alemán se sostiene en la liquidación del patrimonio para satisfacer colectivamente el interés de los acreedores por un lado o, mediante un plan de insolvencia dirigido a la conservación de la empresa (art. 1, *InsO*), por otro. Este *new regime* toma distancia de las modernas tendencias, para volver a las fuentes y centrar el procedimiento en la liquidación para su posterior distribución, con un mayor protagonismo de los acreedores y del juez (principio inquisitivo).

El régimen germánico se diferencia de nuestro ordenamiento concursal por ejemplo, por el tratamiento diferenciado que efectúa para la insolvencia del consumidor o del pequeño empresario (art. 304 a 314, *InsO*), inexistente en nuestro país.

En Francia el sistema concursal evolucionó desde el procedimiento de Suspension provisoire de poursuites et l'apurement collectif du passif (ley 820/1967), en el que el juez era quien juzgaba la forma en que se difería el pago de los créditos y analizaba el plan que se implementaría para la recuperación de la hacienda. Este sistema no tuvo buenos resultados por lo que fue modificado por la ley de Prevention et au règlement amiable des difficultés des entreprises (ley 148/1984) y, con posterioridad, por la Redressement et liquidation judiciaires des entreprises (ley 98/1985), las que introdujeron importantes novedades en el tratamiento de la crisis de empresas.

En tiempos recientes, tuvo aparición en el país galo la ley 845/2005 denominada: *Loi de sauvegarde des entreprises et liens vers les décrets d'application* (Ley de salvaguarda o protección de las empresas), el cual incorpora un nuevo instituto (*sauvegarde*) que se agrega a los dos tradicionales en la materia, a saber, el “*redressement*” (enderezamiento) y la “*liquidations*” (liquidación) correspondientes, *mutatis mutandis*, a nuestro concurso preventivo y quiebra, respectivamente.

El régimen francés se ha estructurado desde la ley del año 1985 sobre un sistema que pivotea sobre tres ejes centrales: la conservación de la

empresa, el mantenimiento de los puestos de trabajo y el arreglo del pasivo, el cual dista del régimen alemán actual.

En Bélgica la quiebra se rige por el código de comercio (*vide* Capítulo IV § 4.d). Debe mencionarse ciertos intentos de reforma como *l'Arrête Real* del 15 de octubre de 1943, que introdujo la *gestion contrôlée* con el fin de anticiparse a la insolvencia y reorganizar las empresas en crisis, sin grandes resultados.

Actualmente, luego de varios intentos fallidos el sistema concursal belga se encuentra *aggiornado* a la moderna economía, y se sustenta en un régimen preventivo, en el que el deudor debe elaborar un plan de empresa en el que merece destacarse el papel que desempeñan los trabajadores y el comisario –una suerte de síndico o veedor de las actividades del deudor– que participa en la recuperación de la hacienda.

En Italia, la crisis de la empresa está regulada en la *Legge Fallimentare* y la *Amministrazione Straordinaria*, cuya finalidad se encuentra orientada hacia la conservación de la empresa y del aparato productivo.

En Inglaterra, por otro lado, rige la *Insolvency Act* de 1986. donde existen una serie de soluciones dirigidas a la continuidad de la actividad empresarial, *i. e.*: *Informal Moratorium*, *Individual Voluntary Arrangement*, *Company Voluntary Arrangement* o *Administration*.

La ley de quiebras del Reino Unido prevé un mecanismo (*Administration*) para rescatar a las empresas potencialmente viables en el que los acreedores tienen una activa participación, aunque podría objetarse en algún sentido las mayorías requeridas para la aprobación de un plan de saneamiento (75%).

A principios de 2009, el Tribunal Superior Inglés tuvo oportunidad de intervenir en el caso “Samsun Logix Corporation v. DEF”¹⁸²⁷ en el que reconoció la supremacía de los procedimientos de reorganización (*foreign proceedings*) iniciados por “Samsun” en su domicilio de origen (Corea), mediante el cual lograba una moratoria con los acreedores, lo

¹⁸²⁷ U.K.S.C. (2009), EWHC 576.

que le permitía continuar con la empresa mediante el reglamento transfronterizo (*Cross-Border Regulations*)¹⁸²⁸.

La importancia del precedente citado al que se sumó el de “*Rubin and Lan v. Eurofinance SA and Roman*”¹⁸²⁹, es el reconocimiento de la sentencia extranjera y los principios del derecho de quiebras.

Portugal posee el *Codigo dos Processos Especiais de Recuperação da Empresa e de Falência* (Decreto-Lei n.º 132/93), el cual constituye un importante avance para el saneamiento de empresas que se encuentren insolventes o en una difícil situación económica, haciendo hincapié en el plan de recuperación (art. 192, CPEREF).

Como su nombre lo indica la conservación de la empresa y la recuperación del empresario prorrumpen como la lava de los volcanes en el sistema portugués, por lo que este principio se deduce *in re ipsa* del ordenamiento falencial del país ibérico.

El sistema concursal portugués se articula sobre la base de dos procesos generales: la quiebra (*falência*) que tiene como finalidad la liquidación de la empresa y la satisfacción en la forma más eficiente del interés de los acreedores, y el de recuperación de empresas que se concreta a través de cuatro procedimientos: el concordato, el acuerdo de acreedores, la reestructuración financiera y la gestión controlada.

En España, la ley concursal 22/2003 incurre en una singular paradoja pretendiendo la conservación de la empresa a través de la quiebra, lo cual recibiera la crítica de la doctrina española acerca de la necesidad de regular adecuadamente la transmisión de la empresa en crisis¹⁸³⁰.

La gran ausencia en el moderno sistema concursal español, es la falta de mecanismos que permitan la continuidad de la empresa en crisis, por lo que el régimen hipánico se encuentra más apegado a la liquidación que a la adopción de medidas preventivas que permitan la prosecución de la actividad, aunque prioriza la venta de la empresa como unidad (art. 100 inc 2º, LCE).

¹⁸²⁸ En el año 2006 el parlamento del Reino Unido promulgó la ley 1030/2006 de insolvencia para deudores individuales y compañías siguiendo los lineamientos definidos por la UNCITRAL.

¹⁸²⁹ U.K.S.C. (2009), EWHC B16 (Comm).

¹⁸³⁰ Ver Conclusiones del “Primer Congreso Español de Derecho de la Insolvencia”, Declaración de Gijón, 18/04/2009.

El art. 1º de la ley de concursos mexicana, establece: “es de interés público conservar las empresas y evitar que el incumplimiento generalizado de las obligaciones de pago ponga en riesgo la viabilidad de las mismas y de las demás con las que mantenga una relación de negocios”¹⁸³¹.

En Colombia el art. 1º de la ley concursal 550 establece un régimen que promueve y facilita la reactivación de las empresas y la reestructuración de entes territoriales, en orden a resguardar y asegurar la función social de las empresas y lograr el desarrollo armónico de las regiones.

El derecho comparado actual, en términos generales, se ha hecho eco de la preocupación acerca de la conservación de la empresa y la necesidad de implementar mecanismos protectores que impidan su desmembramiento, lo cual emerge –como el agua que brota de las vertientes– como un principio del ordenamiento concursal comparado.

§ 11. ELEMENTOS QUE EXTERIORIZAN EL PRINCIPIO DE CONSERVACIÓN DE LA EMPRESA EN LA LEY CONCURSAL ARGENTINA

Conforme ya fuera mencionado en el § 1 de este Capítulo, nuestro sistema concursal (ley 24.522) respondió –esencialmente– al modelo liberal económico imperante en la década del noventa.

Esta concepción economicista comulga con un modelo de empresa en el que la insolvencia debe dar paso a la reestructuración de la hacienda, de forma tal, que los recursos (normalmente: activos) sean prontamente liquidados y reasignados a un sujeto capaz de administrarlos, castigando de esta forma a aquél que no supo adecuarse a las circunstancias. De esta forma, la eliminación de la empresa es la consecuencia de los efectos que producen las leyes de la naturaleza¹⁸³². Prueba de ello son los arts. 48 y 217 de la ley falencial que permiten la sustitución del empresario –el primero– y la enajenación de los activos en el término de cuatro meses –el segundo–.

¹⁸³¹ Ley de Concursos Mercantiles de México.

¹⁸³² Cfr. ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A., *Crisis de la empresa y procedimientos concursales*, “Anuario de la Academia Matritense del Notariado”, (1981), XXIV, pág. 256.

En los tiempos modernos, la quiebra en su función liquidativa, no representa el universo de intereses comprometido, por cuanto las soluciones que en otros tiempos se conseguían por conducto de la recolocación de trabajadores en sectores del Estado o de otras estructuras, se ve reducido por la crisis del sistema liberal, el cual pone en alerta el régimen concursal, presentándose como antisociales las soluciones que ven a la liquidación como la única forma de satisfacción colectiva.

Por ello, ha sido mencionado con gran precisión, que la crisis económica no debe destruir a la empresa sino que la empresa debe hacer desaparecer el estado de cesación de pagos, para lo cual los juristas y economistas han hecho grandes esfuerzos, con ingenio y creatividad¹⁸³³. La búsqueda de procedimientos, medidas, alternativas y soluciones –particularmente de empresas que por su interés económico, social y hasta cultural se prefiere conservar– han desbordado los escritorios de estudiosos de la insolvencia, en pos de remedios tendientes a la continuidad de las empresas en crisis.

En algunas ocasiones, el Estado ha sido artífice de estas medidas (las leyes 18.832, 19.980 y 26.466 son fiel testimonio de ello) en otras, los privados maximizados en la carrera por buscar soluciones a la insolvencia han encontrado el camino a través de los propios mecanismos que pone a disposición el sistema concursal.

De una forma u otra, esta nueva concepción de la insolvencia ha hecho posible recuperar grandes complejos de empresas, al admitir que resulta más rentable conservar la hacienda que liquidarla, particularmente –en algunos casos– por su incuestionable valor social y estratégico. No cabe dudas que esta concepción de la resolución de la insolvencia, requiere de un adecuado y previsible plan de reorganización y reestructuración destinado a transformar la estructura crediticia del negocio; de lo contrario, en vano resultarían todos los esfuerzos que se realicen para superar tal estado.

La privatización de la insolvencia¹⁸³⁴ conforme lo acuñara alguna doctrina italiana se sustenta sobre tres pilares fundamentales: a) diagnóstico precoz; b) reducción de costos y c) eficiencia en el procedimiento de

¹⁸³³ Cfr. CÁMARA, *op. cit.*, vol. III-B, pág. 570.

¹⁸³⁴ OLIVA, Pierluigi, *La privatizzazione dell'insolvenza: inquadramento giuridico delle operazioni di ristrutturazioni*, "Il Falimento", ed. Iposa, Milano, (1999), n.º 8, pág. 825.

reestructuración¹⁸³⁵, pero esta teoría no hace incapié en el plan de empresa, esto es, el modelo que se elabora anticipadamente para proyectarlo hacia la edificación de ciertos objetivos en aras de superar la crisis que la afecta.

Si bien es cierto que nuestro sistema concursal no posee entre los recaudos de admisibilidad, la presentación de un plan de empresa (*vide* art. 11, LCQ), livianamente, alguna referencia se hace a ello en el art. 14 inc. 12° cuando requiere del síndico la presentación de “un informe mensual sobre la evolución de la empresa...” (t.o. ley 26.086). Pero, el testimonio que el funcionario pudiere dar acerca del progreso de la hacienda durante el trámite concursal, no es equivalente al concepto de plan, ya que ninguna previsibilidad puede surgir de ello.

Contradictoriamente, en caso de quiebra se exige al síndico que en el informe que presente acerca de la conveniencia de continuar con la actividad de la hacienda (art. 190, LCQ) se expida sobre los siguientes puntos: 1) La posibilidad de mantener la explotación sin contraer nuevos pasivos; 2) La ventaja que resultaría para los acreedores de la enajenación de la empresa en marcha; 3) La ventaja que pudiere resultar para terceros del mantenimiento de la actividad; 4) El plan de explotación, acompañado de un presupuesto de recursos, debidamente fundado; 5) Los contratos en curso de ejecución que deben mantenerse; 6) En su caso, las reorganizaciones o modificaciones que deben realizarse en la empresa para hacer económicamente viable su explotación; 7) Los colaboradores que necesitará para la administración de la explotación; 8) Explicar el modo en que se pretende cancelar el pasivo preexistente (t.o. ley 25.589).

La elencación anotada para el caso de que el funcionario concursal decida continuar con la explotación del comercio en hipótesis de falencia advierte acerca de la imperiosa necesidad de contar con un “plan” de explotación *asimili* durante el trámite del preventivo. Tal como se exigen ciertos recaudos indispensables en caso de quiebra para poder continuar con el negocio –al punto de requerir de un plan para cancelar el pasivo existente a la fecha de declaración de falencia (art. 190 inc. 8°, LCQ); el que pocas veces se ha podido comprobar en la praxis– de igual forma se

¹⁸³⁵ La crítica a esta posición doctrinaria se centra en los excesivos poderes que se conceden a los acreedores privados (particularmente: financieros) para encontrar soluciones, sin compensar los costes que ello implica para otros interesados: laborales, quirografarios.

hace necesario implementar un proyecto de tareas al momento de la solicitud de apertura del preventivo.

Tales recaudos de admisibilidad para la prosecución de la explotación tornan inadmisibles la diferenciación existente entre la empresa fallida, de aquella otra en la que el empresario, simplemente, con una breve referencia a la contabilidad con que cuenta obtiene protección legal (arts. 11 y 14, LCQ).

De tal forma, la preservación de la empresa en nuestro sistema concursal se sustenta sobre dos pilares fundamentales: a) el concurso preventivo o APE y b) la quiebra con continuidad de la explotación. Prácticamente, ambos procedimientos apuntan a la reorganización de la hacienda y se diferencian entre sí en que el primero concede la facultad al deudor de continuar con la administración de la empresa (art. 15, LCQ); en tanto que el segundo separa al deudor de la dirección de la hacienda y lo sustituye por el síndico (art. 107, LCQ) quien lo reemplaza hasta la conclusión del procedimiento (art. 225 y sig., LCQ).

Ya se ha sostenido, que la conservación de la empresa es un principio cardinal del ordenamiento concursal, pero ello no se ejercita por un efecto consecuencial del concurso preventivo o de la quiebra, existen algunos elementos que resultan necesarios para poder efectivizar el *principio*.

Indistintamente, la ley de bancarrotas se refiere a la continuación y a la conservación con algún grado de imprecisión, lo que obliga a efectuar un análisis de los términos utilizados por el legislador a los efectos de clarificar cuál es el verdadero sentido que posee en la ley concursal la utilización del aforismo: “principio de conservación de la empresa”.

A mérito de éstas precisiones es que se aboradarán ciertos términos que por su utilización proverbial requieren de alguna explicación, lo cual representa una laboriosa y ardua tarea, en la que debe destacarse que no puede existir continuidad, conservación, reorganización y/o reestructuración si no hay suspensión de las acciones que habilitan al acreedor a proseguir con las ejecuciones individuales en contra de los bienes que integran el activo de la empresa (*vide* Capítulo IX. “Suspensión...”).



La metamorfosis que debe llevar a cabo el empresario/síndico a los fines de poder salvaguardar la hacienda requiere de algunos recaudos que deben ser cumplimentados, que se analizan en los siguientes apartados.

§ 12. CONTINUACIÓN DE LA EXPLOTACIÓN

Conforme a la Real Academia Española, continuación es “acción o efecto de continuar”, lo que en su primera acepción significa “proseguir lo comenzado”¹⁸³⁶. Por tanto, debe entenderse que cuando la ley hace referencia a continuación lo hace en el sentido de prosecución sin que existan interrupciones. Y de eso precisamente se trata, que el proceso productivo que se encuentra en plena etapa de elaboración o producción, no se detenga, no se paralice, que siga marchando.

Éste es el objetivo trazado por la ley concursal (tanto en su faz preventiva, cuanto liquidativa), que un proceso fructífero no se detenga producto de las pretensiones de cobro de algún acreedor en forma aislada (*prior in tempore potior in iure*), sino que represente una solución en conjunto para todos los *accipiens*.

La importancia de las empresas en la economía nacional no aparece como algo novedoso al punto que éstas se han convertido en los instrumentos más aptos y efectivos para sostener y empujar la economía de cualquier nación. De esta forma, la producción a través de la figura de la empresa se convierte en uno de los elementos caracterizantes del nuevo siglo. Parafraseando a Alvin Toffler se convierte en el motor de “la tercera ola”¹⁸³⁷.

La ley concursal refiere a la continuidad/continuación de la explotación de la hacienda –de diversa forma– en varios apartados del articulado legal, que podrían separarse entre los que hacen referencia a la continuidad durante la fase de concurso de aquellos que lo hacen en la quiebra.

¹⁸³⁶ Diccionario de la Real Academia Española, (22ª edición), ed. Espasa-Calpe.

¹⁸³⁷ TOFFLER, Alvin, *La tercera ola*, Plaza & Janes. S.A., Colombia, (1980).



12.a.) Continuación en el concurso. Actos sujetos a autorización: ¿cuando y cómo debe autorizarse?

El concurso preventivo –de acuerdo a nuestro sistema normativo– asigna la licencia al deudor de proseguir en forma automática con la administración de su patrimonio, sin que se produzca discontinuidad alguna. Para tal cometido no requiere de ninguna autorización previa y el gobierno de la empresa por el concursado prosigue en forma automática, sin interrupciones.

Pero, el deudor que en pos de la reorganización y refuncionalización de algunos sectores de la empresa –en algunas ocasiones– requiere desprenderse de un bien o bienes para satisfacer el interés de uno o algunos acreedores; puede mediante la entrega, cesión o venta de éstos, enajenar los mismos bajo ciertas condiciones.

Resulta incuestionable que en virtud del principio de universalidad e inquisitorialidad concursal, es el juez que entiende en el proceso universal quien resulta competente para intervenir y, eventualmente, permitir la realización de actos que excedan la dirección ordinaria de la hacienda.

Frente al concurso del deudor, la autorización por parte del juez de ciertos actos que excedan la administración ordinaria por parte del *cessatus* (art. 16 *in fine*, LCQ)¹⁸³⁸ requiere de la previa justificación de su conveniencia para la continuación de las actividades de la empresa y el debido resguardo del interés de los acreedores.

La autorización solicitada por el deudor debe ser efectuada en primer término: en forma oportuna, esto es, antes de que el bien haya salido del patrimonio del concursado y previo a la realización del acto y, en segundo término: debe ser conveniente.

En este sentido, la locución conveniencia –a diferencia de lo que disponía el art. 17 de la ley 19.551, que condicionaba la autorización a casos de necesidad y urgencia evidentes y que resulten imprescindibles

¹⁸³⁸ Art. 16. *Actos prohibidos*. “...*Actos sujetos a autorización*. Debe requerir previa autorización judicial para realizar cualquiera de los siguientes actos: los relacionados con bienes registrables; los de disposición o locación de fondos de comercio; los de emisión de debentures con garantía especial o flotante; los de emisión de obligaciones negociables con garantía especial o flotante; los de constitución de prenda y los que excedan de la administración ordinaria de su giro comercial”.

para la continuación de las actividades del deudor o en resguardo de los intereses del concurso— es sinónimo de utilidad, provecho, por lo que no podrá ser autorizada una operación —sea o no sobre bienes registrables— que importen una probable disminución de las potencialidades de la hacienda de continuar operando. Surge indiscutible que no puede existir saneamiento de la empresa si no hay, cuanto menos, potencialidad de que la misma mantenga sus órganos productivos. De lo contrario, la continuidad se desvanece y la conservación se evapora.

Los actos —cuya autorización solicita el deudor— deben ser previamente analizados por el síndico y el comité de control (el que debe conformarse y ser integrado por los tres acreedores quirografarios de mayor monto, denunciados por el deudor y un representante de los trabajadores de la concursada elegido por los trabajadores; arts. 14 y 16, LCQ, ley 26.684)¹⁸³⁹, como necesario recaudo de admisibilidad de la pretensión. En el caso del síndico, por cuanto el funcionario es parte en el proceso principal, sus incidentes y en los juicios de carácter patrimonial (art. 275 *in fine*, LCQ) y en la hipótesis del comité de control, por expresa disposición del art. 16, último párrafo, de la ley concursal (ley 26.684).

La celebración de un mutuo mediante la previa constitución de una garantía real —cuya falta de pago, pudiere generar una ejecución y la salida de un bien importante del activo— la disposición o locación de un fondo de comercio (aunque ello, no implique su enajenación plena) deben ser analizados con sumo detenimiento por el juez, resguardando el interés general e impidiendo, siempre que ello fuere posible, la disgregación patrimonial.

A pesar de ello, existen algunas hipótesis en las que convendría apartarse del postulado normativo, en tanto una postura rígida de ninguna forma colabora en la reestructuración de la empresa y su saneamiento, poniendo en serio riesgo su supervivencia. Así por ej. cuando el deudor solicita autorización para la venta de un bien (vehículo suntuario) que, necesariamente, apareja gastos significativos para su conservación y que no resulta funcional para el desarrollo de la actividad comercial del con-

¹⁸³⁹ La ley 26.086 omitió hacer referencia a la necesaria conformación del comité de acreedores en la resolución de apertura del juicio universal. Siguiendo el criterio del legislador, como el “comité de acreedores” no se había constituido, este debía conformarse a efectos de que pudiera emitir opinión (cfr. art. 14, LCQ, t.o. ley 26.086).

cursado, no se percibe como conveniente en la economía de los intereses comprometidos en el concurso. Desde otro punto de vista, bien puede servir el dinero obtenido con su venta, para continuar las actividades del concursado en la medida que no se vean vulnerados los intereses de los acreedores, correspondiendo otorgar autorización para su venta, disponiendo de un porcentaje (20%) para formar un fondo destinado al pago de cuotas concursales, liberando el resto para destinarlo a la recomposición de capital de trabajo¹⁸⁴⁰.

A idéntico razonamiento puede arribarse, cuando se trata de la venta de acciones emitidas por el garantizado de propiedad de la concursada, pues dicha operación es conveniente para la continuación de las actividades del deudor y para la protección de los intereses de los acreedores¹⁸⁴¹.

Así como en la quiebra el síndico se encuentra autorizado para enajenar bienes cuando la conservación del bien importe un beneficio evidente para los acreedores (art. 126, LCQ), de igual manera, el deudor se encuentra facultado –con las debidas justificaciones– para transigir o vender un bien que integra su patrimonio, cuando tal acto resulte conveniente para la continuidad de la explotación del negocio.

A contrario sensu, se ha entendido que no corresponde autorizar al concursado a dar tierras en pago a un municipio, en tanto no surge claro la conveniencia para la continuación de sus actividades, ni que la operación atienda a la protección del interés de los restantes acreedores¹⁸⁴². La dación en pago que importa la entrega del bien en cumplimiento de una prestación debe representar una verdadera conveniencia para la actividad del *cessatus*, de lo contrario, la autorización debe ser denegada.

El acto por el cual se requiere autorización judicial debe ser beneficioso no para el deudor, en si mismo, sino para la empresa (sujeto distinto de la persona del deudor) y para el interés de los acreedores. Por ende, el deudor en su presentación debe explicitar las razones del pedido, acompañar la documentación respaldatoria y brindar las explicaciones necesarias que justifiquen el pedido. Por ej. dando cuenta del precio de la opera-

¹⁸⁴⁰ Cfr. CNCom., sala B, “Conde, Gabriel s/concurso preventivo s/inc. de apel.”, Lexis 11/29136, 12/03/99.

¹⁸⁴¹ JNCom. n.º 1, sala 16, “Great Brands Inc. c. s/dato s/concurso preventivo”, E.D. 206-164 (2004).

¹⁸⁴² Cfr. CNCom., sala B, “Azucarera Argentina S.A.”, Lexis 1/71533, 29/10/03.

ción; que el bien no resulta necesario para la continuación de las actividades; en que se beneficiaría el concurso y/o los acreedores con la salida del bien.

Si bien el texto de la nueva ley concursal es más flexible que el de su antecesora (ley 19.551) el deudor tiene el deber de ser sumamente escrupuloso y claro en su presentación, acreditando los extremos necesarios para despejar todo tipo de dudas acerca de la real conveniencia en autorizar una operación que conlleve la salida de un bien de su patrimonio.

12.b) Continuación de contratos en curso de ejecución. ¿Cuáles deben continuarse? ¿Beneficio para el deudor o para los terceros?

El art. 1197 del Código Civil fija una regla convencional que recepta el brocardico latino *pacta sunt servanda*, por el cual, las partes están compelidas a cumplir la prestación comprometida. Sin embargo, en caso de concurso, las mismas quedan sometidas a un régimen especial que toma distancia de las disposiciones que conceden la facultad de resolver los contratos por incumplimiento.

En presencia de dificultades económicas de carácter permanente, el deudor –impedido de satisfacer en forma íntegra la totalidad de las obligaciones asumidas– goza de la posibilidad de renegociar con los acreedores aquellos convenios celebrados antes de presentar su concurso, sujetándolos a un previo control y autorización judicial. Los efectos que produce el concurso preventivo sobre los contratos celebrados por el deudor antes de su presentación, adquirieron mayor fuerza desde que se le permitió cumplir algunas obligaciones a los fines de mantener y preservar la empresa.

Todos los acreedores de causa o título anterior a la presentación concursal están obligados a verificar sus acreencias, salvo las excepciones taxativamente previstas por la ley concursal, entre las que se incluyen los contratos con prestaciones recíprocas pendientes (arts. 20, 143, inc. 3º y 144, LCQ). En este caso, como existe la posibilidad de que el deudor manifieste su intención de proseguir con el convenio, el contrato no se reconduce automáticamente sino que el acreedor debe esperar la comunicación o el vencimiento del plazo (30 días), para poder recién proceder a la resolución y la verificación de su acreencia.

Conforme lo prevé el art. 20 de la ley concursal “el deudor puede continuar con los contratos en curso de ejecución, cuando hubiere prestaciones recíprocas pendientes”. Para ello, deberá ponderarse, la solicitud formulada por el *debitor* y la consideración que, inexcusablemente, deberá realizar el juez acerca de la conveniencia que el contrato pueda tener para la prosecución de las actividades de la empresa.

Resulta evidente que no todo contrato debe ser obligatoriamente continuado por el deudor sino, únicamente, aquellos que revisten el carácter de ser bilaterales, sinalagmáticos, en los que existan prestaciones recíprocas pendientes y su persistencia resulte conveniente para la reorganización de la hacienda.

Conforme surge de la normativa concursal existirían dos categorías de contratos con prestaciones recíprocas pendientes; por un lado, aquellos que poseen dicha característica pero que por tratarse de bienes registrables, ingresan en el supuesto del art. 16, esto es, requieren la celebración de una audiencia con el síndico y el comité de control (ley 26.684) para su autorización, *v. gr.* el contrato de leasing regulado en la ley 24.441 (Adla, 1995-A-296) y, por otro, los contratos que no recaen sobre bienes registrables o que excedan la administración ordinaria del concursado, los que serán autorizados previa vista al síndico, únicamente¹⁸⁴³.

Lo importante para uno como para otro trámite (cfr. arts. 16 y 20, LCQ) es que tanto la opinión como la decisión de autorización de realizar el acto o bien de continuar con el contrato, esté debidamente fundado en la utilidad o provecho que ello significa para la empresa. Para la autorización el juez requerirá la opinión del síndico, la cual debe ser fundada ya que la prosecución de un convenio en las condiciones pactadas antes de la presentación concursal, podría significar la suerte o desventura de la empresa.

La apertura del concurso preventivo (art. 14, LCQ) produce la resolución de los contratos existentes al día de la presentación, quedando habilitado el deudor –en exclusividad– para petitionar su continuidad cuando existieren prestaciones recíprocas pendientes, para lo cual, debe contar con autorización judicial. Por lo tanto, los acreedores a quienes no se les

¹⁸⁴³ Cfr. GHERSI, Carlos A., *Reflexiones sobre la nueva 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.

hubiere comunicado la decisión de continuar con la convención quedan en situación *status quo* hasta que se cumpla el plazo de treinta días a que alude el párrafo tercero del art. 20 de la ley, para comunicar al deudor la resolución del acuerdo.

Las disposiciones que habilitan la resolución por incumplimiento frente al concurso del deudor y las previstas para el caso de quiebra (art. 145, LCQ), resultan plenamente aplicables. Por lo que la resolución no es una consecuencia del incumplimiento del deudor, sino de la necesidad de mantener a los acreedores en igualdad de condiciones y no generar privilegios que contraríen los fines establecidos en la ley.

Frente al concurso del deudor, el sujeto *in malis* tiene la facultad de decidir qué contratos continuar, pero tal señorío no podrá hacerlo efectivo sobre la totalidad de las relaciones contractuales sino, únicamente, en aquellos casos en los que existan prestaciones recíprocas pendientes. En los demás casos se produce la resolución del convenio puesto que no otra interpretación cabe de la disposición contenida en el art. 20 de la ley concursal. Así como el concursado “puede” continuar con el contrato, también puede adoptar una actitud diferente y, en este caso, el contrato queda resuelto a la fecha de presentación en concurso.

Así como en la quiebra el síndico –en caso de continuación de la explotación– debe informar al juez sobre la conveniencia de mantener ciertos contratos en curso (art. 190 inc. 5º, LCQ), de la misma forma apelando a la analogía, el deudor debe hacerlo en relación a los contratos con prestaciones pendientes. En ambos casos, la conveniencia de su mantenimiento o su resolución son potestad exclusiva del magistrado, y es éste quien dispondrá su autorización, ponderando lo más conveniente para el interés del concurso y de los acreedores, valorando la importancia que su prosecución o no puede significar, para la explotación de la hacienda (art. 191 inc. 6º, LCQ).

Ahora bien, una vez autorizada la continuación por el juez, la ley concursal no establece en que condiciones deberá proseguirse el acuerdo con el cocontratante *in bonis*. Por tanto, sería conveniente que el *iudex* analice el contrato, las condiciones establecidas, la forma de pago, la tasa de interés, el plazo y requiera del deudor y el síndico de alguna información periódica (lo cual no significa que deba ser diaria) acerca de la evolución del contrato y su cumplimiento. De lo contrario, se podría estar favoreciendo a un tercero que en vez de someterse al proceso verificadorio,

con la anuencia del deudor prosigue con un contrato en condiciones desfavorables para el resto de los *accipiens* y con el beneficio de que las prestaciones que el deudor le adeude con posterioridad a la apertura del juicio universal, gozan del privilegio de gastos del concurso (art. 240, LCQ).

El tercero cocontratante *in bonis* a la fecha de presentación en concurso preventivo no es un acreedor, por lo que resultaría conveniente que el deudor informe al juez en su presentación cuáles son los contratos en los que no existen obligaciones recíprocas pendientes que se resolverán, cuáles son los que tienen prestaciones recíprocas que sí finalizarán y cuáles son los que el deudor tiene intenciones de proseguir.

Lo más importante es que el deudor justifique la necesidad de proseguir con el contrato y que la continuación de éste, no conlleve una situación desventajosa para el concurso, lo que debe ser valorado por el juez (quien en exclusividad ostenta el *summa imperii* de conceder o no el permiso) valorando la conveniencia del mismo para la conservación de la empresa, la integridad del patrimonio y el interés de los acreedores. De esta manera, también se protegerá la continuación de la empresa.

12.c) Continuación de los contratos individuales de trabajo

La legislación concursal transcurrió –a lo largo de su evolución histórica– desde aquellas normas que escasa o nula atención le prestaban a la cuestión de los efectos de la apertura del concurso sobre las relaciones particulares, para ir progresando lentamente hacia un sistema más elaborado, el que se sustenta en un difícil equilibrio entre el interés social de preservación de un sujeto económicamente útil y el derecho de los acreedores a satisfacer sus acreencias¹⁸⁴⁴.

Tanto en el concurso preventivo (art. 20, LCQ) cuanto en la quiebra (art. 196, LCQ) la hermenéutica del proceso está enderezada a que el contrato laboral no concluya de *iure* con motivo del inicio del trámite universal. En el concurso preventivo prosigue sin alteración alguna; mientras que en la quiebra, el contrato de trabajo se suspende hasta que

¹⁸⁴⁴ Cfr. ROITMAN, Horacio, *Efectos del concurso preventivo sobre los contratos preexistentes*, ed. Rubinzal-Culzoni, Sta. Fe, (2005), pág. 12.

se decida la continuación de la explotación, por lo que autorizada ésta (art. 191, LCQ), el contrato respecto del personal que quedará afectado a la prosecución de las actividades de la hacienda (art. 197, LCQ), se re-conduce automáticamente.

El ordenamiento concursal se incardina con las disposiciones de la Organización Internacional del Trabajo que a través de diversos mecanismos protege el salario y el crédito laboral originado en situación de insolvencia. Así, el Convenio 95/49 sobre protección del salario y el Convenio 173/92 sobre protección de créditos laborales en caso de insolvencia del empleador tienden a proteger el salario y los créditos laborales frente a situaciones de insolvencia en las que se ha abierto un procedimiento relativo a los activos de un empleador, con objeto de pagar colectivamente a sus acreedores y aquellas en las que no puedan abonarse los créditos laborales a causa de la situación financiera del empleador (art. 1 Convenio 173/92).

Lo que la normativa internacional del trabajo no ha contemplado es la protección y la conservación del contrato laboral, a contrario de lo que sucede con nuestra legislación que ha avanzado a pasos agigantados, permitiendo la continuidad de la relación laboral tanto en caso de concurso como de quiebra; a punto tal, que la ley 26.684 hace expresa referencia a la “conservación de la fuente de trabajo” como justificativo para la continuación de la explotación (art. 189, LCQ, t.o. 2011).

La prosecución de la relación laboral resulta indispensable para el desarrollo de las tareas de la empresa. En efecto, si los trabajadores gozaran de la opción de concluir el contrato de trabajo con motivo de la presentación en concurso, la empresa (en particular, los trabajadores en relación a aquellos puestos que requieren gran especialización) no podría cumplir con la consabida reorganización y reestructuración de su pasivo. De ahí que la prosecución o continuidad de las relaciones laborales hace a la esencia de la solución preventiva, pues sin ellas no tendría razón de ser el concurso.

Así como resulta importante mantener indemne el patrimonio –por la trascendencia que el mismo posee para satisfacer el interés de los acreedores y del concurso– de la misma forma, el mantenimiento de los puestos de trabajo permitirá que un proceso productivo no se detenga, por las consabidas pérdidas que ello genera.

El art. 20 de la ley concursal no hace una referencia expresa al contrato individual de trabajo, al punto que ninguna mención formula en relación a la suspensión, interrupción o finalización del mismo; lo que obliga a efectuar una interpretación teleológica del fin que persigue la norma tomando como pauta las disposiciones sobre efectos generales de la presentación concursal y lo dispuesto por el art. 196 de la normativa falencial. Como el legislador presume que el deudor continuará con la explotación, ninguna referencia cabía efectuar en orden a la continuidad del contrato de trabajo. Sin embargo, el parlamentario se hizo eco del reclamo efectuado desde la doctrina acerca del convenio colectivo y estableció que el mismo se suspende por el plazo de tres años o el del cumplimiento del acuerdo preventivo, el que fuere menor (art. 20, LCQ), puesto que no puede entenderse que el convenio colectivo quede definitivamente “sin efecto” con motivo de la apertura del concurso, ya que ello supondría que la apertura del proceso universal hace fenecer el convenio colectivo de trabajo, imponiendo la necesidad de renegociar uno nuevo.

El convenio colectivo de trabajo quedaba sin efecto a los fines de que la patronal y los trabajadores rijan el vínculo contractual por los contratos individuales o en su defecto por la Ley de Contrato de Trabajo (20.744), quedando facultadas para negociar un convenio colectivo de crisis por el plazo que dure el concurso preventivo. Esta posibilidad de renegociación ha sido truncada a raíz de la reforma introducida por la ley 26.684 que derogó el régimen de suspensión de los convenios colectivos con motivo de la presentación en concurso preventivo.

En caso de quiebra con continuación de la explotación (hipótesis de mayor agravamiento de la situación de insolvencia de la empresa), el convenio se mantiene vigente; lo cual resultaría, cuanto menos, un contrasentido, toda vez que el recrudescimiento de la situación de insolvencia de la hacienda obliga a adoptar todas las medidas necesarias para mantener la empresa en marcha. Entre ellas, la renegociación del convenio colectivo de trabajo; ya que si el juez podría llegar a prescindir de cierto personal (art. 191 inc. 3º, LCQ) en miras a la continuación del negocio, debe admitirse que también podría encontrarse facultado, cuanto menos, para renegociar el convenio colectivo de trabajo.

Más allá de las consideraciones realizadas sobre este punto (“suspensión del convenio colectivo de trabajo” realizadas en el Capítulo IX § 12 y a cuyo desarrollo remito al lector) debe admitirse la inconveniencia

que resulta para la continuación de la explotación el mantenimiento de cláusulas establecidas en un convenio colectivo de trabajo que pueden resultar inadecuadas para paliar la situación deficitaria de la empresa.

Se estima conveniente que, en este supuesto, el juez convoque a la asociación gremial y la sindicatura a los fines de que en audiencia –que fijará al efecto– procedan a acordar las modalidades de la prestación laboral: jornada, salario, plus, adicionales, reducción horaria, etc., lo que deberá ser luego homologado por el magistrado que entiende en el juicio universal.

De esta manera, se garantiza la continuidad de la empresa y se mantienen los puestos de trabajo, cumpliendo el fin teleológico que importa la conservación de la empresa ya que la subsistencia del convenio colectivo podría llevar a agravar la situación de la hacienda, por los altos costos que se vería obligada a afrontar para procurar de esta manera su recuperación y subsistencia en el mercado, lo cual infringiría lo dispuesto en el art. 190 inc. 1º de la ley falencial.

12.d) Reestructuración de la cartera laboral en el concurso

El art. 20 de la ley concursal ninguna referencia realiza en relación a la reorganización de la empresa en lo concerniente –puntualmente– a los contratos individuales de trabajo; sobrentendiéndose que los mismos producto de la continuidad de la administración de la hacienda en la persona del deudor, prosiguen sin solución de continuidad.

Tibiamente, el art. 14 inc. 11º de la ley concursal reformado por ley 26.086 imponía al síndico la tarea de pronunciarse sobre la situación futura de los trabajadores en relación de dependencia; lo cual hacía estricta alusión al convenio colectivo suspendido y no en referencia al contrato individual de trabajo continuado. A la luz de la reforma introducida por ley 26.684 (la cual derogó la suspensión del convenio colectivo de trabajo, art. 20), ha desaparecido la obligación de realizar este informe.

El futuro de los trabajadores y la supervivencia de la hacienda también dependen de la suerte que corra la empresa en esta fase del proceso universal, toda vez que el sobredimensionamiento de la empresa en relación a su capacidad productiva –desde el punto de vista laboral– podría incidir negativamente, sobre la suerte de esta.

Por ello, de *lege lata*, sería conveniente que el deudor –no solamente presente un plan de reorganización– sino que, asimismo, acompañe un proyecto de redistribución del personal en relación de dependencia que se mantendrá afectado a la explotación durante el trámite del concurso.

Decidir en esta etapa del proceso la continuidad de todos o algunos trabajadores y no esperar a la declaración de quiebra para que tal decisión sea adoptada por el síndico (art. 197, LCQ), también puede ser determinante para la supervivencia de la hacienda. Una empresa que cuente con demasiados puestos de trabajo –lo cual genera un alto costo laboral– puede llegar a agravar sus problemas a mediano plazo y esto puede resultar negativo para superar el estado de cesación de pagos del cual pretende alejarse.

Es siempre más conveniente sacrificar algunos puestos de trabajo y sacar la empresa del estado de crisis que la aqueja, que condenar a todos los trabajadores al exilio de la quiebra. El mal menor: selección del personal y suspensión o eliminación de algunos puestos de trabajo, no ostenta mayor entidad e importancia que lo que representa el cierre definitivo de la hacienda y la liquidación de sus activos.

No debe perderse de vista que el concurso preventivo está orientado a la continuidad de la hacienda bajo la administración del propio deudor, y los contratos individuales de trabajo se mantienen. Pero ello no puede ser a cualquier costo ya que se encuentra en juego, nada más y nada menos, que la supervivencia de la empresa como ente con capacidad para producir bienes y servicios.

Bueno es mencionar que el concurso preventivo no garantiza al trabajador, ni el mantenimiento de su puesto de trabajo ni la integridad de su crédito, lo cual puede verse agravado frente a una situación de insolvencia irreversible (quiebra) en la que la liquidación de los activos y la imposibilidad de restaurar un proceso productivo sean las notas detonantes de la extinción del vínculo laboral.

El arrostramiento que se genera entre la conservación de la empresa y la estabilidad en el empleo exige adoptar decisiones que tiendan a proteger el sano equilibrio que debe existir entre estos dos intereses en jue-

go¹⁸⁴⁵ ponderando el de mayor peso, el cual está dado por la protección de empresas económica y socialmente útiles. El disfraz que se ha utilizado desde hace tiempo para justificar el mantenimiento *sine die* de las relaciones laborales del deudor con los trabajadores, debe ser sustituido por una política económica y social que contemple la conservación de empresas a través de auténticos mecanismos que permitan su recuperación, porque detrás de ello vendrá la generación de nuevos puestos de trabajo.

Las reflexiones vertidas en los párrafos anteriores no pretenden, desde ningún punto de vista, erigirse en una suerte de caza de brujas de las relaciones laborales, sino de presentar una realidad incontrastable que debe ser profundamente analizada, ya que sería ininteligible con el proceso concursal que el deudor espere a la quiebra para que el síndico prosiga con la explotación (en la hipótesis de ser ello conducente para no detener un proceso productivo) y sea este funcionario quien tenga que convertirse en el dictador de los trabajadores, decidiendo que dependientes deben cesar definitivamente para la reorganización de las tareas (art. 197, LCQ).

El sistema concursal protege el crédito y concede privilegios a los acreedores laborales para que estos –frente a la eventualidad de la quiebra– puedan percibir sus acreencias con preferencia a otros acreedores. La preservación de la empresa está en el punto más alto de la escala de principios y requiere de todos los esfuerzos tendientes a hacer efectivo tal propósito, aunque ello conlleve ciertos sacrificios.

Los acreedores laborales gozan de diversos privilegios en la ley concursal (art. 241 inc. 2º y 246 inc. 1º, LCQ), a lo que se suma el pronto pago laboral (arts. 16 y 183, LCQ) con lo cual sus pretensiones creditorias se encuentran debidamente resguardadas. Lo que no refiere la ley para la etapa de concurso, es la necesidad de proteger la continuidad de los puestos de trabajo; por lo que, tanto el síndico como el juez, deben requerir al deudor, que implemente las reestructuraciones necesarias para que la empresa no se vea sobrecargada, asfixiada de trabajadores, los que pueden llegar a resultar innecesarios para el desarrollo de las tareas.

¹⁸⁴⁵ Cfr. BLAISE, Henry, *La situation juridique des salariés en cas de faillite de leur employeur*, Droit Social n.º 11 (1961), pág. 537.

Sería conveniente en tal sentido, implementar algún sistema de garantía¹⁸⁴⁶ –como el que se había diseñado en la ley 23.472 (Adla, 1987-A-103)¹⁸⁴⁷– para los acreedores despedidos por empresas concursadas, que permitan resguardar el interés de los acreedores laborales frente a la insolvencia empresarial. De esta forma, se protegerá al acreedor y ello redundará en beneficio de la hacienda potenciando sus chances de recuperación.

Otra solución podría encontrarse en la suspensión temporaria de algunos trabajadores o una reducción proporcional de salarios, comenzando por el personal jerárquico, lo que conllevará la preservación de los puestos de trabajo reduciendo de esta forma el costo laboral. En definitiva, encontrar soluciones reales para situaciones, muchas veces ideales, es el gran desafío que el deudor y el juez deben afrontar en todo procedimiento que pretenda la tan anhelada recomposición del pasivo y superación de la crisis empresarial.

Razones sociales y políticas derivadas de mayores beneficios para los trabajadores imponen adoptar medidas de protección especial. Los empleados pueden contribuir con la prosecución de las actividades de la empresa y cumplen un rol esencial en su preservación, reorganización o venta. Por tanto, resulta necesario proteger los derechos de los trabajadores¹⁸⁴⁸ pero no solo el interés de éstos, también existe un interés superior: el interés público en la preservación de la empresa.

12.e) La continuación de la empresa en el concurso y el salvataje

Cuando los mecanismos tendientes a prevenir la crisis empresarial no son suficientes y se desencadena el consecuente estado de cesación de

¹⁸⁴⁶ Cfr. NÚÑEZ, Mariano, *La regulación jurídico-laboral de la insolvencia empresarial y la protección de los créditos laborales* en comp. ACKERMAN, Mario E. y TOSCA, Diego M., “Las transformaciones de la empresa en el derecho del trabajo”, ed. Rubinzal-Culzoni, Sta. Fe, (2007), pág. 764.

¹⁸⁴⁷ La ley 23.472 nunca entró en vigencia por falta de reglamentación. El art. 10 de la mencionada normativa disponía: “La presente ley será reglamentada dentro de los sesenta (60) días de su promulgación y entrará en vigencia a los treinta (30) días de publicado el decreto reglamentario, fecha a partir de la cual serán exigibles las contribuciones previstas en el art. 2º”.

¹⁸⁴⁸ Cfr. MCBRYDE, W.W., FLESSNER, A., KORTMANN, S.C.J.J., *Principles of European Insolvency Law*, ed. Kluwer Legal, (2003), pág. 47 y 48.

pagos –presupuesto de admisión a la *procedura concorsuale*–, el concurso se presenta como el mecanismo apropiado para revertir dicha situación y continuar operando conforme reglas de mercado, manteniendo en la medida de lo posible y, siempre y cuando ello no agrave la situación de la hacienda, el nivel ocupacional, con un nivel de ingresos en el que paulatinamente vaya cediendo la pirámide invertida de liquidez y rentabilidad. Resulta indispensable en esta etapa (concurso preventivo o APE) remediar el reflotamiento y la actividad de la hacienda, evitando proseguir con el déficit operativo¹⁸⁴⁹.

Si fuera necesario caracterizar al concurso preventivo podría decirse que el mismo es reorganizativo, recompositivo y reestructurativo no ya del patrimonio del deudor *stricto sensu* sino *rectius* de la empresa, aspecto éste mucho más amplio y comprensivo de situaciones que van más allá de los elementos que componen el patrimonio.

Con el avance de la globalización y el desarrollo, los grupos empresariales han ido tomando mayor fuerza y dinamismo y así como resulta necesario preservar el medioambiente, de la misma forma resulta imprescindible conservar las empresas, ya que así como resulta más beneficioso resguardar el sistema ecológico porque resulta más oneroso tener que reparar los daños causados por una actividad contaminante; de la misma forma, resulta más rentable conservar la empresa que liquidarla, puesto que el valor económico de la misma en funcionamiento –valga la aclaración– presenta mayor valor que el que puede lograrse con su eliminación del mercado. Todo lo cual se agrava, cuando existen sectores sociales que directa o indirectamente se ven beneficiados por la presencia de la hacienda en la localidad en la que se encuentra asentada.

A través de la ley concursal el Estado –por conducto de la intervención del juez– se convierte en mediador de los diversos intereses en juego permitiendo que unidades productivas deficitarias sean capaces de transformarse en unidades superavitarias. No obstante las facultades judiciales para terciar en el conflicto, ello no sería posible si no existe el tan consabido plan de empresa.

El concurso preventivo cumple con este objetivo de metamorfosis de la hacienda en vista de optimizar los activos, donde acreedores, trabaja-

¹⁸⁴⁹ Cfr. PORCELLI, Luis A., *Conservación y continuación de la empresa*, L.L 1988-C-975.

dores, proveedores, síndico, juez y el propio deudor, deben focalizar su atención en la mayor eficacia del negocio porque de ello dependerá, en definitiva, el recupero de sus acreencias para algunos: *v. gr.* los acreedores; o la conservación del empleo para otros: los trabajadores.

El discurso dialéctico que permite conservar las empresas en el proceso de quiebra se potencia en caso de concurso, precisamente, por ser este el mecanismo más representativo de la conservación de la hacienda.

El art. 14 inc. 12° de la Ley de Concursos y Quiebras impone al síndico la obligación de emitir “un informe mensual sobre la evolución de la empresa, si existen fondos líquidos disponibles y el cumplimiento de las normas legales y fiscales” (ley 26.086), lo cual será determinante para conocer la real situación del ente y sus posibilidades de sanear su pasivo. Normalmente, este tipo de informes no revisten ninguna importancia para el magistrado. Por tal motivo, sería conveniente que estos informes sean detenidamente analizados a los fines de adoptar medidas que permitan corregir los errores de una administración ineficiente.

Desde el preciso momento en que el deudor inicia el trámite preventivo goza de protección legal en amparo de la continuación de la actividad de la hacienda (art. 15, LCQ), hasta la conclusión del procedimiento, esto es, cinco días después de llevarse a cabo la audiencia informativa, oportunidad en que concluye el período de exclusividad (art. 43, LCQ). Vencido este plazo sin que el deudor logre arribar a algún acuerdo con los acreedores, teniendo en cuenta las condiciones y características del sujeto concursado (cooperativa, sociedad por acciones, sociedad de responsabilidad limitada en las que tenga algún grado de participación el Estado Nacional, Provincial o Municipal y que no sea considerado un pequeño concurso [art. 289, LCQ]) se abre un nuevo período denominado: doble vuelta, *ballotage* o, simplemente, supuestos especiales del art. 48 de la ley concursal.

En esta etapa de salvataje (art. 48, LCQ) resulta indispensable el valor que representa el capital social y la información que el propio deudor pueda suministrar, ya que ello redundará no solamente en interés de los socios: en obtener un mayor precio por el valor de sus acciones o cuotas de interés; sino, también, de los acreedores que podrán darle conformidad a aquél que ofrezca una propuesta con el menor sacrificio de quita posible.

El art. 48 de la ley 24.522 –en cuanto prevé la transferencia de la totalidad de la participación accionaria de la sociedad en *cramdown* a quien resultó adjudicatario– determina un caso de sociedad de responsabilidad limitada de un solo socio (en el caso, una sociedad anónima) lo cual constituye una excepción al principio societario de pluralidad de personas que cede frente a otro principio de orden público y de interés social, cual es el de posibilitar la continuación de la empresa que de otro modo hubiese quebrado¹⁸⁵⁰.

La importancia de la empresa en el concurso preventivo culmina por exteriorizarse a través del salvataje empresario y el *cramdown power* (art. 52, LCQ); puesto que si el deudor no logró convenir con los acreedores una propuesta que resulte luego homologada, se abre un nuevo período –ya no de exclusividad, puesto que el deudor puede competir con terceros en la formulación de propuestas para los acreedores– en el que se abrirán nuevos horizontes de negociación (art. 48, LCQ) inclusive, aún cuando exista oposición del deudor¹⁸⁵¹, a los efectos de evitar la tan reprobada declaración de falencia (art. 77 inc. 1º, LCQ).

Por otro lado, el art. 52 inc. 2.b. permite que el juez homologue una propuesta que no cuenta con todas las conformidades y la imponga a los acreedores disidentes, con tal serie de recaudos que tornan a la norma de mero laboratorio, por su inviabilidad práctica; no obstante, ello exterioriza la *voluntas legislator* de encontrar mecanismos que impidan la irreversible declaración de bancarrota cuando el deudor durante el curso del proceso no ha logrado las mayorías necesarias para lograr un acuerdo que ponga fin al juicio universal.

Un adecuado sistema de información por parte del deudor (en especial administradores) sobre riesgos generales y específicos que puedan atentar contra el cumplimiento de ciertos objetivos, permitirá adoptar medidas efectivas que impidan agravar la situación económico-financiera de la empresa. Los canales de información que conduzcan a un adecuado conocimiento de la real situación del ente deben ser fluidos y ello debe ser exigido por todos los sujetos interesados en la superación del estado

¹⁸⁵⁰ Cfr. Juzg. Proc. Conc.y Reg. n.º 1, Mendoza, “Ferroviaria S.A. s/conc. prev.”, L.L. 2002-A-779.

¹⁸⁵¹ CNCom., sala A, “Productos Textiles S.A. s/concurso preventivo s/incidente de apelación art. 250 CPCC”, elDial.com - AA60A8, 08/07/2010.

de cesación de pagos: *v. gr.* acreedores, accionistas, proveedores y terceros y, no solamente, por el deudor.

12.f) Continuación en la quiebra

Sin lugar a dudas, el espíritu conservativo de la empresa tuvo consagración legislativa con la ley 19.551 al admitir en la quiebra, la continuación de la explotación de la empresa cuando –previo informe del órgano concursal– “de su interrupción podría derivarse un daño grave e irreparable al interés de los acreedores y a la conservación del patrimonio” (art. 182, ley 19.551). No obstante ello, el juez podía disponer “de oficio la continuación cuando medien iguales circunstancias y teniendo en cuenta el interés general” (art. 182, primer párrafo, ley 19.551), lo cual importa que aunque el magistrado no contare con el informe del funcionario, de igual forma –si bien en forma excepcional– podía disponer la continuación de la explotación si ello podía ocasionar un perjuicio al interés general.

Esta facultad del magistrado (de disponer de oficio la continuidad de la explotación) fue eliminada en la ley 24.522, restringiendo de esta forma la potestad del *iudex* de ordenar la inmediata prosecución de la explotación sin contar con el informe previo por parte del órgano concursal.

Este criterio del legislador sería un verdadero desacierto, no solamente por restringir las potestades oficiosas del magistrado, sino también porque ello atenta contra la preservación de la hacienda; no obstante, podría sostenerse en base al principio inquisitivo, que tales facultades del juez se mantienen incólumes cuando el síndico no hubiere resuelto continuar con la explotación, por lo que el magistrado apelando a idénticas razones puede resolver continuar en forma inmediata con la explotación del negocio (art. 159, LCQ), lo que podrá ordenar por un breve período de tiempo, hasta que concluya un ciclo de producción o de comercialización, conforme a su actividad (art. 191, LCQ).

La ley 24.522 ha mantenido este criterio, vigente en la ley 19.551, el cual admite –ya no en forma excepcional (art. 189, LCQ, ley 26.684)– que el síndico continúe con la explotación de la hacienda fallida con el firme propósito de lograr su liquidación en marcha, permitiendo esta forma de realización (venta de la empresa como unidad) su supervivencia.

Esta viene a conformar la última oportunidad de recuperación de la empresa insolvente, luego de pasados los estadios preventivos que buscan de todas las formas posibles su continuidad y superación del estado de cesación de pagos (acuerdo preventivo, salvataje, *cramdown power*, conversión de la quiebra o avenimiento).

La continuación de la explotación de la empresa o de alguno de sus establecimientos en la quiebra puede adquirir dos variantes y si bien daría la impresión de que estamos ante dos estadios diferentes, el primero posee incidencia directa en el segundo: 1) continuación inmediata por el síndico (art. 189, LCQ) y 2) continuación mediata de la explotación (art. 190, LCQ).

Para que exista continuación inmediata por el órgano concursal, luego de haber aceptado el cargo (arts. 88 inc. 11° y 109, LCQ) con posterioridad a su desinsaculación –lo cual conlleva, muchas veces, varios días–, deben analizarse los presupuestos contemplados por el legislador como recaudos necesarios para su admisión:

a) El síndico debe continuar de inmediato con la explotación, lo cual es realizado por el órgano concursal sin la previa intervención judicial, hallándose obligado el mismo a presentar un informe al juez dentro de las veinticuatro horas posteriores al acto por el cual tomó posesión de los bienes y dispuso proseguir con la actividad de la empresa; sin embargo, si el síndico todavía no se recibió del cargo, el juez puede disponer la continuidad también, si hay pedido efectuado por los trabajadores o acreedores laborales conformados en cooperativa (art. 189, LCQ, ley 26.684) o, inclusive, de oficio, designando para ello un coadministrador para el cumplimiento de las medidas urgentes.

En tiempos de la ley 24.522, el régimen de continuidad de la explotación era inusual (art. 189, LCQ), esto es, la excepcionalidad de la continuación importaba que tal estado de situación se aparte de lo ordinario o que ocurra rara vez¹⁸⁵². Por lo tanto, las situaciones que se presentaban eran verdaderamente inusuales o anómalas, *ma non troppo*.

La ley 26.684 eliminó del art. 189 las voces: “sólo excepcional”, que hacían referencia a la situación verdaderamente extraordinaria que debía presentarse para que el juez disponga la continuación inmediata de la ex-

¹⁸⁵² Diccionario de la Real Academia Española, (22ª edición), ed. Espasa-Calpe.



plotación con lo que conforme la actual redacción del dispositivo la prosecución del negocio –en la mirada del legislador– es común o habitual; empero, es dable inferir que no cualquier empresa fallida puede proseguir *ipso facto*.

En efecto, muchas veces, se presentaron situaciones en las que la continuidad inmediata de la explotación resulta fundamental para, luego, poder proseguir con las actividades que desarrolla el ente en aras de su conservación. A tal punto ello es así, que se ha sostenido con solidez que de acuerdo al principio de conservación de la empresa, la conveniencia de venderla como unidad es manifiesta cuando está en funcionamiento o es factible ponerla en marcha¹⁸⁵³, por lo que resulta indispensable que la empresa se encuentre en movimiento para poder venderla como unidad productiva. La situación que se presenta con empresas económicamente viables o socialmente útiles, requiere de una mayor dosis de prudencia en la toma de decisiones.

Con todo, así como no resulta posible la vida eterna (en el mundo terrenal), tampoco resulta admisible alargar la existencia de las empresas, en particular, cuando a nadie beneficia que esta siga en pie; incluso a terceros (art. 190, cuarto párrafo, LCQ). El fin teleológico que persigue la normativa concursal es la prosecución de la actividad con el firme propósito de que la hacienda sea vendida como un todo y en funcionamiento.

Se han dado algunos supuestos en los que se ha continuado con la explotación de empresas –en particular aquellas, durante la vigencia de la ley 18.832¹⁸⁵⁴– contrayendo nuevos pasivos y contrariando los principios inspiradores de esta disposición. Como comentara MARTORELL, en relación a lo que sucedía por aquellos decenios: por la disputa que se generaba entre diversos sectores: políticos y sindicales, en orden a preservación de las fuentes de empleo¹⁸⁵⁵, lo cual empezaba a generar algunas reacciones en el sector empresario.

¹⁸⁵³ Cfr. CApel.Civ. y Com., Lab. y Min. General Pico, “Banco de la Nación Argentina c. Tamagnone S.A.C.I.A.F.”, LLPatagonia 2006-613 - IMP 2006-21-2715, juez Costantino, por su voto.

¹⁸⁵⁴ La ley de 1970 preveía tres situaciones diversas: 1) la administración de empresas por el Estado (arts. 1 y 2 inc. a, b y c); 2) la liquidación efectuada por el Estado (arts. 2, inc. d y e), y 3) la intervención del Estado como administrador frente a la convocatoria de acreedores de una empresa.

¹⁸⁵⁵ Cfr. MARTORELL, *op. cit.*, t. I, pág. 291.

Por tanto, la continuidad de la hacienda debe ser necesariamente considerado un supuesto tan extraordinario, como profundamente meditado y analizado.

b) Otro requisito es que la potencialidad del “daño al interés de los acreedores y a la conservación del patrimonio” (art. 189, LCQ), debe revestir tal entidad, que la interrupción del proceso productivo o de un ciclo de comercialización se torne en un mal necesario.

Clare loqui, la intencionalidad del legislador apunta a la necesidad de proseguir aquellas tareas aptas para evitar que un proceso en curso se detenga, lo cual generaría un mayor perjuicio para los acreedores al verse senciblemente reducidas las posibilidades de la empresa de ser vendida como unidad y la sensible disminución del conjunto de bienes que componen el patrimonio del deudor. Aparentemente, en este punto existe una confusión, toda vez que por un lado se habla de proceso productivo (empresa) y, por otro, de patrimonio; cuando ambos conceptos refieren a conceptos distintos.

Más allá de imprecisiones sobre la utilización de términos distintos en forma ambigua, el espíritu que impregna la legislación de bancarrotas –que persigue el mantenimiento de la actividad productiva– posee una relación indirecta con el valor del patrimonio, puesto que la pérdida que pueda ocasionarse *v. gr.* por la existencia de mercadería para ser entregada o por elementos manufacturados que requieren de la culminación de un proceso de preparación o elaboración para darles valor final o mayor valor; generaría a la postre un detrimento significativo de estos bienes en perjuicio de los acreedores, quienes poseen interés directo en la preservación de los activos para satisfacer sus ansias de recuperar sus créditos. De modo allí que en una modesta posición sería admisible que el juez disponga de oficio la continuación inmediata de la explotación, inclusive, cuando todavía no cuente con el informe del órgano concursal (art. 189, primer párrafo, LCQ) toda vez que ello podría empeorar la situación de la hacienda en perjuicio de todos los intereses.

Así como resultaría ininteligible exigir de quien es empresario soluciones jurídicas, de igual manera no puede exigirse al jurista que aporte soluciones empresarias y/o económicas y, mucho menos, pretender que una ley aporte todas las soluciones que la insolvencia depara.

El tema de la “continuación de la explotación de la empresa” abre las puertas a la investigación y el desarrollo de teorías que permitan de una u

otra forma, arribar a soluciones que permitan minimizar los daños que genera la insolvencia. Así, se ingresa a un campo fértil, como es la correcta interpretación del derecho y la economía¹⁸⁵⁶.

La quiebra como mecanismo superador de la insolvencia empresarial se sostiene principalmente –de acuerdo a la hermenéutica empleada por el legislador– en la permanencia de la actividad y en segundo término en la satisfacción del interés de los acreedores a través de algunos mecanismos tendientes a reducir los costos que genera la incapacidad de pagos.

En un segundo plano, la ley permite que la explotación de la hacienda prosiga por un plazo mayor que el que la mera realización de los bienes podría deparar. Esta posibilidad de proseguir con las actividades –más allá de que interrumpa o no un ciclo de producción– exige un estudio más profundo a cargo del órgano concursal, quien deberá analizar si verdaderamente existen elementos que permitan continuar con la explotación que realizaba el fallido por la conveniencia de enajenar la empresa en marcha (art. 190 *in fine*, LCQ).

Empero, la prosecución de la hacienda no representa un resorte exclusivo del síndico, sino que requiere de una autorización, la que es concedida por el juez de acuerdo a ciertas consideraciones que efectuará acerca de la conveniencia de mantener la actividad. De allí que la normativa falencial exija una actividad jurisdiccional, esto es, que el juez autorice la continuidad de la explotación, siempre y cuando de su interrupción se pudiere generar una grave disminución del valor de realización de los bienes, para lo cual ponderará una serie de recaudos previstos en el ordenamiento (art. 190, LCQ, ley 26.684), pudiendo inclusive exigir la constitución de garantías especiales a los fines de asegurar la prosecución de un emprendimiento (art. 192, LCQ), sin agravar su situación ya de por sí deteriorada.

En este punto, son importantes los recaudos que la ley exige para que el síndico pueda prolongar el aprovechamiento de la factoría, para ello cuenta con un plazo de veinte días en el cual debe expedirse sobre los siguientes aspectos: “1) la posibilidad de mantener la explotación sin contraer nuevos pasivos, salvo los mínimos necesarios para el giro de la explotación de la empresa o establecimiento; 2) la ventaja que resultaría

¹⁸⁵⁶ Cfr. PORCELLI, *op. cit.*, pág. 975.

para los acreedores de la enajenación de la empresa en marcha; 3) la ventaja que pudiere resultar para terceros del mantenimiento de la actividad; 4) el plan de explotación acompañado de un presupuesto de recursos, debidamente fundado; 5) los contratos en curso de ejecución que deben mantenerse; 6) en su caso, las reorganizaciones o modificaciones que deben realizarse en la empresa para hacer económicamente viable su explotación; 7) los colaboradores que necesitará para la administración de la explotación; 8) Explicar el modo en que se pretende cancelar el pasivo preexistente” (art. 190, LCQ, ley 26.684).

Es claro que el sistema se sustenta en el provecho o utilidad que puede tener para los acreedores y terceros la preservación de la actividad pero, a poco de analizar estos recaudos, pareciera que los mismos no resultan suficientes para que el juez pueda conceder la autorización a la que refiere el art. 191 puesto que, además de tales presupuestos, exige al juez expedirse sobre los siguientes puntos: 1) el plan de explotación; 2) el plazo por el cual se continuará con el desarrollo de las actividades; 3) la cantidad y calificación profesional del personal que continuará afectado; 4) los bienes que pueden emplearse para las tareas; 5) la necesidad de designar o no uno o más coadministradores; 6) los contratos en curso de ejecución que se mantendrán; 7) informar el tipo y periodicidad de la información que deberá suministrar el síndico y, en su caso, el coadministrador (art. 191, LCQ), lo cual será analizado por el juez a los fines de tomar la decisión final de continuar o no con la explotación.

De tal elencación cabe destacar que el juez requiere algo más que un simple informe del órgano concursal para la continuación de la actividad. En este estado del proceso y avance del trámite, el *iudex* debe contar con asesoramiento profesional (administradores de empresas, asesores laborales, expertos financieros, asesores contables) que puedan aportar las mejores ideas y proyectos en aras de facilitar la continuidad de la hacienda, con la menor cantidad de costes. Lo contrario importaría llevar el proyecto al fracaso antes de haber comenzado. Como expresara Peter Druker: “la mejor estructura no garantizará los resultados ni el rendimiento, pero la estructura equivocada es una garantía de fracaso” y, en este sentido, una proyección de las medidas a adoptar a los fines de mantener la actividad debe requerir de ese mínimo de estructura que permita sanear la empresa, lo cual no resulta nada sencillo.



Por último, la resolución que ordene continuar con la explotación deberá ser dictada dentro de los diez días posteriores a la presentación del informe de la sindicatura previsto en el artículo 190, la cual –en caso de denegatoria– es apelable por el síndico al solo efecto devolutivo.

La empresa en crisis, se encuentra como el barco sin timón, navega por el mar sin rumbo, aunque sobre sus destinos se encuentran interesados: sus empleados, por la pérdida de su fuente de trabajo; el crédito, por su pronta recuperación; el empresario, quien desea recuperar prestigio y la productividad de toda una sociedad, que pierde un ente capaz de producir y ser multiplicador de inversiones¹⁸⁵⁷, por lo que frente a este panorama el magistrado se convierte en el capitán que tendrá la magna tarea de encontrar el Norte.

12.g) ¿Qué empresas deben continuar?

A esta altura del relato resulta una verdad de Perogrullo que el ama de casa, el consumidor o el simple trabajador que vive únicamente de su salario, no ingresan en la categoría de empresa y, por tanto, sin perjuicio de la protección brindada por otros ordenamientos, no gozan del mismo amparo que la ley concursal brinda a la hacienda. En efecto, ninguno de ellos es sujeto de salvataje (art. 48, LCQ) como que asimismo en caso de quiebra, el juez no podrá disponer la continuación de actividad alguna, simplemente, por resultar esta (actividad) inexistente.

A pesar de que la ley 11.719 ninguna referencia hacía respecto de la continuación de la empresa, el art. 195 del texto normativo mencionado preveía que la quiebra no podía suspender el funcionamiento o explotación de las sociedades que explotaran ferrocarriles, provisión de agua, alumbrado, canales de riego y navegación u otros análogos de interés común, nacional, provincial o municipal¹⁸⁵⁸; la continuación de la actividad de la hacienda *in malis* tanto en los procedimientos preventivos-reorganizativos (concurso preventivo o APE) cuanto en la quiebra, se sustenta en la búsqueda de un modelo que le permita superar la cesación de pagos reinsertando la empresa en el mercado, ya sea a través de los di-

¹⁸⁵⁷ Cfr. *idem*, pág. 980.

¹⁸⁵⁸ Cfr. SAJÓN, Jaime V., *Concursos*, ed. Albeledo Perrot, Bs. As., (1974), pág. 462.

versos mecanismos que el sistema concursal pone a disposición del juez y de los sujetos involucrados –a través de la venta de la empresa en marcha y como unidad, lo cual importa una forma de continuidad y preservación– o, simplemente, la realización de los activos por otros procedimientos previstos en la ley (art. 204 inc. b y c, LCQ).

A fin de poder precisar algunos conceptos, resulta pertinente mencionar que la ley concursal se refiere genéricamente a la conservación de la empresa sin brindar pautas o indicios que permitan individualizar cuales son las que pueden responder al llamado de su continuidad y conservación.

Para ello, deben establecerse las causas de la cesación de pagos, para una vez individualizadas éstas poder atacarlas, determinar cual es la que resulta protegida por el ordenamiento y, de esta forma, poner en marcha los mecanismos de recuperación.

En una primera aproximación al punto objeto de análisis, podría decirse que la situación micro y macroeconómica, la producción de bienes que el mercado no requiere, las dificultades para contar con una correcta administración, la utilización de tecnología vetusta u obsoleta, las modificaciones del mercado, a lo que pueden llegar a sumarse –inclusive– los desastres naturales (cosecha que se pierde por inclemencias del tiempo) son potencialmente hechos que pueden desencadenar el estado de insolvencia. Pero, una vez que ésta se ha asentado y que los mecanismos extraprocesales tendientes a evitarla no resultaron eficaces, la solución es encontrar el problema que no fue detectado con anterioridad, conocerlo y tratar de resolverlo, apuntando a sus orígenes.

Ahora bien, conocida que fuera la causa del mal cabe, no obstante, interrogarse: ¿cuál empresa es la que debe continuar? En principio deberían serlo todas aquellas que sean aptas para ponerse o seguir en marcha –por aquello de que la empresa, conceptualmente, es pura actividad, y no sujeto de derecho¹⁸⁵⁹–, encontrando que existen dos criterios diferentes para considerar que una empresa es digna de ser continuada y conservada: la que es “socialmente útil”; y la que es “económicamente viable”.

¹⁸⁵⁹ CÁMARA, *op. cit.*, vol. III-B, pág. 883, nota 300.



12.g.1) Empresa socialmente útil

Es cierto que no cualquier empresa resulta de interés para la sociedad y, mucho menos, para el Estado en particular. El interés por la empresa se encuentra mayormente ligado al desarrollo regional que al mundo globalizado, en el que muchas veces por los distintos intereses en juego: sociales, políticos, culturales, medioambientales, etc. tiene poca o nula cabida. Los tiempos y realidades que la globalización imponen, son completamente distintos que los que la empresa (asentada en una determinada región) requieren para su subsistencia.

Una empresa inserta en el comercio mundial con proyecciones a mercados externos, con posibilidades de poder obtener créditos a tasas internacionales –muchas veces, más barato–, normalmente, se anticipa a las situaciones de crisis, realiza los cambios de rumbo necesarios, corrige sus errores y se encamina rápidamente. Esta dinámica es difícil de lograr en empresas que dependen de la política monetaria (*v. gr.* paridad cambiaria), de la política económica, de las crisis financieras (*v. gr.* imposibilidad de acceder al crédito), de los costes de producción, de la legislación laboral, etcétera.

Ha sido destacado a lo largo de este trabajo, el papel que juega la empresa como motor de cambio en la sociedad moderna. Desde el estereotipo del Estado empresario, pasando por el modelo de empresa conducido por los accionistas, hasta el arquetipo de la actual cooperativa, mucho agua ha corrido bajo el puente. Las nuevas tendencias apuntan hacia un modelo de empresa que se distancia del tradicional, donde la utilidad y la ganancia no le es extraño, sino que contempla otras situaciones como por ej. el medioambiente, los trabajadores, la zona de influencia, la sociedad en la que se encuentra inserta, entre otras razones.

Piénsese por ejemplo en aquella empresa que se intenta salvar por distintas razones: por el volumen de su actividad, por el personal que ocupa, por la vida que da a otras empresas que producen para ella, por los productos que elabora, etc. Los intereses en juego, los que dependen de la subsistencia de la empresa son incontables¹⁸⁶⁰.

¹⁸⁶⁰ MAFFÍA, Osvaldo J., *Los menguados poderes del magistrado en los concursos y un intervencionismo de pesadilla*, L.L. 1979-C-1092.

La empresa es ventajosa cuando le sirve a la comunidad en la que se encuentra inmersa y, en este sentido, el Estado no se encuentra ausente al tutelar éste interés social, que se corporeiza y va ligado a la conservación de estas células de producción. Tal como fuera referido párrafos atrás, la empresa es algo más que el patrimonio; la nota de organización, que liga a todos sus elementos en mutua interdependencia funcional, permiten advertir la necesidad de impedir un destino fatal. Para ello, resulta trascendental la oportuna y activa participación del Estado para acudir a salvar las empresas con una posición rectora, ya que es lógico que ante esta nueva perspectiva no considere ajeno el problema de la conservación de la hacienda.

La empresa –en los tiempos modernos– tanto en nuestro país como así también en otras latitudes ha dejado de ser una organización de interés privado y este desdibujamiento de su tradicional fisonomía lleva aparejada otra serie de consecuencias; entre ellas: sociales, económicas, medioambientales, políticas y hasta culturales. El derecho considera que la empresa en cuanto organización para la producción, representa una riqueza y, por tanto, es al ordenamiento jurídico al que corresponde asegurarle las condiciones de vida, aunque con esta salvedad: no para tenerla como un paria, sino para que sea fuente productora de recursos humanos y riqueza.

Hoy aparece como relevante la responsabilidad social de la hacienda, la cual no se limita tan solo a su continuidad, sino que también se exige de ésta: el cumplimiento de las obligaciones legales y fiscales vigentes, la amplia participación de los distintos intereses en juego en su política de gobierno y gestión en aras de su continuidad y mejor aprovechamiento de los recursos para todos los sujetos interesados en su permanencia.

Para ello, resulta imprescindible contar con métodos o sistemas de información aptos para conocer el problema y tomar las decisiones oportunas y conducentes para resolverlo, anticipándose al agravamiento de la crisis empresarial; propiciando medidas tendientes a la formación de empresarios y de intercambio de buenas prácticas empresariales; solicitando la elaboración de memorias que permitan a las partes conocer la evolución de los negocios. En este punto resulta interesante las disposiciones

que contiene la *Global Reporting Initiative* (GRI)¹⁸⁶¹; exigiendo conductas tendientes a optimizar el buen gobierno de las empresas y requiriendo la permanente información hacia los accionistas, todo lo cual redundará en beneficio de su preservación.

La utilidad de la empresa también está dada por su beneficio para la sociedad. El medio donde ésta se encuentra inserta resulta determinante a los fines de evaluar la conveniencia de su preservación, ponderando el provecho que ésta pueda tener para un grupo poblacional.

12.g.2) Empresa económicamente viable

Otro criterio a ser tenido en cuenta a los fines de considerar la continuidad de la empresa, es que ésta sea económicamente viable. El vocablo empleado por el legislador en el art. 190 inc. 6° de la ley concursal requiere que la hacienda tenga posibilidades de seguir operando.

El término viable proviene del francés *vie* que significa: vida, y que en su segunda acepción se trata de un asunto que por sus circunstancias, tiene probabilidades de poderse llevar a cabo¹⁸⁶². Por lo tanto, el negocio, industria, emprendimiento etc., debe contar con grandes chances de poder estar en pie, seguir con la actividad.

En el derecho comparado, la ley concursal española establece que en caso de que el deudor solicite la continuidad de la explotación y exista una propuesta de convenio, la misma debe estar acompañada de un plan de viabilidad, en el que se encuentren detallados los recursos necesarios para llevar a cabo la tarea, especificando –inclusive– los compromisos

¹⁸⁶¹ La *Global Reporting Initiative* (GRI) o Iniciativa del Reporte Global es una organización creada en 1997 por la convocatoria de la Coalición de Economías Responsables del Medio Ambiente (CERES) y el Programa de Medio Ambiente de las Naciones Unidas (PNUMA), la que ha elaborado una suerte de guía para la elaboración de informes de sostenibilidad. La misma tiene por objetivo mejorar la calidad, rigor y utilidad de los reportes de sustentabilidad para que alcancen un nivel equivalente al de los reportes financieros, basado en la transparencia de la información. Se basa fundamentalmente en la implementación del triple balance (*triple bottom line*), económico, social y medioambiental. Cfr. disponible en la *world wide web* en <http://www.globalreporting.org/Home/LanguageBar/SpanishPage.htm>, acceso del 13/09/10.

¹⁸⁶² Diccionario de la Real Academia Española, (22ª edición), ed. Espasa-Calpe.

asumidos por terceros¹⁸⁶³, con lo que la viabilidad estaría dada por la posibilidad de la empresa de cubrir sus costos.

Esto desde un punto de vista económico representa que sus costos en relación a las ventas deben ser aptos para generar utilidades, lo cual le permitirá acumular un flujo de fondos con el cual afrontar las obligaciones pendientes de pago; sin embargo, para ello resulta imprescindible escindir la figura del empresario de la que tiene la empresa, puesto que el derecho concursal protege al ente: empresa y no al sujeto (persona física o jurídica).

El volumen total de ventas debe ser superior a los costos operativos, puesto que de esta forma se encontrará la viabilidad del negocio, requisito ineludible para disponer la prosecución de la actividad. Para ello, el estudio que realice el síndico y el juez a los fines de continuar con la explotación, estará indirectamente vinculado con la viabilidad económica de su instrumentación, lo cual deberá ser analizado, detenidamente.

Ahora bien, los criterios sobre rentabilidad de la inversión e índices de liquidez (prueba ácida)¹⁸⁶⁴ no son aplicables a la empresa en cesación de pagos, puesto que todos estos índices darán, seguramente, resultado negativo. Sería conveniente entonces medir, únicamente, el índice de rentabilidad económica de la hacienda mientras dure la continuidad de la explotación, puesto que de esta forma se podrá determinar si el negocio genera ganancias para cancelar el pasivo existente, si el mismo produce nuevos pasivos o, si por el contrario, debe resolverse la liquidación de la hacienda en marcha y como unidad productiva.

Otra cuestión que reviste una importancia relevante en relación con la resolución que emite el juez para continuar con la explotación es que el auto que dispone la continuidad de la hacienda no causa estado ni es dispuesta por el juez *sine die*, por lo que la misma puede ser dejada sin efec-

¹⁸⁶³ Art. 100. "...inc. 5°. `Cuando para atender al cumplimiento del convenio se prevea contar con los recursos que genere la continuación, total o parcial, en el ejercicio de la actividad profesional o empresarial, la propuesta deberá ir acompañada, además, de un plan de viabilidad en el que se especifiquen los recursos necesarios, los medios y condiciones de su obtención y, en su caso, los compromisos de su prestación por terceros. Los créditos que se concedan al concursado para financiar el plan de viabilidad se satisfarán en los términos fijados en el convenio". Ley Concursal de España n.º 22/2003.

¹⁸⁶⁴ La prueba ácida es uno de los indicadores financieros utilizados para medir la liquidez de una empresa, esto es, para medir su capacidad de pago.

to en cualquier momento. En efecto, el juez en cualquier momento y, con mayor razón, cuando tome razón de que la prosecución de las actividades de la hacienda pudiere generar un daño grave al interés de los acreedores o al patrimonio, debe hacer cesar de inmediato: *rectius*, la explotación.

En esta línea de pensamiento se ha aceptado que «...siempre que existan posibilidades de que se concrete la reanudación de las actividades de la empresa, ante la sola eventualidad de que se mantenga o renazca una fuente de producción y trabajo, el juez debe hacer todo lo que está a su alcance, dentro de los límites legales, para no impedir la efectivización de aquella posibilidad»¹⁸⁶⁵.

Si bien se encuentra admitido que el sujeto del concurso no es la empresa sino el sujeto titular de ésta, una vez que el proceso concursal se pone en marcha, el interés del sistema se redirige (particularmente, en caso de quiebra) hacia la recuperación de la hacienda, y no a la del empresario, *stricto sensu*. La metamorfosis se produce, normalmente, cuando el titular de la hacienda al verse imposibilitado de poder reestructurarla y continuar con su administración, deja ésta a la suerte de la decisión judicial. En ese momento el juez se transforma en artífice de la suerte del establecimiento.

En este sentido, la viabilidad económica no solamente está enderezada a la continuidad de la explotación de la empresa sino también, hacia la transferencia de la misma en marcha¹⁸⁶⁶, lo cual representa una forma de continuidad: se reemplaza el sujeto titular de ésta, por otro que se encuentre en condiciones de poder reencausar la explotación (art. 205, LCQ), sin que éste nuevo titular de la empresa se transforme en continuador de la persona del fallido ni deba responder por las deudas de ésta anteriores a la fecha de la transferencia de la empresa (art. 199, LCQ) pero, con la posibilidad de que a través de éste último, se reconduzcan los contratos de trabajo y se mantenga una fuente productiva.

A mérito de lo expresado, el ente debe ser viable económicamente y, siendo que el proceso tiene por objeto –en esta etapa– la transferencia de

¹⁸⁶⁵ STJ Jujuy, sala I, “Alcaraz, Melgar José s/quiebra”, E.D. 19-370, 30/03/84.

¹⁸⁶⁶ Cfr. CNCom., sala A, “Productos Textiles S.A. s/conc. prev.” L.L. AR/JUR/21428/2010.

la empresa en marcha como último objetivo, este recaudo se torna indispensable a la hora de resolver la continuación de la explotación¹⁸⁶⁷.

12.h) ¿El deudor puede oponerse a la continuación de la explotación?

Un interrogante que se plantea es si el deudor puede oponerse a la continuación inmediata o mediata de la explotación. Conforme lo establece la ley de quiebras: “el fallido pierde legitimación procesal en todo litigio referido a los bienes desapoderados, debiendo actuar en ellos el síndico. Puede, sin embargo, solicitar medidas conservatorias judiciales hasta tanto el síndico se apersona, y realizar las extrajudiciales en omisión del síndico” (art. 110, LCQ).

Si bien es cierto que el deudor puede requerir medidas tendientes a preservar los bienes, así como colaborar con la integridad patrimonial realizando o requiriendo todas las providencias necesarias para cumplir tales fines cuando el síndico prescinda de realizarlas, el mismo, no puede formular oposición a la continuidad de la explotación.

Así como el deudor no puede resistirse al inicio y trámite del salvataje por tercero o, por él mismo si tiene posibilidades de ofrecerles algo a los acreedores y obtener de éstos las conformidades bajo el régimen de mayorías (arts. 45 y 48, LCQ); de la misma forma, no posee capacidad para oponerse a la prosecución de las actividades de la hacienda, cuando está en juego, precisamente, la conservación de ésta.

El *cessatus* puede solicitar medidas conservativas del patrimonio pero, una vez desapoderado de los bienes (art. 107, LCQ), el síndico es quien pasa a tener la administración de los mismos y participa de su disposición (art. 109, LCQ). En este sentido, la ley mantiene en alguna medida, algo de los viejos sistemas represivos al impedir que el deudor prosiga con la administración de su patrimonio, si el mismo se ha revelado incapaz para administrarlo.

No obstante ello, que se puede decir de aquél empresario que acompaña informes, datos estadísticos y/o documentación que acredita la inconveniencia de que la empresa continúe en actividad por el perjuicio que ello generará en los activos; por su disminución del precio de venta como

¹⁸⁶⁷ Cfr. *idem*.

unidad productiva; por la probabilidad de contraer nuevos pasivos frente a la indisponibilidad de recursos para hacerlo; la desventaja de continuar con la actividad para terceros o la inviabilidad económica de su explotación, todo lo cual redundará en un perjuicio de los acreedores. Debe admitirse que un informe o un pedido de esta naturaleza debe ser, cuanto menos, profundamente analizado y el juez, en caso de disponer la continuidad de la explotación, deberá extremar las medidas de control y de información para evitar perjuicios a los acreedores, ponderando el pedido formal efectuado por los trabajadores constituidos en cooperativa (art. 190, LCQ).

Por tales consideraciones, no resulta admisible que el deudor pueda formular oposición a la continuidad de la explotación salvo, acompañar información imprescindible para la correcta gestión del ente, ofrecer su colaboración para la mejor administración de los negocios y poder llevar a buen puerto la explotación de la hacienda tendiente a la superación del estado de crisis en la que se encuentra inmersa, en la medida en que ello fuere posible.

12.i) Presentación del plan de empresa como recaudo de continuación

Mucho se ha dicho acerca de la ausencia de un plan de recuperación de la empresa en el trámite del concurso preventivo (ordinario o por vía de salvataje)¹⁸⁶⁸ y la necesidad de contar con uno que permita anticipar

¹⁸⁶⁸ Cfr. VAISER, Lidia, *Un plan infinito*, E.D. 197-1062 (2002); MAFFÍA, Osvaldo J., *Una vez más sobre "plan" de recuperación del que nuestros legisladores concursales nunca se enteraron*, E.D. 212-904 (2005); ALBERTI, Marcelo Edgardo, *Una contribución de Efraín Hugo Richard al derecho concursal: el plan de empresa como recaudo del concurso preventivo* en "Derechos patrimoniales", Estudios en Homenaje al Profesor Emérito Dr. Efraín Hugo RICHARD, Dir. por Laura FILIPPI y María Laura JUÁREZ, Ad Hoc, Bs. As., (2001), t. II, pág. 949; RICHARD, Efraín H., *Salvataje de la empresa y propuesta de acuerdo preventivo*, Revista Derecho y Empresa de la Universidad Austral, Rosario, (1996), n.º 6, págs. 121 a 128; RICHARD, Efraín H., *Propuesta de acuerdo preventivo. Su integración necesaria con un plan de dirección*, Doctrina Societaria n.º 109, Errepar (1996), t. VIII, pág. 548; RICHARD, Efraín H., *Ensayo sobre el plan de empresa y las obligaciones del empresario*, Revista Estudios de Derecho Comercial del Colegio de Abogados San Isidro, n.º 9, (1993), págs. 55 a 70; RICHARD, Efraín H., *El "buen hombre de negocios" y el "plan de empresa"*, Doctrina Societaria y Concursal, Errepar, (2002), t. V, pág. 337; RICHARD,

–para conocimiento de los acreedores y el juez– las tareas, procedimientos y ajustes que se llevarán a cabo para sacar adelante la empresa; sin embargo, en la etapa de quiebra la implementación de un plan de reorganización tendiente a mantener la actividad (imprescindible para que el juez ordene la continuidad de la explotación [art. 190, LCQ]), no requiere de los mismos recaudos de viabilidad que el plan que se exigiría para el deudor concursado.

En Francia, la posibilidad de continuación de la empresa está a cargo del experto en diagnóstico de empresas, un funcionario especializado que ha sustituido al anterior síndico, quien procede a elaborar un plan indispensable para la seriedad y eficacia de la recuperación de la hacienda, el que será presentado al juez con una propuesta de medidas, tales como: *v. gr.* si es necesario aumentar el capital, sea con la contribución de los accionistas o de terceros; si corresponde despedir empleados por no ser necesarios; los gastos a reducir o eliminar; las sucursales o secciones que se debe clausurar por deficitarias; entre otras disposiciones¹⁸⁶⁹. Este criterio es mantenido en la actualidad por el régimen vigente (art. 611-2 y sig., Ley de Salvaguarda de las Empresas).

Normalmente, durante el trámite del preventivo, los institutos reorganizativos que persiguen la conservación de la empresa conllevan un arreglo del pasivo con los consabidos planes de quita y espera o ambos tendientes a superar el estado de cesación de pagos. En cambio, en la hipótesis de quiebra no es dable exigir que el síndico garantice que arreglará el pasivo porque la exigencia establecida en el art. 190 inc. 8° de la ley falimentaria, no le impone ello, sino que le exige que explique el modo en que se pretende cancelar el pasivo existente.

Por lo tanto, no debe entenderse que resulta una exigencia legal que el síndico se haga cargo del pasivo, o bien que la ley exija esto como una *condicio iuris* para la continuidad de la explotación, sino simplemente se le requiere que en caso de continuar con la actividad manifieste de que forma podría cancelarse el pasivo, a los fines sanear la empresa.

El decálogo de exigencias previstas en el art. 190 del ordenamiento, no deben ser tomados literalmente para admitir la continuación, por cuan-

Efraín H. - JUNYENT BAS, Francisco y MUIÑO, Orlando Manuel, *Salvataje de la empresa: ¿una postulación sin respuesta en la ley concursal?*, RDCO, (1997), n.º 30, pág. 525.

¹⁸⁶⁹ Cfr. CÁMARA, *op. cit.*, vol. III-B, pág. 893.

to tal criterio de razonamiento podría llevar a situaciones ideales inexistentes en la práctica. Así por ej. si la explicación acerca de la forma en que se cancelará el pasivo se convierte en una condición *sine qua non* para poder continuar con la explotación, no existirían empresas con posibilidades de proseguir sus actividades luego de la declaración de quiebra puesto que sobrarían los dedos de una mano para admitir aquellas que estarían en condiciones de proseguir con la actividad y el síndico en posición de cancelar el pasivo consolidado al momento de la declaración de falencia.

La ley concursal no exige tamaño emprendimiento, aunque sí requiere (a pesar de que ello no se exige en el caso de concurso preventivo) la elaboración de un plan de explotación, juntamente con un presupuesto de recursos, lo cual se convierte en la llave de bóveda del sistema de continuación de la explotación¹⁸⁷⁰.

Este plan persigue el saneamiento de la unidad productiva permitiendo la continuidad de las actividades, adoptando las medidas reorganizativas necesarias para evitar contraer nuevos pasivos, salvo los mínimos necesarios para el giro de la explotación de la empresa (art. 190 inc. 1º, LCQ, ley 26.684), con el firme propósito de reinsertar la hacienda en el circuito económico, lo que por sí solo representa una magna tarea.

El programa que elabore el síndico debe contener –como sucede con las enfermedades– primeramente, un diagnóstico, un pronóstico y, por último, un tratamiento; por cuanto de ello dependerá la viabilidad futura del negocio, su mantenimiento en el tiempo sin comprometer el futuro de la actividad y, por último, las posibilidades de enajenar la hacienda en marcha, lo cual constituye una herramienta estratégica para ordenar las distintas variables a las que deberá sujetarse la empresa durante el período de continuación, permitiendo la realización de controles periódicos y adecuados (tanto por el síndico como por el comité de control) para conocer el avance de la gestión, evitando posibles desviaciones.

Contar con los fondos necesarios para la financiación del emprendimiento es recaudo indispensable también, para que el plan tenga sustentabilidad. El negocio no podrá mantenerse si éste no tiene previsibilidad

¹⁸⁷⁰ Cfr. CNCom, sala A, “Industria Metalúrgica Plástica Argentina Cooperativa de Trabajo Ltda.”, DJ 27/05/2009, 1443, L.L. AR/JUR/24593/2008.

financiera y económica. Por tanto, el síndico al elaborar el plan de tareas deberá precisar como obtendrá esos recursos y de que forma procederá a invertirlos para proseguir con la explotación de la hacienda.

La presentación de un plan de tareas y de reestructuración de la hacienda durante el período de continuación en la quiebra por parte del síndico, no es un mero baladí legal sino que representa el recaudo de viabilidad del negocio, en el que el juez como director del proceso está obligado a exigirlo como condición de admisibilidad de la continuación, ya sea por parte del órgano concursal o por la cooperativa de trabajo que se forme a esos efectos.

12.j) La continuación por la cooperativa de trabajo

Examinar la continuación de la actividad de la empresa declarada en quiebra (tarea, nada sencilla) implica también admitir que un tercero –sujeto distinto de la persona del fallido– pueda sustituir al *cessatus* (separado de la administración de sus bienes), a los efectos de continuar con la gestión de la empresa, ya sea por razones de interés privado –con motivo de una petición efectuada por los trabajadores constituidos en cooperativa– o público.

El art. 190, segundo párrafo, de la ley concursal dispone que “...en la continuidad de la empresa se tomará en consideración el pedido formal de los trabajadores en relación de dependencia que representen las dos terceras partes del personal en actividad o de los acreedores laborales quienes deberán actuar en el período de continuidad bajo la forma de una cooperativa de trabajo”. Esto no significa que si el síndico considerara necesario, continuar con la explotación de la empresa o alguno de los establecimientos, que los trabajadores deban hacerlo bajo la forma de cooperativa. Dicha forma de organización de los trabajadores –por conducto de la figura de la cooperativa para la etapa de continuidad de la explotación en la quiebra– está prevista, únicamente, en el caso de que éstos obtengan autorización para continuar con la actividad, reemplazando al órgano sindical.

No resulta extraño –luego de la reforma introducida por la ley 25.589– que los trabajadores organizados en cooperativa tengan la intención de prolongar la vida de la empresa a través de la administración de los activos de la fallida. La petición debe ser considerada por el gran nú-



mero de personas que normalmente se encontrarían, respectivamente, privados de trabajo y sin medios de subsistencia, producto de la declaración de quiebra.

A tales fines, correspondería, que el síndico también se expida sobre esta posibilidad de continuar con la actividad, informando cuales serían los recursos necesarios para afrontar tamaño emprendimiento. En este punto, el instituto de la continuación de la empresa no aparece como ordenando el pensamiento-guía del legislador sino, más bien, como el principio de reconocimiento hacia esa realidad social-económico-jurídica, cuya expresión manifiesta no podría ser omitida en ninguna rama del derecho¹⁸⁷¹.

CÁMARA siguiendo el razonamiento de Semiani BIGNARDI consideraba que la finalidad de la continuidad de la explotación es, hoy como ayer, mantener o aumentar el valor del activo de la falencia en el interés, antes que nada, de los acreedores¹⁸⁷² pero, si la continuación de la explotación –inclusive por conducto de la cooperativa– podría conllevar una devaluación del valor de tales bienes, por ej. por la asunción de nuevos pasivos; la imposibilidad de enajenar la empresa en marcha; la desventaja que importaría para terceros mantener la actividad o la dificultad de cumplir con un plan de explotación (art. 190, LCQ), la continuación debe ser considerada con carácter residual.

La prolongación de las actividades de la hacienda por medio de la cooperativa de trabajo requiere de la instrumentación de un plan de tareas elaborado por profesionales con capacidad técnica en el rubro que asesoren a la cooperativa en la toma de decisiones, bajo la atenta mirada del síndico y control por parte del juez.

Pero, tal forma de prosecución no podrá tener favorable acogida, cuando se hubiere producido la discontinuidad de la actividad empresarial, puesto que ello permite suponer la pérdida de la cartera de clientes de la empleadora y la necesidad de realizar importantes inyecciones de capital para reactivar la explotación, máxime, frente al deterioro que sufrieron

¹⁸⁷¹ BONFANTI, Mario A., *Rehabilitación del fallido. Reflotamiento de la empresa*, RDCO, (1982), n.º 15, pág. 167.

¹⁸⁷² Cfr. CÁMARA, *op. cit.*, vol. III-B, pág. 878, nota 287.

los bienes e instalaciones¹⁸⁷³ producto de la paralización de las actividades.

Esta forma de continuación –bajo la dirección de la cooperativa de trabajo– no impide ni desobliga al síndico de sus deberes de información, quien deberá mantener permanente contacto con los titulares del consejo de administración a los efectos de evaluar en forma periódica la prosecución de las actividades y el cumplimiento de los objetivos trazados en el plan de tareas que deberá elaborarse a tales efectos. Esta obligación de informar, se ha visto potenciada con la reforma efectuada al régimen concursal que en el art. 187 autoriza a la sindicatura a indagar el cumplimiento de las obligaciones contractuales, encontrándose “autorizada para ingresar al establecimiento para controlar la conservación de los bienes y fiscalizar la contabilidad en lo pertinente al interés del concurso (ley 26.684).

La importancia de que la cooperativa presente un plan de tareas, no contemplado por el legislador del año 2002 (ley 25.589) resulta consustancial a las posibilidades reales de prosecución de la actividad del establecimiento, puesto que ello permitirá diagnosticar los problemas e implementar las soluciones, a los fines de que la continuidad no este condenada al fracaso antes de empezar. A estos efectos, la cooperativa de trabajo deberá presentar un proyecto de explotación, el que contendrá las proyecciones referentes a la actividad económica que desarrollará para, luego, requerir opinión del órgano concursal (art. 190, LCQ, ley 26.684).

Sin lugar a dudas, el legislador del año 2011 ha receptado la opinión que llegara por distintas vertientes desde el sector judicial, al negar la continuación de las actividades de la hacienda a través de la figura de la cooperativa, cuando no se ha presentado un plan de trabajo serio y avalado por profesionales con experiencia en el rubro, ni se ha mencionado el modo en que se financiaría el inicio de la actividad o se recompondrían las relaciones con proveedores –que han de ser acreedores de la fallida– o clientes¹⁸⁷⁴.

Como se advierte, el plan de tareas, la organización de las actividades, el control y adecuados sistemas de fiscalización e información se

¹⁸⁷³ Cfr. CNCom., sala E, “Global SRL s/quiebra s/incidente de venta (s/incidente de apelación)”, elDial.com - AA31C4, 30/11/2005.

¹⁸⁷⁴ Cfr. *idem*.

erigen en elementos imprescindibles para viabilizar la continuación de la explotación por vía de la cooperativa de trabajo.

La continuidad de la explotación a través de la cooperativa de trabajo integrada por operarios o acreedores laborales de la fallida, debe ser visto como un mecanismo que posibilite la preservación de la hacienda cuando ninguna otra forma de solución dio resultado; pero, ello, no puede convertirse en la preservación del procedimiento *sine die*, en perjuicio de aquellos otros que también requieren protección: los acreedores. Los distintos intereses: sociales y económicos, deben confluir hacia la satisfacción del interés colectivo, siendo obligación del juez su armonización para que ninguno de ellos quede totalmente postergado en detrimento del resto.

12.k) La recuperación de la empresa por medio de la cooperativa de trabajo (ley 26.684)

Sin ambages, la continuación y recuperación de la empresa a través de la sociedad conformada por los trabajadores (cooperativa de trabajo), es el instituto mejor logrado en la ley concursal, en especial, luego de la reforma introducida por ley 26.684.

La promoción de las cooperativas como instrumentos de solución en los procesos concursales, a través de la publicidad de las denominadas: “fábricas recuperadas”, ha tenido honda repercusión en todos los sectores del ámbito nacional: político, empresarial, económico y, más aún, jurídico.

Las empresas en situación de quiebra –recuperadas a través de la organización conformada por los mismos operarios– ha pasado a constituir un fenómeno de alta relevancia social; sin embargo, la falta de instrumentos de financiación, hacía muchas veces impracticable la posibilidad de rescatar la empresa, a pesar de contar con los mecanismos jurídicos (ley 25.589, 26.086 y 26.684).

Un problema serio que se presentaba a estas formas de asociación (cooperativas) es la situación en la que quedaban las mismas, que continuaban con la administración de bienes de la fallida mediante tenencia precaria de sus activos, en una situación absolutamente irregular que, con el correr del tiempo, tendía a agravar la situación de los acreedores y del

propio deudor quien advertía como era despojado de sus bienes por los trabajadores, sin poder dar satisfacción al resto de sus acreedores.

La modificación a la Ley de Concursos y Quiebras vino de la mano de otras herramientas legales, los cuales coadyuvaron a remediar el problema que se presentaba con las cooperativas que continuaban la explotación de empresas, sin contar con recursos financieros suficientes para llevar adelante el emprendimiento.

A fines del año 2010, el INAES (Instituto Nacional de Asociativismo y Economía Social) emitió una Resolución individualizada con el número 4156/10 y publicada en el B.O. el 4 de enero de 2011, por medio de la cual se instrumentó la planificación de los programas relacionados con el desarrollo y fomento cooperativo y mutual que, a través del Anexo, establece las pautas para el financiamiento de proyectos de desarrollo cooperativo y mutual, en especial para asistir a establecimientos en procesos de quiebra, en los que exista riesgo de pérdida de puestos de trabajo.

La normativa referenciada se complementa con el art. 191 bis de la ley de concursos (26.684) que dispone que en caso de que la continuadora de la explotación fuere la cooperativa de trabajo, incluso en formación, “el Estado deberá brindarle la asistencia técnica necesaria para seguir adelante con el giro de los negocios”.

Obviamente, tanto la fallida cuanto la cooperativa de trabajo constituida por los operarios carecen de toda posibilidad de asistencia financiera alguna, por lo que el INAES contribuye con la solución concursal, cuando ello sea indispensable para evitar una pérdida inminente de puestos de trabajo (2.1 del Anexo, Resol. 4156/10).

La disposición legal admite solicitudes de préstamos de hasta \$1.000.000 para proyectos de regularización patrimonial de cooperativas constituidas a los efectos de la recuperación de los puestos de trabajo por parte de los trabajadores de empresas en proceso de quiebra. De esta forma, la cooperativa contaría con una ayuda económica que le permita adquirir los bienes del *cessatus* en el convencimiento de que dicha colaboración permitirá adquirir los activos, satisfacer el interés de los acreedores y preservar la empresa.



Si bien es cierto que prestigiosa doctrina entiende que esta forma de solución permitiría “inmortalizar”¹⁸⁷⁵ la empresa, no menos cierto es que representa un mecanismo de solución a los fines de paliar una sentida necesidad de evitar la desaparición de puestos de empleo, cuando no existe otra solución tendiente a revertir la insolvencia.

Ahora bien, la Resol. 4156/10 establece que “Los fondos asignados por el INAES al proyecto, sólo podrán ser aplicados a la compra de bienes muebles e inmuebles de la fallida y adquisición de materia prima”, con lo que cabría preguntarse, ¿si esta forma de imputación serviría para sanear el pasivo existente y dar satisfacción a los acreedores? Evidentemente, la disposición legal está pensada para los pequeños emprendimientos, puesto que en el caso de empresas de significativo porte los fondos no alcanzarán a cubrir las expectativas de los diversos interesados.

Sin lugar a dudas, el éxito en este tipo de emprendimientos está dado por el valor agregado que los mismos empleados ponen en el desarrollo del proceso productivo, ya sea por tratarse de una particular área del conocimiento, o bien por haber realizado una hiperespecialización¹⁸⁷⁶ que les permite ser considerados únicos para la producción del bien o servicio que se trate.

Teniendo en cuenta el espíritu conservador puesto de manifiesto por el legislador –quien ve con buenos ojos la cooperativa de trabajo y las soluciones que la misma puede representar para las empresas en quiebra– el anhelo de que la cooperativa represente la solución a la insolvencia se materializará, siempre y cuando, la misma sea dotada de mecanismos (económicos, financieros y jurídicos) que le permitan: mantenerse sin contraer nuevos pasivos, cubrir sus costos operativos, sanear el pasivo existente y superar la insolvencia.

Sería también importante que existan mecanismos de financiación que, desde los otros organismos del Estado (Nacional y Provincial), tales como: AFIP, Dirección Provincial de Rentas, Dirección de Rentas Municipal, entre otros; contribuyan mediante planes de facilidades de pago (tal

¹⁸⁷⁵ Cfr. DASSO Ariel, *La inmortalidad de la empresa por la vía de la cooperativa de trabajadores*, Revista Societaria y Concursal, ed. Errepar, julio, 2011.

¹⁸⁷⁶ Cfr. JUNYENT BAS, Francisco, *La reforma del ordenamiento concursal introducida por la ley 26.684*, E.D. 243 n.º 12.790, 13/07/2011.

como se encuentra previsto para la hipótesis de salvataje [art. 48 bis, LCQ, ley 26.684]) a la superación del estado de cesación de pagos.

De esta forma, podrán hacerse realidad los principios cooperativistas esgrimidos por los ciudadanos de Rochdale (Inglaterra), quienes en 1844 impulsados por la necesidad de proteger sus recursos, dieron vida a un movimiento socioeconómico que traspasó las fronteras del país que la vio nacer.

§ 13. LA CONSERVACIÓN EN EL SISTEMA FALIMENTARIO

13.a) Introducción general

De acuerdo a la Real Academia Española la expresión conservar proviene del latín *conservāre* que en su primera acepción significa “mantener algo o cuidar de su permanencia”¹⁸⁷⁷.

A partir de la última década del siglo XX existe una tendencia bastante generalizada a proteger a la hacienda que se encuentra en cesación de pagos, convirtiéndose ésta en un bien jurídico digno de tutela por todo el ordenamiento legal, tanto en el ámbito local como, asimismo, en los principales estados de cuya legislación se nutre el legislador nacional.

Esta forma de protección de la hacienda se consagra a través de los distintos intereses que confluyen en el régimen concursal y, particularmente, el interés del Estado que se sostiene en la conservación de los puestos de trabajo; no obstante, existe un delgado equilibrio entre el interés de los acreedores (muchas veces, cansados de tanto esperar obtener respuestas) y el interés del deudor a veces, otras no tanto, en conservar la hacienda.

De esta modo, la empresa (expresión dinámica de actividad de los elementos que la componen) cual botín de guerra de los múltiples intereses que sobre ella se asientan, se convierte en un bien social tutelable que el derecho concursal protege a través de diversos mecanismos: concurso preventivo, salvataje, APE, continuación de la explotación en la quiebra o venta de la empresa como unidad productiva.

¹⁸⁷⁷ Diccionario de la Real Academia Española, (22ª edición), ed. Espasa-Calpe.

La alusión a que se trata de un “bien social” tiene por objeto identificar la empresa con un meta-valor que supera a la simplicidad de las cosas, ya que se admite –y no, meramente, se presume– que todas las cosas que integran la empresa poseen un valor. Inclusive los recursos humanos de la hacienda poseen una valía que resulta computable a la hora de fijar el precio de venta de la hacienda, puesto que los trabajadores (conocedores del oficio y prácticos en las diversas áreas dentro del proceso de producción o del sistema de comercialización) por su experiencia, incrementan el valor de la hacienda. Imagínese por un momento, una empresa manufacturera que tras treinta años de trayectoria en el mercado de repente pierda, de un día para el otro, toda su capacidad laboral; prácticamente, se convierte en una cosa inerte. Apostillando: si a un vehículo le sacamos el motor o una parte esencial de éste, el conjunto de los elementos que integran el automóvil (independientemente de la marca y la tecnología a él aplicada) no es más que simple chatarra.

La empresa como unidad económica posee mayor valor que los elementos que la integran, con el mismo nivel de aceptación que el todo es mayor que cada una de las partes que lo componen.

El interés social en la conservación de la empresa se sustenta en las políticas implementadas por el Estado que, a través de la sanción de diversas leyes de protección de la hacienda, dan vida a la salvaguardia de la empresa como principio general de todo el ordenamiento mercantil. No obstante, ésta tarea no es patrimonio exclusivo del Poder Legislativo, los otros dos poderes: Ejecutivo y Judicial, están forzados a encontrar soluciones tendientes a resguardar las unidades productivas. Aunque, esto no significa que las acciones implementadas desde los otros poderes del Estado tengan idéntica entidad. Los remedios que se puedan arbitrar desde el Poder Judicial no deben ser, ni serán los mismos que los que se puedan implementar desde los otros dos poderes del Estado; ni éste puede ni debe actuar con las pautas del ejecutivo; ni la decisión política es resorte de los magistrados¹⁸⁷⁸.

La conservación, por ende, no es baluarte exclusivo del derecho ni de la economía, como que así tampoco es tema de interés exclusivo del Poder Judicial. La armonización de políticas, proyectos y leyes tendientes

¹⁸⁷⁸ PORCELLI, “Conservación...”, *op. cit.*, pág. 975.

a la protección de una unidad económica incumbe a los tres poderes, con las salvedades que corresponda sobre el ámbito de actuación de cada uno de ellos. Pero, debe tenerse presente, que la estructura jurídica no es inmutable ni tampoco insensible a lo que sucede en cada época ni a los problemas que ella trae aparejados, y de ella no dependerá la suerte o desventura de la empresa.

Empero, como refiere MARTORELL con su escalpelo jurídico: «el Derecho no puede elaborar el elixir de la larga vida para nadie»¹⁸⁷⁹ y en este sentido, la responsabilidad en la permanencia de la empresa trasciende la ciencia jurídica y requiere del aporte de las ciencias económicas, políticas y sociales, para sacralizar aquella aspiración.

En nuestro país, la ley 18.832 (Adla, XXX-C-3112) puso en práctica lo que la doctrina venía reclamando desde hacía algún tiempo, esto es, la continuación de la empresa y, por ende, su preservación bajo las siguientes pautas: a) la continuación de la explotación estará a cargo de un administrador que designe el Poder Ejecutivo Nacional, quien podrá realizar todas las operaciones que hacen al giro de los negocios de la hacienda; b) el Estado Nacional se convierte en garante de las obligaciones del *cessatus*, quien asume el compromiso de adelantar las partidas necesarias para continuar con la actividad; c) se establece un sistema trimestral de rendición de cuentas al juez del concurso del sujeto fallido; d) el Estado Nacional se convierte en liquidador de la hacienda; e) la venta del activo podrá realizarse en bloque a propuesta del liquidador y, por último, f) si cesa el estado de quiebra, la sociedad reasume de pleno derecho todas las deudas contraídas por el administrador o liquidador, responsabilizándose por los pasivos anteriores y posteriores (art. 2, ley 18.832).

Incluso, se admitía, que si la empresa se encontraba con un trámite de convocatoria de acreedores en curso, si había cesado o quedado reducida considerablemente la explotación, o hallándose en mora la sociedad convocatoria en el pago de sueldos o jornales, el juez a solicitud del Poder Ejecutivo Nacional, y previa calificación por parte de éste último del interés público y del fin de afianzamiento de la paz social que inspira la medida, podía designar al Estado Nacional como administrador en sustitución de los órganos sociales a los fines de proseguir con la actividad,

¹⁸⁷⁹ MARTORELL, *op. cit.*, t. I, pág. 290.

estableciendo que la resolución que disponga esta forma atípica de continuación resulta inapelable (art. 3, ley 18.832).

A la sazón, como terminó la historia con la aplicación de esta normativa, la ley 20.558 (Adla, 1973-D-3676) creó la Corporación de Empresas Nacionales, la cual funcionaba bajo la órbita del Ministerio de Economía de la Nación, la cual administraba las sociedades en las que el Estado Nacional era titular o tenía alguna participación accionaria, incluidas las correspondientes a la ley 18.832 (art. 4, ley 20.558). Así quedaron sujetas a la administración del Estado Nacional, las siguientes empresas: Yacimientos Petrolíferos Fiscales, Agua y Energía Eléctrica, Yacimientos Carboníferos Fiscales, Gas del Estado, Flota Fluvial del Estado Argentino, Ferrocarriles Argentinos, Aerolíneas Argentinas, Subterráneos de Buenos Aires, Empresa Nacional de Telecomunicaciones, Empresa Nacional de Correos y Telégrafos, Administración General de Puertos, Obras Sanitarias de la Nación, Seguro Aeronáutico, Comercial Inmobiliaria Financiera, Empresa Nacional, Instituto Nacional de Reaseguros, Yacimientos Mineros de Agua de Dionisio (ley 20.558, Anexo).

Posteriormente, se sancionó la ley 21.606 (Adla, 1977-C-2508) que borró con el codo lo que el legislador hacía menos de una década había escrito con la mano, disponiendo que en aquellos juicios en los que el Estado Nacional continúe con la explotación de la empresa en los términos de la ley 18.832, en los cuales se hubiere decretado la quiebra de la concursada, aun cuando la sentencia no se encontrare firme, se procederá a la enajenación de los bienes que componen el activo de aquella dentro de los ciento ochenta (180) días corridos, contados a partir de la publicación de esta ley, cualquiera sea el estado de la causa (art. 2, ley 21.606).

La euforia desatada en la continuidad de la explotación implementada desde el propio Estado Nacional, fue prontamente pasada al olvido convirtiéndose en letra muerta; y el padre de la criatura se erigió –en menos de una década– en su propio verdugo, con lo que quedó acreditado con esta experiencia, que el Estado no resultaba buen administrador de empresas fallidas.

Como conclusión, puede advertirse que resulta necesario adoptar criterios amplios que permitan un adecuado control e intervención por parte de los tres poderes del Estado, por cuanto la conservación no puede sostenerse con el aporte y en manos de un solo poder, requiriendo para ello



de una amplia participación de todos los sectores, si verdaderamente se pretende, la recuperación de la empresa.

13.b) Conservación de bienes

A pesar de que el disvalor de la conservación de la empresa está representado por la crisis o la insolvencia, existen otras formas de conservación que tienen estrecha relación con los fines que intenta resguardar la legislación concursal.

De esta forma, la conservación de los bienes del deudor constituyen la garantía de cumplimiento de las obligaciones por éste asumidas y ello redundará, no solamente en beneficio de los acreedores, sino que también ello hace a la conservación de la empresa, puesto que la exclusión de algunos bienes del activo podrá *ex post* determinar la imposibilidad de continuar con su aprovechamiento. Si bien la preservación de valor de los activos operaría a favor de los acreedores, resolver los problemas de la empresa apuntaría a otro valor distinto. De alguna manera, se está refiriendo además, a la conservación de la empresa¹⁸⁸⁰.

La conservación de bienes, no es resorte exclusivo de la falencia, en el trámite de concurso preventivo el art. 58 establece que "...el juez puede ordenar la entrega al acreedor o disponer la forma de conservación del bien que el concursado deba entregar", cuando el acreedor exija el cumplimiento de la prestación a cargo del *debitor*. En este sentido, cuando la propuesta concordataria contenga la obligación de entregar bienes de propiedad del *cessatus* el juez tiene dos opciones: a) una es poner el bien a disposición del acreedor para que este, previo otorgamiento de una caución, pueda asirse de la prestación que le es debida y, eventualmente, se cobre con su producido; b) la otra, es determinar si el bien debe permanecer en poder del deudor o ser depositado, con ciertos recaudos que garanticen su inalterabilidad, en determinado lugar.

Para resolver esta controversia, el magistrado deberá ponderar la importancia que posee el bien para el desarrollo de las actividades de la empresa. Ilustrando: si el bien resulta imprescindible para el desarrollo de la

¹⁸⁸⁰ Cfr. DOBSON, Juan Malcolm, *El orden público y la materia concursal*, Sup. CyQ 2009 (agosto), 1, L.L. 2009-E-947.

explotación, como ser un camión con el cual se realiza el reparto de los productos manufacturados, se podrá disponer la sustitución del bien por otro de similares características o, en su caso, disponer que el bien permanezca en poder del deudor obligando a éste a sustituir o cumplir la prestación mediante el pago en dinero. De esta forma, se podrá conservar un bien que resulte necesario para la continuación de la explotación lo que redundará en beneficio de los acreedores, quienes verán potenciadas sus pretensiones de cobro ante una eventual, pero no deseable posibilidad de declaración de quiebra por incumplimiento.

Frente a otro escenario, en caso de quiebra, la conservación del bien resulta tan estimable como lo es en la hipótesis de concurso preventivo, puesto que si existe continuidad de la explotación, la permanencia del bien a los fines de la actividad resulta incuestionable (*vide* Capítulo IX § 6 y 13.c).

A pesar de las precisiones apuntadas, existen otros supuestos en los cuales el síndico debe realizar todos los actos y medidas que sean necesarias a los fines de la conservación de los bienes que integran el patrimonio del fallido (art. 179, LCQ). Así por ej. cuando solicita autorización para pagar íntegramente el crédito prendario o hipotecario ejecutado por el acreedor con fondos líquidos existentes en el expediente, cuando la conservación del bien importe un beneficio evidente para los acreedores (art. 126, LCQ); cuando opta por cumplir la contraprestación reclamada por el remitente sobre un bien remitido al fallido por título destinado a transferir el dominio y mantener los bienes en el activo del concurso; en caso de opción por parte del tercero enajenante que pretenda recobrar la posesión de los bienes debe hacerla efectiva dentro de los treinta días posteriores a la notificación de la admisión de su pedido y debe satisfacer previamente todos los gastos originados por los bienes, incluso los de transporte, seguros, impuestos, guarda y conservación y depositar a la orden del juzgado la contraprestación que hubiere recibido del fallido (art. 140, LCQ); en caso de que los bienes se encuentren en locales que no ofrezcan seguridad para la conservación y custodia, debiendo peticionar todas las medidas necesarias para lograr esos fines y practicar directamente las que sean más urgentes para evitar sustracciones, pérdidas o deterioros, comunicándolas de inmediato al juez (art. 181, LCQ); la venta inmediata de bienes perecederos o de conservación dispendiosa (art. 184, LCQ) como, asimismo, realizar los contratos que resulten necesarios, in-

cluso los de seguro para la conservación y administración de los bienes (art. 185, LCQ).

Evidentemente, estos gestos por parte del órgano concursal no redundan exclusivamente en beneficio de la continuidad o prosecución de la explotación, sino también a favor de los acreedores, puesto que la preservación en su esencia originaria, con el menor deterioro posible de los bienes, redundará en provecho de la masa crediticia.

Esta posición no significa que con el transcurso del tiempo, los bienes, producto de las condiciones climáticas o por el mero uso no pierdan valor de reventa. Por ej. si prosigue la explotación de la hacienda, es obvio que los bienes muebles perderán su valor de mercado producto del menor valor del modelo y del uso que pueda de él efectuarse durante el período de continuidad. Empero, ello redundará en beneficio de la comunidad crediticia toda vez que estos bienes (dentro del proceso productivo) contribuirán a generar un mayor valor de realización de la hacienda, con la utilidad que ello deparará para los *creditors*.

Ahora bien, que la protección de los bienes en poder del deudor a la fecha de declaración de quiebra sea la hipótesis más común en caso de falencia, no significa que el síndico esté eximido de efectuar las medidas tendientes a la individualización y conservación de las cosas que poseen valor y que este adquiera con posterioridad a la declaración de bancarrota, conforme lo dispone el art. 107 del ordenamiento.

En tal sentido, corresponde que el síndico realice las investigaciones necesarias para dar con la ubicación de esos bienes y realizar las medidas que fueren acordes al estado de éstos para su preservación en interés de la comunidad de acreedores.

13.c) Conservación e integridad patrimonial

Conforme reza el art. 2312 del Código Civil: “el conjunto de bienes de una persona constituye su patrimonio”, por lo que otra forma de hacer efectiva la conservación de la empresa se logra por medio de la inmutabilidad de los bienes que constituyen el patrimonio del *cessatus*.

La ley concursal se refiere en forma heterogénea en distintos pasajes al conjunto de bienes de un sujeto, al patrimonio o a la empresa, como si

se tratara de términos unívocos cuando existen grandes diferencias entre cada uno de ellos.

Cuando la ley de quiebras menciona al patrimonio, mayormente lo hace teniendo en cuenta la persona física que no es empresario, aunque existen algunos párrafos que generan alguna confusión. Así por ej. cuando en el art. 1 *in fine* indica que “el concurso produce sus efectos sobre la totalidad del patrimonio del deudor...” con lo cual podríamos interpretar que se refiere tanto a la persona física cuanto a la jurídica e inclusive, también, a la empresa.

No obstante, cuando en el art. 2 señala cuáles son los sujetos susceptibles de solicitar su concurso considera comprendidos al del “patrimonio del fallecido, mientras se mantenga separado del patrimonio de los sucesores”. Con prístina claridad, la norma citada en correlación con el art. 8 del plexo normativo se refiere al patrimonio del *de cuius succssione agitur*, osea, aquél de la sucesión del cual se trata, el que no puede ser otro que una persona individual, empero, la empresa puede estar incluido en esta concepción amplia del patrimonio, puesto que la misma puede transmitirse a los herederos e inclusive imponerse su indivisión. En este sentido, resultan ilustrativas las disposiciones de la ley 14.394 (Adla, 1954-A-237) que faculta a toda persona a imponer a sus herederos la indivisión forzosa de un bien determinado o de un establecimiento comercial, industrial o agrícola, lo cual persigue la protección de la empresa, impidiendo su desmembramiento (*vide* § 4).

En otros pasajes la ley de bancarrotas hace referencia al patrimonio para referirse puntualmente, a la conservación que de él debe hacer el deudor durante el trámite del concurso preventivo (art. 15, LCQ); al patrimonio personal de los socios con responsabilidad ilimitada respecto de las sociedades concursadas (art. 18, LCQ); a las medidas que puede disponer el juez a pedido y bajo la responsabilidad del acreedor en protección de la integridad del patrimonio del deudor (art. 85, LCQ); cuando el juez debe resolver situaciones no contempladas en la ley para lo cual deberá decidir atendiendo a la integridad del patrimonio del deudor y de su empresa (art. 159, LCQ) y, por último, aquellas que se refieren a la conservación del patrimonio *stricto sensu* (arts. 189, 260 y 273 inc. 8°, LCQ).

En términos generales el legislador por medio de diversos dispositivos intenta preservar al máximo la integridad de los bienes que compo-

nen el activo del sujeto *in malis* evitando su desmembramiento, con los perjuicios que ello acarrea para los diversos intereses en juego. En primer término, el de la continuidad de la explotación, en segundo lugar, el de los trabajadores, agazapados a las resultas de que se disponga la continuidad del aprovechamiento de la hacienda en caso de falencia y, por último, en interés de los acreedores en recuperar sus acreencias. No obstante, la continuación de los negocios del concursado se subordina a la condición de que no se altere la integridad y conservación de su patrimonio, el cual constituye la garantía de sus acreedores¹⁸⁸¹.

El desapoderamiento de los bienes que sufre el deudor –producto de la declaración de bancarrota– tiene como objetivo declarar ineficaces todos los actos realizados por éste que produzcan un detrimento patrimonial. Ello implica, a *contrarius sensus*, la validez de otros actos dirigidos a mantener la integridad del patrimonio respecto de los acreedores, quienes gozan de la potestad de requerir las medidas necesarias para evitar su segmentación, inclusive cuando el síndico todavía no ha tomado intervención; con lo que se avizora que las facultades sobre medidas cautelares tendientes a resguardar el patrimonio del *debitor* (art. 85, LCQ), no son potestad exclusiva de la sindicatura y la puede ejercer cualquier interesado¹⁸⁸² y, en cualquier momento, incluso antes de la declaración de falencia, cuando se acredite *prima facie, periculum in mora*.

Conforme las facultades de conservación y administración conferidas al síndico en la quiebra (art. 185, LCQ) –las que van más allá de la simple preservación y custodia de los bienes– resulta ineludible reconocer que el órgano concursal posee atribuciones propias imprescindibles para el mantenimiento, mejoramiento y recogimiento de frutos que favorezcan el desarrollo del patrimonio del quebrado¹⁸⁸³ puesto que, de esta forma, podrán potenciarse las expectativas de cobro de los acreedores.

Todas las medidas que sean necesarias, aptas y conducentes para resguardar la integridad y conservación del patrimonio del deudor deben

¹⁸⁸¹ Cfr. CNCom., “Roliton, S. A. c. Achcar Textil S.A.”, L.L. AR/JUR/1061/1982, 06/07/1982.

¹⁸⁸² Cfr. CNCom., sala C, “Acevedo, María M. c. Banco Almafuerce Coop. Ltda. s/quiebra”, L.L. AR/JUR/4530/1998, 22/04/1998.

¹⁸⁸³ Cfr. Cám.Apel.Civ.yCom. San Isidro, sala I, “Universal Purees Flavours and Concentrates International s/quiebra”, LLBA 1998-413, AR/JUR/1025/1997.

ser adoptadas. Así por ej. las de contratación de seguros, depósito de las cosas que poseen valor en lugares que ofrezcan seguridad, resguardo de libros y papeles, efectuar un inventario pormenorizado y detallado de los bienes que integran el activo, inscripción de la inhibición general de bienes del deudor y toda otra medida apta para garantizar su integridad, hace a los deberes del órgano concursal.

13.d) El convenio y la conclusión de la quiebra como principio de conservación de la empresa

Nuestra legislación concursal contempla diversas formas de finalización del juicio, cada una de las cuales da por concluido procedimentalmente el trámite del concurso o la quiebra, con lo que en cierta medida queda superado el presupuesto objetivo del inicio del trámite universal.

El desistimiento voluntario (art. 31, LCQ), la homologación del acuerdo preventivo (art. 52, LCQ), el convenio por tercero o salvataje empresario (art. 48, LCQ), el acuerdo para acreedores privilegiados (art. 57, LCQ), la conclusión del concurso (art. 59 primera parte, LCQ), la declaración de cumplimiento del acuerdo (art. 59 *in fine*, LCQ), la homologación del APE (art. 75, LCQ), la conversión de la quiebra en un trámite de concurso a pedido del deudor (art. 90, LCQ), el desistimiento del pedido de propia quiebra efectuado por el deudor (art. 87 párr. 3°, LCQ), el avenimiento (art. 225, LCQ), la carta de pago otorgada por los acreedores (art. 229, LCQ), la liquidación de bienes y el pago (arts. 228 y ss., LCQ) y la conclusión por inexistencia de acreedores (art. 229, LCQ), representan diversas formas de poner punto final al proceso concursal.

De la elencación realizada podría reconocerse que existen los procedimientos normales de finalización del concurso: mediante la celebración y homologación de un convenio y los procedimientos anormales: aquellos que hacen finiquitar el trámite antes de tiempo. Por ej. desistimiento voluntario o la conversión.

En caso de convenio, los acreedores reunidos en colegio, al momento de prestar su voluntad en los acuerdos amistosos celebrados con el deudor (art. 43, LCQ), concluido el plazo para realizar las deliberaciones necesarias (art. 45 *in fine*, LCQ), concurren a formar la voluntad colectiva. Una vez que tales compromisos son agregados a la causa, el juez procede a homologar el acuerdo, imponiendo así la decisión de unos cuantos

(que reúnen las mayorías de personas y capital) a los no concurrentes o disidentes. En caso de quiebra, el avenimiento y el acuerdo con todos los acreedores mediante la presentación en el expediente de carta de pago, representan formas de conclusión del proceso.

En ambos casos, tal proceder permite arribar a la máxima de satisfacción que el sistema admite: que los acreedores y el deudor encuentren en el convenio, el mayor beneficio posible.

De esta forma, el objeto del concurso se endereza, no ya hacia la superación del estado de cesación de pagos (presupuesto de admisión a la *procedura*) sino hacia el saneamiento de la empresa, por cuanto –en tal sentido– el convenio entre deudor y acreedores se convierte en el salvataje de la unidad económica, lo cual concurre en resguardo de todos los intereses: el deudor, los acreedores, los trabajadores, los terceros, el fisco y, por último, el mercado.

La autonomía de la voluntad exteriorizada por los *accipiens* en la celebración del convenio (la cual goza de cierta libertad) se convierte en la finalidad del procedimiento al permitir la conservación de la actividad empresarial. Por un lado, por cuanto pone límites impidiendo los acuerdos abusivos o en fraude a la ley y, por otro, por cuanto permite la mayor satisfacción posible, la conservación y continuación de la empresa; fin que persigue el derecho de quiebras. La existencia de una unidad económica y la trascendencia de la empresa en la economía de una región, impone admitir cierta flexibilidad en la proposición y celebración de las propuestas de acuerdo, teniendo siempre como límite el abuso del derecho (art. 1071, Cód. Civ. y art. 52 *in fine*, LCQ).

En hipótesis de quiebra la máxima solución prevista por el ordenamiento falencial es el avenimiento (art. 225, LCQ), el que como única exigencia impuesta al deudor requiere el acompañamiento del consentimiento expresado en forma escrita por parte de todos los acreedores verificados, la cual puede exteriorizarse hasta el momento en que se efectúe la última enajenación de los bienes que componen los activos. A diferencia de lo que sucede en el preventivo, en caso de quiebra, no existe obligación de respetar igualdad alguna entre los acreedores (puesto que no hay categorías), exigiendo el ordenamiento legal que se acredite la conformidad de la unanimidad de acreedores privilegiados y quirografarios.

Quienes postulan la igualdad de acreedores, podrían realizar cierta objeción sobre esta forma de solución de la quiebra pero, frente a la in-

minencia de la realización de bienes y desaparición de la unidad productiva, la conformidad de los *acipiens* sin que el deudor acredite haber respetado pautas igualitarias de trato entre estos, representa un mal menor. En este caso, la preservación de una unidad productiva representa un bien jurídico que el derecho está obligado a proteger, por ello, debe aceptarse que ciertas exigencias (igualdad), hayan sido dejadas de lado por el legislador, siendo sustituidas por el requisito de la unanimidad de acreedores.

Evidentemente, las formas solutorias favorecen el proceso de reestructuración de las empresas permitiendo la superación de la insolvencia. La propuesta de convenio –normalmente utilizada por personas jurídicas– consistente en: “entrega de bienes a los acreedores; constitución de sociedad con los acreedores quirografarios, en la que éstos tengan calidad de socios; reorganización de la sociedad deudora; administración de todos o parte de los bienes en interés de los acreedores...”, aunque importe para los titulares de la mayoría del capital social, la pérdida de la *golden share* o acción de oro, que otorga la mayoría en la toma de decisiones, permite la prosecución de las actividades de la hacienda. Por ende, el ente (empresa) como sujeto residual al momento de la presentación, se transforma en el objetivo del proceso colectivo.

A diferencia de lo que sucede en la Ley Concursal española que prohíbe ofrecer en pago la cesión de bienes (art. 100.3, LCE), nuestro régimen concursal (art. 43, LCQ) admite *expressis verbis* la “entrega de bienes a los acreedores”.

Ahora bien, ¿es factible esta proposición sin límite alguno? Evidentemente, la negativa se impone y el *iudex* deberá contemplar que con la operatoria no se menoscabe la conservación de la hacienda, como que ello no impida la continuación de la explotación. De lo contrario, si bien la propuesta puede resultar acorde a derecho, en alguna medida revela cierta injusticia, por cuanto para satisfacer a uno o algunos, utiliza un recurso que en una relación de medio a fin, perjudica a todos, toda vez que tal proceder revelaría una suerte de liquidación encubierta.

La celebración de acuerdos con acreedores privilegiados (tanto en la fase de convenio como de quiebra) a los fines de obtener recursos genuinos o, simplemente, evitar la liquidación de bienes, representan formas de conservación del patrimonio y permiten generar un valor agregado a la hacienda en aras de su transformación y reorganización.

13.e) La problemática de la integridad frente a la insuficiencia patrimonial

Hoy es posible avizorar con cierta perplejidad y no poca frecuencia, una realidad incontrastable que enmudece y se materializa en la insuficiencia del patrimonio del *decoctor* para hacer frente a las obligaciones contraídas con los acreedores. Esta situación llega incluso a escenarios en los cuales el procedimiento debe cerrarse si después de realizada la verificación de los créditos no existe activo suficiente para satisfacer, aunque más no sea, los gastos del juicio, incluso los honorarios en la suma que prudencialmente aprecie el juez (art. 232, LCQ).

Sin perjuicio de las disposiciones contenidas en el art. 233 de la ley concursal que permiten la conclusión del proceso por falta de activo, existen soluciones en el derecho penal que sancionan las inconductas en que hubiere incurrido el comerciante declarado en quiebra cuando, a raíz de un proceder contrario a la buena fe que debe observar antes y durante el proceso universal ocasiona daños a los acreedores que lo pueden llevar a tener que purgar una condena de prisión de dos a seis años e inhabilitación especial de tres a diez años, por fraude a sus acreedores, si hubiere incurrido en algunos de los siguientes hechos: 1º) simular o suponer deudas, enajenaciones, gastos o pérdidas; 2º) no justificar la salida o existencia de bienes que debiera tener; sustraer u ocultar alguna cosa que correspondiere a la masa; 3º) conceder ventajas indebidas a cualquier acreedor (art. 176, Cód. Pen.).

A consecuencia de ello, se produce un supuesto de finalización anormal del proceso, esto es, su conclusión anómala, anticipada e inesperada, por la inexistencia de bienes suficientes para responder cuanto menos a los gastos del juicio.

Para evitar estas desagradables sorpresas, tanto para el síndico como, asimismo, para la totalidad de los *accipiens* resulta imprescindible la adopción de una serie de medidas tendientes a la conservación de los bienes integrantes del patrimonio como asimismo, de integración de bienes que hubieren salido indebidamente del activo. Apostillando, si el deudor ha entregado bienes a terceros antes o durante el trámite del concurso preventivo en perjuicio de los acreedores, tal acto deberá ser meritado en los términos del art. 17 de la ley concursal y, en consecuencia, el juez disponer su ineficacia en esta etapa del proceso y no esperar a la declara-

ción de falencia, por cuanto ello puede llegar a ser insuficiente e inclusive tardío como solución a la insolvencia.

Anticiparse a la fase liquidativa preservando la integridad patrimonial, no solamente contribuye a evitar su desmembramiento –lo cual representa como refieren los ingleses: *a timing problem*– sino que ello también permite evitar las indeseadas conclusiones anticipadas. En este sentido, el art. 159 de la ley falencial es un dispositivo llave, puesto que el mismo se encuentra previsto para reglar las relaciones patrimoniales no contempladas expresamente, con lo que los criterios axiológicos: debida protección del crédito; integridad patrimonial del deudor y de su empresa e interés general, quedan a buen resguardo.

Las sanciones para administradores infieles (separación de la administración) y las acciones de responsabilidad patrimonial (arts. 17 y 173, LCQ) contribuyen a poner freno a conductas disvaliosas para el interés concursal. Si a estos castigos le sumamos las acciones de reintegración a la masa de bienes en poder de terceros (arts. 17, 118 y 119, LCQ) se podrá encontrar adecuada tutela a los efectos de evitar la indeseada carestía de bienes suficientes para responder por las deudas.

Frente a este panorama, la insuficiencia patrimonial representa un valor negativo¹⁸⁸⁴ en tanto la misma impide atender adecuadamente el interés de los acreedores, por lo que la adopción de medidas oportunas y adecuadas –muchas veces, estoicas– permitirá no solamente la mayor satisfacción posible de los diversos intereses que protege el régimen concursal sino, especialmente, contribuir a la integridad del patrimonio como resorte necesario en la continuación de la explotación.

13.f) La extensión de responsabilidad como principio de la integridad patrimonial

Como refiere el refrán popular: “a falta de pan buenas son tortas”; cabría preguntarse ¿si ante la falta de bienes integrantes del activo para

¹⁸⁸⁴ RICHARD, Efraín H., *Notas en torno a la conservación de la empresa: ¿principio concursal o del derecho societario?*, Ensayos de derecho empresario n.º 4, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba y de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, ed. Fespresa, Córdoba (2008), págs. 56.

satisfacer la pretensión de los acreedores, podemos encontrar otros recursos para hacer efectiva la máxima: el patrimonio es prenda común de los acreedores? La extensión de responsabilidad a terceros se justifica, en el interés del legislador por responder a la necesidad de proteger el crédito y la unidad del patrimonio como garantía de satisfacción de los intereses del concurso.

La extensión de quiebra nació en la Edad Media y era entendida en sus comienzos como una medida cautelar que se exteriorizaba en algunos hechos como por ej: a) el arresto del *decoctor*; b) la tortura; c) la pena de muerte y d) la extensión de quiebra a los hijos, los socios o la esposa del deudor, lo cual tenía como finalidad la reintegración de bienes que pudiesen estar en poder de estos¹⁸⁸⁵.

La ley concursal prevé en los arts. 160 y 161 tres supuestos diferenciados de extensión: 1) a los socios con responsabilidad ilimitada como así también a los que se hubiesen retirado o hubiesen sido excluidos después de producida la cesación de pagos; 2) a quien o quienes hayan actuado en interés personal y dispuesto de los bienes como si fueran propios en fraude a los acreedores; 3) a toda persona controlante de la sociedad fallida cuando ha desviado indebidamente el interés social de la controlada y 4) a toda persona respecto de la cual exista confusión patrimonial inescindible que impida la clara delimitación de activos y pasivos.

A estos supuestos de extensión de responsabilidad se suma otro, previsto en el art. 173 que extiende la quiebra de la fallida a los “representantes, administradores, mandatarios o gestores de negocios del fallido que dolosamente hubieren producido, facilitado, permitido o agravado la situación patrimonial del deudor o su insolvencia, los que deben indemnizar los perjuicios causados”. Asimismo, quienes de cualquier forma participen dolosamente en actos tendientes a la disminución del activo o exageración del pasivo, antes o después de la declaración de quiebra, deben reintegrar los bienes que aún tengan en su poder e indemnizar los daños causados.

Siendo el sujeto pasible de la extensión de quiebra un tercero, la sanción de extensión cumple con la finalidad de hacer efectiva la recomposi-

¹⁸⁸⁵ Cfr. MIGUENS, Héctor José, *Extensión de la quiebra y responsabilidad en los grupos de sociedades*, (2ª edición), ed. LexisNexis, Bs. As., (2006), pág. 7.



ción patrimonial, lo cual permite aumentar la masa de bienes realizables en la quiebra originaria, en beneficio de los acreedores de ésta¹⁸⁸⁶. De esta manera, existe una incorporación de nuevos bienes –perteneciente a los sujetos a los que se dispusiera la extensión– permitiendo así soportar el déficit patrimonial verificado en la quiebra principal¹⁸⁸⁷.

La sanción que importa que un sujeto sea declarado en quiebra –respondiendo con su patrimonio por deudas que en principio, no le pertenecen– responde a la necesidad del sistema concursal de hacer efectivas las pretensiones de los acreedores. El precedente “Frigorífica Compañía Swift de la Plata S.A.”¹⁸⁸⁸ resulta por demás ilustrativo de una doctrina consolidada desde el más alto tribunal nacional conforme a la cual, el régimen de la personalidad jurídica no puede utilizarse en contra de los intereses superiores de la colectividad ni de los derechos de terceros. En el precedente referido, las empresas estructuradas en un grupo revisten, a los efectos de la quiebra, unidad socio-económica con la fallida, con lo que fue aceptada la extensión de quiebra a los demás integrantes, al resultar infructuosas las operaciones de separación de bienes, por encontrarse confundidos los patrimonios, con lo que resultaba inoperante el beneficio de excusión solicitado en los términos del art. 56 de la ley 19.550.

Cuando los bienes integran una sola cosa, el principio de unidad e integridad impone la extensión de quiebra si uno o algunos de los bienes pertenecen a uno de los socios de la fallida, con lo que se pone en evidencia la existencia de una unidad patrimonial entre ambas sociedades, afectada a una única gestión¹⁸⁸⁹. Teniendo en cuenta que la ley exige acreditar el despojo y perjuicio para los *creditors*¹⁸⁹⁰ para que opere la extensión de quiebra, el principio de integridad patrimonial se sostiene en la necesidad de preservar e integrar con el máximo de bienes posibles la

¹⁸⁸⁶ GRAZIABILE, Darío J., *La sanción de extensión de quiebra. Un instituto en procura de la recomposición patrimonial. Teoría y práctica*, E.D. 224-934 (2007)

¹⁸⁸⁷ ROUILLON, Adolfo A. N., *Un caso atípico de legitimación activa para demandar la extensión de quiebra, Jurisprudencia comentada*, E.D. 147-369

¹⁸⁸⁸ C.S.J.N., “Frigorífica Compañía Swift de la Plata S.A. s/quiebra”, Fallos 286:257 (1973).

¹⁸⁸⁹ Cfr. CNCom., sala D, “Papelera Alcorta S.R.L. s/quiebra s/extensión de quiebra por: Kapris S.A.”, laleyonline, AR/JUR/55498/2010.

¹⁸⁹⁰ Cfr. ALBERTI, Edgardo M. y QUINTANA FERREYRA, Francisco, *Concursos*, ed. Astrea, (1990), t. III, pág. 98.

quiebra principal, a los fines de satisfacer el interés del sistema (protección del crédito).

Sería conveniente, en este punto, recurrir a los sistemas de alerta que permitan evitar la disintegración patrimonial, requiriendo información permanente acerca de los manejos sociales –en especial, durante el trámite del concurso preventivo– y el estado de los bienes que componen el activo para evitar de esta forma sorpresas indeseadas.

En definitiva, sea por vía de la responsabilidad o por la de la extensión ejercida por la propia sindicatura o por los acreedores¹⁸⁹¹ (art. 163, LCQ), lo importante es la recuperación de bienes para la masa, a los efectos de hacer efectiva la unidad e integridad patrimonial como garantía de satisfacción de los acreedores.

§ 14. OTRAS FORMAS DE CONSERVACIÓN EN LA LEY CONCURSAL: CONSERVACIÓN DEL CRÉDITO

Sostener que la conservación de la empresa es el único bien protegido por el ordenamiento, importaría admitir la existencia de un solo principio del ordenamiento en una suerte de pirámide de valores.

Existen otras formas de conservación en la ley concursal que se vinculan estrechamente con el interés de los acreedores y que son objeto de amparo.

14.a) Exposición general

Tal como se viene desarrollando, la conservación de la empresa no es la única forma de preservación en la legislación concursal sino que existen otras formas de protección que, en forma directa o indirecta, tienen estrecha relación con el interés de los acreedores.

Uno de los mayores perjuicios que todo proceso concursal representa para los acreedores, es la pérdida del valor económico del dinero de lo que el *decoctor* les adeuda con motivo de la presentación en concurso

¹⁸⁹¹ Cfr. MANÓVIL, Rafael Mariano, *Grupos de sociedades*, ed. LexisNexis, Bs. As., (1998), págs. 1060/1061.

preventivo o declaración de quiebra; lo cual se produce hasta la oportunidad en que se efectiviza el cumplimiento del acuerdo (art. 59, LCQ) o la distribución del producido de la liquidación de bienes, mediante el pago del dividendo concursal (art. 221, LCQ).

De acuerdo a la guía legislativa sobre insolvencia elaborado por la CNUDMI los objetivos esenciales de un régimen eficaz de insolvencia son la protección del valor de la masa para que no disminuya como consecuencia de cualquier acto o actuación judicial de las diversas partes en el procedimiento de quiebra¹⁸⁹². El vademécum proyectado por el mencionado organismo no hace referencia alguna a la protección y supervivencia del crédito durante el trámite del procedimiento, siendo ello trascendental, toda vez que de él depende también, el circuito económico. No deberá dejarse de lado que presta, quien tiene posibilidades de recuperar lo que ha prestado, con lo que se retroalimenta el mercado de capitales (necesario para llevar a cabo diversos emprendimientos).

Tal como se encuentra previsto en el art. 19 del ordenamiento falimentario, la presentación en concurso preventivo produce la suspensión de los intereses que devengue todo crédito de causa o título anterior a su promoción. Por tanto, una vez que el acreedor ha obtenido la verificación de su acreencia, espera pacientemente recibir una propuesta de pago; y si bien esta propuesta para los acreedores quirografarios puede consistir en quita, espera o ambas, el diferimiento en los pagos que realice el deudor debe, forzosamente, contemplar algún índice que impida la desvalorización del crédito.

Debe aceptarse que una propuesta que importe una reducción del montante del crédito producto de una quita a lo que se suma, muchas veces, largos plazos de espera, genera un deterioro del valor de lo que se le adeuda al acreedor. Una forma de compensar esta depreciación es acordar una tasa o interés que permitirá mantener indemne a los *creditors* de los perjuicios que el transcurso del tiempo producirá en su patrimonio.

¹⁸⁹² Cfr. Guía legislativa sobre el Régimen de la Insolvencia de la CNUDMI (Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, ISBN 92-1-333362-5, (2006), pág. 100.

La línea argumental seguida en los precedentes “Arcángel Maggio S.A.”¹⁸⁹³ y “Línea Vanguard”¹⁸⁹⁴ acogen esta posición que intenta resguardar el interés del acreedor en ese equilibrio de tensiones que se genera entre la conservación del crédito y el de la empresa. Por ende, una propuesta puede contener porcentajes de quita y espera –y en relación a ello, nadie podrá rasgarse las vestiduras– pero, un ofrecimiento de pago debe ser razonable y en este sentido, un desembolso que importe abonar el 5% del montante del crédito originario¹⁸⁹⁵ es irrazonable y contraría las disposiciones de los arts. 21, 502, 953 y 1071 del Código Civil. Asimismo, el pago del 40% del crédito en 20 cuotas anuales, sin interés alguno, significa en términos económicos una licuación del crédito que no consiente el ordenamiento jurídico por tratarse de un acto jurídico contrario a las buenas costumbre y prohibido por la ley (art. 953, Cód. Civ.).

El deudor está compelido a costear los créditos quirografarios con un interés moratorio razonable para que el pago mantenga en el tiempo el valor constante de la propuesta; de otro modo, el plazo o división en cuotas del pago –en el caso, a veinticinco años– reduce esa parte alícuota en la medida correspondiente al interés adeudado¹⁸⁹⁶, comportando ello la aniquilación del principio de la conservación del crédito, extremos que la tornan una exacción ilegítima que no puede ser impuesta ni aun por decisión de una mayoría legal¹⁸⁹⁷.

Otra hipótesis que se presenta en la cual los intereses hacen a la conservación del crédito es en el caso de los créditos prededucibles, ya que la suspensión del curso de los intereses prevista en los arts. 19 y 129 de la ley concursal, se vincula a los créditos del concursado y no a los de los acreedores del concurso, esto es, aquellos que aparecen con posterioridad

¹⁸⁹³ C.S.J.N., “Arcángel Maggio S.A. s/concurso preventivo s/incidente de impugnación al acuerdo preventivo”, E.D. 222-398 (2007).

¹⁸⁹⁴ CNCom., sala C, “Línea Vanguard S.A.”, L.L., 2002-A-394; sala B, “Covello, Francisca M. s/quiebra”, L.L. 1997-E-244.

¹⁸⁹⁵ CApel.Civ. y Com. Azul, sala II, “Iturralde SECPA y otro s/quiebra”, LLBA 2007 (junio), 544.

¹⁸⁹⁶ C.S.J.N., “Arcángel Maggio S.A. s/concurso preventivo s/incidente de impugnación al acuerdo preventivo”, E.D. 222-398 (2007), consid. 8, voto de los doctores Lorenzetti y Fayt.

¹⁸⁹⁷ CNCom., sala A, “Barros, Claudio Angel s/conc. prev.”, L.L. 2008-A-249.

a la declaración de bancarrota¹⁸⁹⁸, los que deben ser abonados como si se tratare de un sujeto *in bonis* puesto que se aplican las normas comunes.

Los precedentes reseñados en relación al cómputo de intereses en algunos créditos en particular, de ninguna manera alteran la conservación de la empresa ni modifican las disposiciones de los arts. 19 y 129 de la ley concursal, sino que la complementan y hacen al justo equilibrio entre la conservación del crédito y el de la hacienda enmarcados por el interés público.

Se trata de situaciones en las que la crisis de la empresa, no puede condenar a todos los acreedores (*i. e.* los postconcursoales) a sufrir las mismas consecuencias que los que quedaron sometidos al procedimiento (art. 32, LCQ) sobre todo cuando, en muchos casos, estos acreedores por ser posteriores a la presentación en concurso (arts. 5 y 10, LCQ) o declaración de quiebra (art. 88, LCQ) han contribuido –en alguna forma– con el sostenimiento de la empresa o el mantenimiento de los bienes que la componen (art. 244, LCQ).

La protección adecuada del crédito como interés tutelado por la legislación concursal se materializa con su conservación, impidiendo que el transcurso del tiempo desde la homologación del acuerdo hasta su efectivo pago envilezca el valor del dinero. Idéntico razonamiento podrá aplicarse en caso de quiebra siempre que la liquidación de los bienes de la fallida alcance para cubrir los créditos íntegramente (art. 228, segundo párrafo, LCQ), hipótesis de laboratorio, prácticamente, inexistente.

14.b) Discusión acerca de la operatividad de la cosa juzgada para el crédito verificado en el concurso preventivo frente a la quiebra directa posterior y su conservación

Un supuesto –no tan frecuente en la praxis– es el que se produce con los acreedores verificados en el concurso preventivo del deudor cuya quiebra es declarada posterioridad a consecuencia de de la falta de pago de un crédito post-concursal. Aquí se produce un caso particular, en el

¹⁸⁹⁸ Cfr. CNCom., sala D, “Berman, Roberto Daniel s/quiebra s/verifi. de créd. prom. por: G.C.B.A.”, IMP 2008-9 (Mayo), 827, AR/JUR/10791/2007.

que no está claro si el acreedor goza del beneficio de conservar su crédito o, si por el contrario, está obligado a verificar nuevamente su acreencia.

La presentación en concurso preventivo produce –por aquello, de la universalidad del patrimonio del deudor– diversos efectos, entre ellos, la obligación por parte de los acreedores de insinuarse al pasivo para obtener el reconocimiento de sus pretensiones creditorias.

Para GARAGUSO¹⁸⁹⁹, la disposición de la norma del art. 32 es congruente con las reglas de los arts. 21 inc. 3° y 132 de la ley 24.522, dado que la resolución de apertura del concurso preventivo y la sentencia de quiebra producen la prohibición de deducir nuevas acciones de contenido patrimonial contra el concursado o fallido. Por ello, los acreedores impedidos de promover sus respectivas acciones individuales, no quedan desatendidos en sus intereses ni ven frustrados sus derechos de cobro. En sustitución a la prohibición de continuar o iniciar tales acciones, la ley les confiere el ejercicio de acciones de participación en el proceso colectivo, imponiéndoles la carga vericatoria¹⁹⁰⁰.

Los acreedores que hayan cumplido con la carga mencionada adquieren el derecho a participar del acuerdo, tanto en lo que se refiere a su propuesta como así también a su votación (art. 45, LCQ), convirtiéndose la sentencia vericatoria en cosa juzgada material en relación a quienes tuvieron oportunidad procesal de intervenir, salvo dolo¹⁹⁰¹.

Esto significa que el carácter y privilegio obtenido por un acreedor en el trámite de un concurso preventivo se mantiene así, siempre y cuando, el deudor no cambie su estado de concursado al de fallido. Pero, va de suyo, que la sentencia vericatoria en el proceso universal, produce efectos tanto en el concurso, como fuera de él. Por ej. en los supuestos de desistimiento (art. 31, LCQ), como así también en las acciones individuales una vez concluido el concurso por cumplimiento del acuerdo (art. 59, LCQ). El *status* que adquiere el acreedor dentro del trámite concursal se

¹⁸⁹⁹ Cfr. GARACUSO, Horacio Pablo, *Verificación de Créditos*, ed. Depalma, Bs. As., (1997), pág. 122.

¹⁹⁰⁰ Cfr. GALÍNDEZ, Oscar, *Verificación de Créditos*, ed. Astrea, (1997), pág. 50.

¹⁹⁰¹ Cfr. *idem*, pág. 204.

mantiene fuera de él, ya que la cosa juzgada opera en el caso *ultra vires*¹⁹⁰².

Las deudas reconocidas y admitidas dentro del procedimiento concursal no podrán ser rehusadas con posterioridad, los pagos que se hubieren efectuado no podrán ser repetidos, y los bienes restituidos o escriturados no podrán ser devueltos¹⁹⁰³. Tal es así, por la sencilla razón de que dentro del procedimiento preventivo, el concursado ha tenido amplísimas potestades y facultades para participar en el proceso contencioso, determinativo del pasivo concursal; ha intervenido en los incidentes de pronto pago, en los incidentes de escrituración, en los contratos en curso de ejecución, etc., contando con amplias posibilidades de debate y producción de pruebas, lo que permite concluir que la sentencia que se emita debe forzosamente gozar de los efectos de la cosa juzgada y se vuelve de carácter irrevocable.

Es propio de la función judicial estadual: la de dotar a las sentencias, del atributo en cuya virtud su contenido no puede ser alterado en ningún otro proceso ulterior, tornando por lo tanto inadmisibles toda nueva discusión o resolución acerca de las cuestiones ya decididas con carácter firme en el anterior proceso (*non bis in idem*)¹⁹⁰⁴.

Admitir que el acreedor deba concurrir nuevamente a verificar su acreencia en la quiebra directa posterior, cuando ya obtuvo el reconocimiento de su acreencia en el trámite preventivo, importa alterar la inmutabilidad de la cosa juzgada y viola la seguridad jurídica.

La institución de la cosa juzgada reviste carácter público y, por ende, su sostenimiento importa una cuestión de Estado, en el sentido de Estado jurisdiccional, ante la posibilidad de comprometer el prestigio de la actividad judicial¹⁹⁰⁵.

Ha sostenido la C.S.J.N. que no a toda sentencia judicial puede reconocérsele fuerza de resolución inmutable sino, sólo a aquellas que han si-

¹⁹⁰² Cfr. CNCom., sala B, “Carrizo, Julio César y otros c. Inta Industria Textil Argentina S.A.”, *laleyonline* AR/JUR/7067/2007.

¹⁹⁰³ TRUFFAT, Edgardo Daniel, *Procedimientos de Admisión al Pasivo Concursal*, ed. Ad-Hoc, Bs. As., (2000), pág. 214.

¹⁹⁰⁴ PALACIO, Lino Enrique, *Derecho Procesal Civil*, ed. Abeledo Perrot, Bs. As., (1990), t. V, pág. 498.

¹⁹⁰⁵ *Idem*, t. V, pág. 501.



do precedidas de un proceso contradictorio en el que el vencido haya tenido adecuada y sustancial oportunidad de audiencia y prueba¹⁹⁰⁶, y los derechos reconocidos en una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada han quedado incorporados al patrimonio y protegidos por el art. 17 de la Constitución Nacional¹⁹⁰⁷.

Existe alguna doctrina que hace una distinción pormenorizada en relación a la verificación del crédito y los efectos de la cosa juzgada en el concurso preventivo frente a las acciones de recomposición patrimonial en la quiebra, reconociendo que en estos supuestos no impera el principio constitucional de la cosa juzgada; por cuanto, sostener lo contrario implicaría negar toda posibilidad de discutir sobre la legitimidad de dichas acreencias y las acciones de recomposición patrimonial consiguientes; sin embargo, la C.S.J.N. ha resuelto que la verificación de un crédito –en el caso, hipotecario– no se contrapone con la posterior declaración de ineficacia, pues esta calificación no concierne a la existencia del acto ni a su validez, sino a sus efectos con relación a los acreedores¹⁹⁰⁸.

Cuando el crédito ha pasado por el filtro de análisis que le han profirido, el deudor, los acreedores, el síndico con su informe y por supuesto el juez dentro del proceso preventivo, no cabe su reedición posterior, salvo que se ataque su eficacia o legitimidad.

Desde el punto de vista procesal, en las causas de concurso seguido de quiebra directa, el juez debe disponer la acumulación de procesos, (art. 188 del C.P.C.yC.N.) en razón de sentenciar la norma que esta acumulación se verifica a través de la unión material de dos o más procesos que en razón de tener por objeto pretensiones conexas, no pueden ser sustanciados separadamente, sin riesgo de conducir al pronunciamiento de decisiones contradictorias, e incluso de cumplimiento imposible, por efecto de la cosa juzgada alcanzada por la sentencia dictada en cualquiera de ellos¹⁹⁰⁹.

¹⁹⁰⁶ C.S.J.N., Fallos 281:421.

¹⁹⁰⁷ C.S.J.N., Fallos 307:1709.

¹⁹⁰⁸ C.S.J.N. “Carcarañá s/quiebra s/inc. de reposición por: Banco Interfinanzas International Ltd.”, (del dictamen del Procurador Fiscal que la Corte hace suyo), *laleyonline* AR/JUR/4657/2001.

¹⁹⁰⁹ Cfr. PALACIO, *op. cit.*, t. I, pág. 459.

En el caso, por vía de la analogía *iuris* se pueden extraer los principios generales y se los aplica a los casos que no caen bajo ninguna de las prescripciones legales¹⁹¹⁰, resultando de aplicación supletoria las disposiciones del art. 202, segundo párrafo, de la ley falimentaria que prescribe: “...los acreedores que hubieran obtenido verificación de sus créditos en el concurso preventivo no tendrán necesidad de verificar nuevamente...”. Por ende, el dispositivo referido debe ser empleado en hipótesis de quiebra directa en los que precede la existencia de un concurso preventivo en trámite.

Así, se puede concluir que el crédito verificado o bien declarado admisible en un concurso preventivo, se mantiene y no existe obligación de ser insinuado en la quiebra posterior, aunque sea esta directa, por cuanto respecto a la discusión de la acreencia ha operado la cosa juzgada material y ello hace a la conservación del crédito generando seguridad jurídica tanto para el acreedor, cuanto para el deudor.

14.c) La ley 21.488 y el ajuste de créditos

En el año 1976 producto de la situación económica imperante en aquella época fue sancionada la ley 21.488 (Adla, XXXVII-A-71) de reajuste de créditos correspondientes a concursos abiertos con anterioridad a la sanción de la ley.

Esta norma tenía por objeto paliar la incidencia de la depreciación monetaria sobre los créditos verificados, regulados o reconocidos en juicio (art. 1 inc. b, ley 21.488), mediante la aplicación de un índice de actualización calculado sobre el monto del crédito de acuerdo a la fecha en que el mismo se había originado¹⁹¹¹.

¹⁹¹⁰ Cfr. REZZÓNICO, Juan Carlos, *Principios fundamentales de los contratos*, ed. Astrea, Bs. As., (1999), pág. 149.

¹⁹¹¹ Art. 2 ley 21.488: “La actualización prevista en el artículo anterior se efectuará según el índice de precios mayoristas no agropecuarios computado sobre el monto de los créditos de la siguiente manera: a) En los créditos de causa o títulos anterior a la declaración de quiebra o concurso civil, tomando como base el índice del mes anterior al de la sentencia declarativa; b) En los créditos de causa o título posterior, tomando como base el índice del mes anterior al de su exigibilidad; c) En los créditos del Estado Nacional originados por la continuación de la explotación de la empresa del concursado según la ley 18832, tomando como base el índice del mes anterior al de cada erogación. En todos los casos la incidencia se calculará según el mismo índice hasta el cor-

De conformidad a la normativa referida, el legislador estableció un índice de ajuste de créditos (tasa del 6% anual vencido) el que se utilizaba para recomponer la pérdida sufrida por el acreedor producto de la inflación de los precios y la pérdida del valor del mismo en términos nominales, a la fecha de la liquidación.

La disposición legal estuvo dirigida a superar el deterioro del poder adquisitivo del dinero sufrido por parte de los acreedores quirografarios cuando se producía el supuesto contemplado en el art. 228 de la ley 19.551 (conclusión por pago total), en el que existía un remanente disponible. El plexo normativo excluía los créditos hipotecarios y prendarios (art. 4, ley 21.488), aunque la C.S.J.N. en la causa “Marrone”¹⁹¹² hizo lugar al reclamo efectuado por el acreedor hipotecario reclamando el derecho a actualizar su crédito en contradicción a las indubitables disposiciones de la ley 21.488. Con posterioridad, en la causa “Copaca S.A.”¹⁹¹³ el máximo tribunal nacional resolvió –siguiendo el criterio sostenido en el precedente “Marrone”– dejar sin efecto el pronunciamiento de la Cámara Comercial que en el juicio de quiebra de la deudora no hizo lugar al reajuste del crédito prendario del recurrente, estimando que la cuestión se encuentra regida por la ley 21.488, que fija una solución concursal específica, realizando una interpretación –en una respetuosa posición– forzada de la ley.

Esta ley se justificó en el hecho de que permitía la recomposición del crédito por parte de los beneficiarios de los mismos, cuando los altos índices inflacionarios producían un deterioro tal que desnaturalizaban completamente su valor real. No obstante, únicamente, se justifica una norma de esta naturaleza en situaciones absolutamente excepcionales, cuando el transcurso del tiempo puede llevar a generar un verdadero perjuicio para los acreedores, por lo que en tales casos, el concurso preventivo no suspendía la revalorización de los créditos¹⁹¹⁴.

respondiente al mes inmediato anterior a aquel en que se ordenen los respectivos pagos. No se aplicarán a los casos de quiebra o concurso civil otros sistemas de actualización ajuste o indexación; convencionales o legales, respecto del período posterior a la sentencia declarativa.

¹⁹¹² C.S.J.N., “Marrone, Roberto c. Egom S.C.A. Textil Azul S.A.”, Fallos: 303:1708 (1981).

¹⁹¹³ C.S.J.N., “Copaca S.A. s/quiebra”, L.L. 1983-D-231.

¹⁹¹⁴ Cfr. ROUILLON, Adolfo A. N., *¿Fin del concurso preventivo como instrumento de liquidación judicial de pasivos?*, L.L. 1987-D-1164.

La ley referida –sólo aplicable a las quiebras y a los concursados civiles (hoy inexistentes con motivo de la unificación de la ley 22.917 para deudores civiles y comerciantes)– fue una forma de reparación para los acreedores. No obstante, a pesar de sus bondades, poco es lo que pudo subsanar cuando es conocida la inexistencia, en la mayoría de los casos, de remanente alguno en los procedimientos liquidativos.

§ 15. CONSERVACIÓN DEL PRIVILEGIO

La Ley de Concursos y Quiebras prescribe en el art. 239 que “los créditos privilegiados en el concurso preventivo mantienen su graduación en la quiebra que posteriormente pudiere decretarse”, se incluyen en la disposición los créditos originados en gastos de conservación y justicia (art. 240, LCQ). Esto significa que, una vez declarada la falencia, el acreedor que obtuvo el reconocimiento de su acreencia en el concurso preventivo, en la quiebra posterior mantiene el grado de prelación que su crédito hubiera obtenido en la etapa precedente.

La preservación del privilegio es acorde con el principio que se viene enunciando. En efecto, no resulta plausible –y, atenta contra la protección adecuada del crédito– que el sistema reconozca un privilegio al acreedor para que, luego, llegada la etapa de hacer valer la preferencia (lo que posee su máxima exteriorización en la liquidación en la etapa de quiebra), el acreedor quede en un pie de igualdad con el resto de los *accipiens*.

El acreedor privilegiado que no pudo hacer efectiva su pretensión en el concurso o, en su defecto, que no tuvo una propuesta concordataria en la fase inicial (concurso preventivo), mantiene la graduación de su acreencia en la quiebra posterior, con lo que su pretensión crediticia se preserva, independientemente, del transcurso del proceso.

Este criterio crea la suficiente garantía de indemnidad para el acreedor que, a pesar de no haber podido hacer efectiva su pretensión mediante la realización del bien puede; no obstante, mantener aunque más no sea sus expectativas de cobro en la quiebra posterior para percibir su crédito con preferencia a otros *creditors* pudiendo, inclusive, acumular el privilegio por el período correspondiente a la quiebra.

La conservación del privilegio reafirma el principio de unidad procedimental, impide que el crédito pueda discutirse en la quiebra posterior y tiende a consolidar la cosa juzgada material¹⁹¹⁵.

§ 16. LA CONVERSIÓN DE LOS CRÉDITOS COMO FORMA DE REORGANIZACIÓN Y CONTINUIDAD DE LA EXPLOTACIÓN

Si bien puede admitirse que la principal vía de solución de la crisis empresarial se encuentra en la fase de concurso antes que en la de la liquidación, las posibilidades de continuidad y verdadera conservación de la hacienda, requieren de una cierta dosis de caridad por parte de los acreedores. Evidentemente, no se trata de que los *creditors* realicen aportes a un sujeto que más que *in malis* se encuentra *in extremis*; sino de que éstos puedan contribuir a reducir los efectos de la insolvencia efectuando algún aporte para reducir los perjuicios que acarrea toda quiebra.

Como decía THALLER “el crédito es para el comercio como el aire para el hombre, sin el cual no puede vivir”¹⁹¹⁶ y, frente a un sujeto sin capacidad de pago y sin posibilidades de obtener crédito para reencauzar la explotación, la genialidad y la imaginación a los que se suma la necesidad, aparecen como musas inspiradoras de soluciones.

Si el deudor no posee alternativas para arreglar el pasivo, los acreedores (en especial aquellos cuya acreencia posee cierta significación en el concurso) podrán mediante acuerdo con la fallida –que se encuentra desapoderada de sus bienes, pero que mantiene la capacidad de disponer de sus acciones, cuotas o participaciones sociales– convertir los créditos en partes de interés.

En el trámite de concurso preventivo, el art. 43 admite la presentación de propuesta por parte del deudor que contenga, entre otras modalidades “...constitución de sociedad con los acreedores quirografarios, en la que éstos tengan calidad de socios; reorganización de la sociedad deudora; administración de todos o parte de los bienes en interés de los acreedores; emisión de obligaciones negociables o debentures; emisión de bonos convertibles en acciones; constitución de garantías sobre bienes

¹⁹¹⁵ CNCom., sala B, “Becamur SCA c. Kuitca y Cía. S.A.”, L.L. 1979-C-504.

¹⁹¹⁶ Cit. por CÁMARA, *op. cit.*, vol. III-B, pág. 894.



de terceros; cesión de acciones de otras sociedades; capitalización de créditos, inclusive de acreedores laborales, en acciones o en un programa de propiedad participada...”. En la etapa de quiebra, no existiría impedimento alguno para que el deudor negocie con los acreedores la cesión de partes de cuotas y/o acciones a los fines de que éstos prosigan con la actividad.

La Ley Española de Concursos y Quiebras admite (Título VII de la Exposición de Motivos), un sistema flexible tendiente a que los acreedores, juntamente con la administración concursal y el deudor propongan la forma de liquidación¹⁹¹⁷. El sistema hispánico admite la presentación de un plan para la realización de bienes y derechos contemplando la enajenación en conjunto de establecimientos, explotaciones, etc. (art. 148), el cual quedará a disposición de los interesados, pudiendo inclusive los trabajadores formular observaciones, las que deberán ser efectuadas a través de sus representantes.

El art. 149 del sistema español establece que en caso de no aceptarse un plan de liquidación –el que no necesariamente debe contener la obligación de vender los bienes (en contraposición con nuestro sistema)– el juez fijará un plazo para la presentación de ofertas de compra de la empresa, siendo consideradas con carácter preferente las que garanticen su continuidad o, en su caso, de las unidades productivas y de los puestos de trabajo, así como la mejor satisfacción de los créditos de los acreedores. En todos los casos serán oídos por el juez los representantes de los trabajadores.

La conversión de créditos en acciones, cuotas o partes de interés –en particular en hipótesis de quiebra– permitirá transformar a los acreedores en accionistas, cuotapartistas o socios, lo que incentivará a éstos a efec-

¹⁹¹⁷ “No obstante la mayor imperatividad de las normas que regulan esta fase, la ley las dota también de la conveniente flexibilidad, como se refleja en el plan de liquidación, que habrá de preparar la administración concursal y sobre el que podrán formular observaciones o propuestas el deudor y los acreedores concursales antes de su aprobación por el juez. Sólo si ésta no se produce y, en su caso, en lo que no prevea el plan aprobado, se aplicarán supletoriamente las reglas legales sobre realización de bienes y derechos de la masa activa del concurso. Aun en este último caso, la ley procura la conservación de las empresas o unidades productivas de bienes o servicios integradas en la masa, mediante su enajenación como un todo, salvo que resulte más conveniente a los intereses del concurso su división o la realización aislada de todos o alguno de sus elementos componentes, con preferencia a las soluciones que garanticen la continuidad de la empresa”. Exposición de motivos, Título VII, Ley Concursal de España n.º 22 del 09/07/2003).



tuar nuevas inyecciones de capital a la entidad y acordar con los acreedores disidentes o que no deseen participar en la reconversión de créditos, con lo que la empresa fallida dispondrá de dinero fresco, sin el cual, no podría mantenerse en funcionamiento, lo que reviste carácter indispensable para el éxito de la solución.

§ 17. LA PARTICIPACIÓN DE LOS BANCOS Y DEL ESTADO EN LA CONVERSIÓN DE CRÉDITOS Y LA NECESIDAD DE IMPLEMENTAR INSTRUMENTOS DE REORGANIZACIÓN

Italia cuenta con un instrumento denominado: *Istruzioni di vigilanza della Banca d'Italia* del 1 septiembre de 1993, en su Título IV, Capítulo 9, Sección V, n.º 3, el cual permite la participación de los Bancos en *imprese in temporanea difficoltà*, permitiendo la instrumentación de mecanismos que permitan la concreción de operaciones de conversión de los créditos en participaciones en el capital de la empresa, más conocido como *amministratozione bancaria delle imprese in temporanea difficoltà*.

A diferencia de nuestro sistema legal, el régimen italiano está previsto para una intervención temprana por parte de la banca en la que la crisis de la empresa sea a todas luces reversible; sin embargo, requiere la existencia de algunos factores: la solidez de la empresa, la posibilidad de la hacienda de generar riquezas, la posición de la empresa en el mercado, la capacidad del *management*, así como la posibilidad de conseguir en un breve periodo de tiempo el cumplimiento los objetivos propuestos. En base a ello, la entidad crediticia decidirá si abandona su posición acreedora a favor de una participación directa en el capital, asumiendo en este caso parte del riesgo de la empresa, pero también y proporcionalmente la dirección de la misma, o bien mantiene su *status* crediticio a la espera del cobro de su pretensión.

Existe, asimismo, el denominado *Codice de la Associazione Banca de Italia di comportamento banca-imprese in crisi* de octubre de 1999. Este Código tiene como objetivo favorecer la adopción de iniciativas comunes para la superación de la empresa en crisis. El ámbito de aplicación es el de la empresa en situación de *difficoltà reversibile* y expuestas al sistema bancario y financiero por una cantidad igual o superior a 15 millones de euros y con independencia de la naturaleza de la crisis que ha

de afrontarse (financiera, productiva o industrial). El objetivo es individualizar, precozmente, las situaciones de crisis para poder erradicarla con instrumentos tempestivos y eficaces.

En nuestro país en el año 1995 el Poder Ejecutivo nacional promulgó el Decreto 445/95 modificado por los Decretos 568/95 y 298/97, por el cual se constituyó el Fondo Fiduciario de Capitalización Bancaria, que tenía por objetivo asistir a las entidades que se empeñen en el proceso de capitalización y fortalecimiento del sistema financiero argentino.

Este Fondo se disolvió y fue sustituido por el Decreto 342/00 denominado: “Fondo Fiduciario para la Reconstrucción de Empresas” destinado a auxiliar a compañías de seguros y a sus sociedades controlantes, el que tiene como objetivos los siguientes: a) suscribir e integrar aportes de capital, otorgar préstamos convertibles o no en acciones y otorgar avales, fianzas y/u otras garantías a entidades financieras, de seguros, prestadoras de servicios de salud, educación, bienes y servicios culturales, ciencia, tecnología y energía nuclear, y de sus sociedades controlantes; b) comprar y vender acciones de entidades financieras, de seguros, prestadoras de servicios de salud, educación, bienes y servicios culturales, ciencia, tecnología y energía nuclear, y de sus sociedades controlantes; c) adquirir activos de entidades financieras, de seguros, prestadoras de servicios de salud, educación, bienes y servicios culturales, ciencia, tecnología y energía nuclear, y de sus sociedades controlantes; d) realizar los activos que adquiriera, en forma gradual y progresiva; e) realizar las gestiones y transferencias de activos y pasivos financieros que le encomiende el BCRA o el Ministerio de Economía, todo ello en las condiciones previstas en el decreto anotado y en el contrato de fideicomiso a suscribirse entre el Estado Nacional y el Banco de la Nación Argentina, o en contratos de fideicomiso que pudiera celebrar el Estado Nacional o el propio Fondo Fiduciario para la Reconstrucción de Empresas; f) gestionar la disolución del Fondo Fiduciario de Capitalización Bancaria quedando a su cargo el cumplimiento de los convenios existentes conforme instrucciones que le imparta el Ministerio de Economía; g) asignar la suma que determine el Ministerio de Economía y Producción a la constitución del patrimonio del Fondo Fiduciario para la Refinanciación Hipotecaria creado por la ley 25.798 (art. 1º, Dec. 342/00).

Si bien es cierto que este fondo fue creado –en principio– a los fines de asistir a la empresas aseguradoras, los incs. a) y c) del referido disposi-

tivo permiten extender sus beneficios a todo otro tipo de emprendimientos. En rigor de verdad, se desconoce la efectividad de las soluciones alcanzadas por este salvavidas financiero, no obstante, representa un paso en la adopción de instrumentos de capital para solucionar situaciones de crisis de empresas, en miras a superar la insolvencia.

La ley 26.684 implementó –por primera vez en la legislación concursal– mecanismos de colaboración por parte de entes autárquicos del Estado Nacional (AFIP y Banco de la Nación Argentina) en aras de brindar asistencia técnica y financiera (Resol. 4156/10, INAES) a las cooperativas que participen en el salvataje de empresas concursadas (art. 48 bis, LCQ). Empero, estos organismos brindarán colaboración a la cooperativa (no a la concursada) mediante el otorgamiento de facilidades de refinanciación de deudas en las condiciones más favorables vigentes en sus respectivas carteras, siempre y cuando fueren acreedores del sujeto concursado; no habiéndose incorporado un dispositivo *asimili* para el caso de quiebra.

Nuestro régimen concursal tiene previsto un procedimiento cerrado de liquidación de los bienes del activo, lo que ciertamente atenta contra la libertad que pueden tener los sujetos interesados en proponer otras formas de realización, el que no admite otras alternativas de conclusión de la quiebra que las que están previstas en la ley: avenimiento, pago total o la modalidad de clausura del procedimiento por distribución final; lo cual se revela insuficiente para permitir otras formas de solución como es la conversión de los créditos en participaciones sociales y el arreglo del pasivo, por lo que debe aceptarse por vía analógica, la posibilidad de aplicar otras salidas, en particular y especial aquellas que permitan la conservación de la hacienda y la satisfacción del interés de los acreedores.

De *lege lata*, debe aceptarse que el proceso de liquidación establecido en el Capítulo VI del Título III de la Ley 24.522, no representa el único medio apto para la liquidación del activo falencial, ni atenta contra el orden público admitir otras formas de realización del activo, pudiendo consistir inclusive en acuerdos de pago, que impidan de una u otra forma la venta de la empresa en forma separada de cada uno de los bienes que componen el patrimonio, conforme lo tiene previsto el ordenamiento falencial.

La liquidación de los bienes debe hacerse de la forma más conveniente para el concurso (arts. 184 y 204, LCQ), esto es, para los interesa-

dos en su disposición, reconociéndose que sobre el particular el legislador ha previsto diversas alternativas previas a la fase liquidativa; debiendo entenderse que la anotada en la ley: venta de bienes mediante subasta judicial, no reviste carácter excluyente de otras formas más ventajosas que puedan encontrarse; por lo que no cabe caer en esa única solución, para satisfacer el interés de los acreedores; teniendo como mira la conservación de la empresa, como principio cardinal del proceso concursal¹⁹¹⁸.

Existen diversas razones que apuntan a las instituciones bancarias y al Estado como protagonistas en la expansión y potenciación de medidas tanto preconcursales como, asimismo, falenciales dirigidas a remediar la crisis empresarial. La adopción de mecanismos que permitan superar la insolvencia permitirá la recuperación económica.

Las entidades de crédito (con los instrumentos financieros y autorizaciones correspondientes por la autoridad de control: BCRA) y el Estado a través de instrumentos que permitan aceptar ciertos acuerdos, pueden convertirse en artífices de remedios concursales. Para ello, podrán asumir algunos de los siguientes compromisos: 1) renuncia a los intereses ya devengados y al privilegio (art. 43, LCQ); 2) acuerdo irrevocable de no exigir el pago del crédito por cierto tiempo o hasta que se verifiquen determinadas circunstancias; 3) conversión de los créditos en participaciones sociales; 4) reestructuración de los mecanismos de financiación.

Por su parte, debe existir una contraprestación por parte de la hacienda (en especial de los poseedores de los títulos representativos o, en su caso, del titular de la empresa) consistente en: 1) la elaboración y participación activa con expertos en la elaboración de un plan; 2) obligación de transferir las participaciones sociales; 2) admitir la realización inmediata de bienes innecesarios para continuar con la explotación; 3) colaborar activamente en la organización, administración e información necesarios para llevar adelante el plan de saneamiento.

¹⁹¹⁸ MÁRMOL, Pablo Ernesto, *Alternativas al procedimiento de liquidación de bienes en la LCQ*, VI Congreso Argentino de Derecho Concursal - IV Congreso Iberoamericano sobre la Insolvencia, ed. Lux, Rosario (2006), t. III, pág. 452.

CAPÍTULO XII

LA CONSERVACIÓN DE LA EMPRESA COMO PRINCIPIO RECTOR DE LA LEGISLACIÓN CONCURSAL

§ 1. CONSERVACIÓN VS. CONTINUIDAD. *¿QUO USQUE TANDEM?*

Conforme refiere FASSI el legislador del año 1972 (ley 19.551) implementó un sistema de continuación que adoptó con el transcurso del tiempo diversas *facies*, a saber: continuación provisoria (art. 182, ley 19.551), continuación inmediata (art. 182, ley 22.917) y continuación definitiva (art. 184, ley 19.551).

Esta forma de permanencia de la actividad no es distinta de la concerniente a la conservación de la empresa, puesto que una representa el medio para alcanzar el fin que persigue la otra. La continuación de la explotación del negocio en estado de quiebra exige como condición que su interrupción pudiere generar un daño grave e irreparable al interés de los acreedores y también a la intangibilidad patrimonial, con lo que tal fundamentación no es incompatible con el principio de conservación de la empresa ni lo excluye¹⁹¹⁹. Tal por ej. lo que ocurrió con la ley 18.832 que permitía la continuación de empresas declaradas en quiebra conforme criterio adoptado por el Poder Ejecutivo Nacional (*vide* Capítulo V § 3.E).

¹⁹¹⁹ CÁMARA, *op. cit.*, vol. III-B, pág. 885, nota 308.

Conforme a la experiencia nacional, existen concursos o quiebras paradigmáticas: “Swift” o “Editorial Codex S.A.” o “Compañía Argentina de Televisión S.A.” –por solo nombrar algunas– que han continuado con la actividad a consecuencia de la declaración de interés público por parte del Poder Ejecutivo Nacional.

El problema que se plantea es determinar: ¿hasta cuando se hace conveniente la continuación como una forma de conservación de la empresa?

El art. 44 de la Ley Concursal española 22/2003 establece que el concurso no interrumpirá la actividad profesional o empresarial que viniera ejerciendo el deudor, siendo de carácter excepcional la suspensión de actividades a solicitud de la administración y previa audiencia con la presencia del deudor y de los representantes de los trabajadores (inc. 4º). Y, cuando en el art. 43 alude a la conservación por parte de la administración concursal, los bienes no podrán ser enajenados hasta la aprobación del convenio o la apertura de la liquidación (inc. 2º).

Nuestro régimen de quiebras comulga con un procedimiento distinto y es que la fase de convenio o liquidación no la decide el juez, sino que es el deudor quien opta por alguna de las dos soluciones, por lo que la continuación del trámite presenta otros caracteres. No obstante, el procedimiento no puede eternizarse puesto que en algún momento debe concluir, aunque más no sea por aquello de que “todos los fines no son fines perfectos, pero el bien supremo constituye, de alguna manera, un fin perfecto” (ARISTÓTELES) y, en el caso de la quiebra, alguna forma de satisfacción de los acreedores, del deudor o del sistema se perfecciona, con la finalización del proceso.

Cuando el juez dispone la continuación de la actividad como una forma de conservación de la empresa, el fin del proceso debe llegar, inexorablemente, cuando el deudor no ha podido dar finalización al procedimiento por alguna de las formas contempladas en la ley, o bien, cuando la continuación de la actividad se torna antieconómica y posee entidad suficiente para contrariar la previsión contenida en el art. 190 inc. 1º que habilita a mantener la explotación, sin contraer nuevos pasivos.

Otro límite que podrá encontrarse a la continuación es cuando ella no asegure la efectiva preservación de los bienes integrantes del activo, por cuanto se encuentran sometidos a un deterioro tal que convertiría su probable valor de reventa muy por debajo de su probable valor de merca-

do, tornándose perjudicial para los acreedores. También podría mencionarse el supuesto en que los acreedores con privilegio especial proceden a realizar el bien o bienes sobre los cuales se asienta la garantía de cobro (art. 209, LCQ) y estos revisten fundamental importancia para el desarrollo de las actividades. En este supuesto se produce la finalización por imposibilidad de consecución de la explotación, *asimili* con lo que sucede en materia societaria (art. 94 inc. 4º, LSC).

Sin perjuicio de las claras disposiciones del art. 190 sobre la posibilidad de proseguir con el aprovechamiento de los recursos que posee la hacienda, la ley 24.522 confiere al juez concursal amplias facultades para disponer cuanto estime pertinente respecto de la explotación de la empresa fallida y su cese en forma anticipada cuando ella resultare deficitaria o de cualquier otro modo pudiere ocasionar perjuicio para el interés de los acreedores (art. 192, LCQ). En este caso, sin pérdida de tiempo, el juez deberá disponer la inmediata conclusión de la explotación en forma anticipada.

No deberá perderse de vista que la conservación de la empresa en marcha obra como un aditivo de valor a los bienes individualmente considerados, pero no puede constituir un fin en sí misma¹⁹²⁰ siendo necesario que ello se corone con la realización de la empresa como unidad y en funcionamiento. De otra forma, no tendría razón de ser la conservación de la empresa y la continuidad de su explotación.

Concluyendo, debe existir cierta correlación entre diversos elementos integradores de la continuidad de la explotación y que hacen a la conservación de la empresa como unidad económica: 1) la previa elaboración de un plan de explotación; 2) el plazo al que se sujetará la continuación; 3) los beneficios que ello deparará para el interés de los acreedores; 4) la ventaja que ello suponga para terceros y, por último, 5) la forma en que la continuación permitiría contribuir a cancelar el pasivo existente o superar la insolvencia patrimonial.

¹⁹²⁰ *Idem*, vol. III-B, pág. 888.

§ 2. ¿CONSERVACIÓN DE LA EMPRESA O DEL PROCEDIMIENTO?

El derecho concursal es una rama del ordenamiento jurídico de naturaleza compleja predominantemente privada aunque con matices de derecho público, cuya existencia resulta irrelevante si se la considera, aisladamente. Se trata de un Derecho esencialmente funcional que reviste gran utilidad siempre que cumpla la finalidad para la cual está destinado, esto es, solucionar los múltiples conflictos que se suscitan a raíz de la insolvencia del *cessatus*.

Si bien podría sostenerse que declarada la quiebra la realización de bienes en el término de 4 meses (art. 217, LCQ) representa –sobre todo, en caso de importantes unidades económicas– una falacia dialéctica, también es cierto que existen procedimientos en los que el elixir de la vida¹⁹²¹ más que la conservación de la empresa, se traduce en la conservación de un proceso judicial que se eterniza con el transcurrir de los años.

Mediante esta mecánica (mantener *sine die* el juicio de quiebra) no solamente se logra –muchas veces– incrementar un pasivo post-concursal superior al concursal, sino que ello también genera una apreciable disminución de los rindes de producción, de bienes y servicios, en perjuicio de las economías locales, la mayor de las veces, en el área de influencia donde se encuentra asentada la empresa.

Conforme lo sostuviera BERGEL hace ya tiempo atrás, si bien el principio de conservación resulta prioritario en la legislación concursal, su ponderación siempre debe efectuarse en cuanto el mismo resulte compatible e integre la noción más amplia de interés general¹⁹²². De lo contrario, antes que el sostenimiento de empresas en crisis se estaría preservando el procedimiento para beneficio de unos pocos.

De acuerdo a estas precisiones, la tutela y conservación de la empresa se contraponen a la continuidad de un procedimiento que más que a mantener viva la actividad de la hacienda, tiende a preservar un juicio, sobre todo cuando su prolongación *sine die* genera perjuicios para los acreedores al incrementar el pasivo post-concursal; generar un deterioro

¹⁹²¹ KABAS DE MARTORELL, Elisa - MARTORELL, Ernesto E., *El principio de conservación de la empresa ante la imperiosa necesidad de su revisión crítica*, L.L. 1987-B-1021.

¹⁹²² BERGEL, Salvador D., *El principio de continuación de la empresa como integrante del concepto de 'interés general' en el art. 40 de la ley 11.719*, J.A. 1966-678.

apreciable en particular de los bienes de cambio; reducir el precio de venta de los activos y eliminar las posibilidades de venta de la empresa en marcha.

Frente a ello, y en presencia de una unidad económica de importancia se requiere de una acción conjunta de los sectores sociales y de los poderes del Estado, en particular desde la *mens legislatoris* quien está encargada de elaborar la ley y las políticas de Estado en aras de encontrar la mejor solución para proseguir con la actividad de la hacienda, sin depreciar los activos ni contraer nuevos pasivos o, en su defecto, coadyuvar en acelerar el proceso de venta de la empresa como unidad (alternativa para nada desdeñable). De otro lado, el Poder Judicial en fiel cumplimiento de la máxima constitucional está obligado a cumplir la Constitución y las leyes de la República, lo cual se traduce en la forma de hacer justicia.

Corolario de estas reflexiones es que el proceso no puede mantenerse *in aeternum*, a la espera de que la realidad de la ruina supere la ficción de su subsistencia, para que recién en ese momento se tome conciencia de la necesidad de poner fin al trámite, por alguno de los mecanismos previstos en la ley.

Así como la piedra que no cae por caer, sino porque alguien le ha retirado el puntal que la mantiene; de la misma forma, con sustento en la ley de la finalidad¹⁹²³ –cuya causa es la razón exteriorizada por la voluntad– puede explicarse que algo debe suceder, lo cual tiene origen en la expresión coloquial: “no hay efecto sin causa”. La ley de quiebras es una herramienta del derecho que posee la sana ambición de dar solución a todos los conflictos que se presentan frente a una multiplicidad de intereses; de cara al conflicto, la solución: mantenimiento de la hacienda, arreglo del pasivo, superación del estado de insolvencia, etc. también se alcanza con la conclusión del proceso aunque, claro está, esta no sea la verdadera razón que mueve la auténtica voluntad del legislador.

¹⁹²³ Cfr. IHERING, Rudolf Von, *El fin del derecho*, 1ª edic., ed. Daniel Jorro, Madrid, (1911), pág. 8.



§ 3. PREVENCIÓN Y CONSERVACIÓN

El régimen concursal francés tradicional apuntaba a la solución preventiva como vía de superación de la insolvencia. El *redressement*, algo así como “enderezamiento” o “reposición de la vertical”, fijaba en un estricto orden prioritario de solución: la conservación de la empresa, el mantenimiento de los puestos de trabajo y el arreglo del pasivo¹⁹²⁴.

La *Loi de sauvegarde des entreprises* incorpora un procedimiento denominado *procédure de conciliation* que sustituye al anterior *règlement amiable* (convenio amigable), mediante el cual las empresas que atraviesan dificultades económicas o tengan necesidades que no puedan solucionarse o cubrirse por medio de una financiación adaptada a sus posibilidades, sin hallarse en situación de suspensión de pagos, pueden solicitar la apertura de un procedimiento para llegar a una solución de mutuo acuerdo –algo similar a lo que sucede con nuestro APE–.

Conforme este sistema, cuando el deudor acredite encontrarse en dificultades que le impiden recuperar el crédito y sean idóneas para llevarlo a la cesación de pagos, puede demandar el inicio de un procedimiento tendiente a paralizar momentáneamente las ejecuciones, permitiéndole la reorganización de la empresa¹⁹²⁵. Ello así, sin perjuicio de la posibilidad para el deudor de iniciar un procedimiento judicial (*redressement judiciaire*) cuyo objeto es salvar la empresa, el cual consiste en la aprobación por parte del tribunal de un plan de saneamiento, que puede suponer su continuidad (en cuyo caso se imponen esperas a los acreedores) o su cesión (se cede la empresa, junto con sus principales contratos, a un tercero que asume determinados compromisos), conforme un plan que es aceptado por el tribunal.

Sin lugar a dudas, el *procédure d’alerte* (procedimiento de alerta) es la innovación más importante en el sistema francés, ya que a través de éste y sin llegar a la cesación de pagos, es posible lograr la conservación de empresas.

¹⁹²⁴ Cfr. MAFFÍA, Osvaldo J., *Francia. La ley del 26/julio/05 sobre salvaguarda de la empresa*, E.D. 214-993 (2005) *Cette procédure est destinée à faciliter la réorganisation de l’entreprise afin de permettre la poursuite de l’activité économique, le maintien de l’emploi et l’apurement du passif*. Cfr. art. 12 de la Loi de sauvegarde des entreprises et liens vers les décrets d’application, n.º 845/05.

¹⁹²⁵ Cfr. *idem*, pág. 993.

La *nouvelle loi* francesa remarca, muy especialmente, la necesidad de informar tempestivamente, las señales de alarma (*procédure d'alerte*), lo cual permite iniciar un trámite colectivo no al margen de la voluntad del empresario, sino oportuno y de acuerdo con la efectiva comprobación de los problemas que ameritan el inicio del procedimiento, a diferencia de lo que sucede con nuestro sistema que se abre cuando ya está instalada la insolvencia.

Ahora bien, la realidad y la praxis judicial –de acuerdo a la idiosincracia del empresario argentino, que oculta información indispensable para disparar los procedimientos de alarma– llevan a la imposibilidad de que estas formas de evitar la suspensión de pagos puedan tener concreción efectiva. La mayor de las veces, el empresario inicia un trámite de concurso o quiebra, cuando la crisis está instalada.

La experiencia extranjera –en particular la de los franceses– permite avizorar un derecho concursal que se encamina hacia estas formas de prevención, que aparentan ser más efectivas para la conservación de empresas.

De *lege ferenda* deben incorporarse al régimen concursal procedimientos que, por conducto de la paralización de ejecuciones, se permita al empresario (siempre y cuando, se encuentre suficientemente justificado) recomponer el pasivo, reestructurar la empresa y reordenar los negocios a los efectos de permitir la continuación de las actividades.

De todas formas, se tiene el convencimiento de que estas formas de prevención de la crisis no pueden tener favorable aceptación, si no existe una concientización por parte de los acreedores, del empresariado, de los poderes del Estado y de los operadores jurídicos acerca de la necesidad de trabajar en políticas efectivas para la prevención y la conservación de la empresa, como ejes conductores de superación de la crisis empresarial.

§ 4. EL SANEAMIENTO Y EL SALVATAJE DE LA EMPRESA. EL FIN DE LA CONSERVACIÓN

A diferencia de lo que sucedía con los sistemas tradicionales, hoy todos los movimientos de reforma apuntan al saneamiento y la conservación de empresas.



Esto tiene alguna razón de ser y es que en la Edad Media, donde el *decoctus* era prácticamente un paria, no existía la noción de empresa tal cual hoy es admitido por la doctrina –en particular la económica– como alguien distinto a la persona (física o jurídica) del deudor.

Hoy puede apreciarse que el Derecho –en especial el concursal– asiste a un cambio paradigmático de conceptos en el que la insolvencia no tiene como norte la satisfacción de los acreedores mediante la realización de bienes con el consiguiente castigo y desprecio por el *cessatus* que incumplió con la palabra empeñada sino que, más bien, el objetivo es sanear y conservar la empresa para satisfacer *ex post* el interés de los acreedores, sin dejar de proteger el fin social que persigue su mantenimiento.

El saneamiento responde así a una concepción del concurso en el que no juegan solamente los intereses de los acreedores en la satisfacción de sus créditos, sino también otros intereses: los intereses generales, públicos y sociales de la economía nacional y de los trabajadores que proclaman la conservación y continuidad de la empresa viable y la fuente de su trabajo¹⁹²⁶.

La sustitución de la liquidación por el convenio, ha llevado muchos años de evolución y aceptación, a punto tal, que hoy –prácticamente– no es materia de discusión. En la actualidad, el derecho asiste a un cambio de concepción profunda y es que la empresa representa un valor superior que el que ostenta el interés de los acreedores. La superación de la dicotomía: deudor vs. empresa, llevó a un nuevo pensamiento el de que ya no estamos en presencia de un derecho mercantil o un derecho concursal del deudor, sino que asistimos a un derecho privado en el que la empresa trasciende a la persona e inclusive, al interés privado.

En efecto, cuando la empresa entra en crisis se produce una concurrencia automática de diversos intereses: públicos y privados, que tanto el Estado como la sociedad deben velar por su preservación y mantenimiento. Por paradójico que pueda parecer, la satisfacción de los acreedores, no se consigue mejor liquidando la unidad productiva, por cuanto la defunción de la hacienda genera caos y desempleo, por la desaparición de una fuente de riqueza. La conservación de la empresa se presenta así como un logro político irrenunciable, de ahí que el procedimiento concursal mo-

¹⁹²⁶ Antecedentes Parlamentarios de la ley 24.522, La Ley n.º 7.

derno se caracterice, en primer lugar, porque busca una solución de saneamiento. Y a ello responde el convenio más que la liquidación.

Esta nueva forma de ver la insolvencia empresarial ha generado la implementación de mecanismos tendientes a superar la crisis y sanear la empresa: la conversión de la quiebra, el acuerdo preventivo extrajudicial, el salvataje por tercero o por el propio deudor (art. 48, LCQ) y la continuidad de la explotación de la empresa en quiebra (art. 190, LCQ), incluso a través de la cooperativa de trabajo (art. 190, LCQ), son claros ejemplos de ello.

El salvataje o supuestos especiales regulado en el art. 48 de la ley de concursos procura tutelar a la empresa y a sus acreedores más que al deudor, por cuanto el régimen preventivo que habilita a unos cuantos sujetos: sociedades de responsabilidad limitada, sociedades por acciones, sociedades cooperativas, y aquellas sociedades en que el Estado nacional, provincial o municipal sea parte, y siempre y cuando se trate de un gran concurso o concurso ordinario (art. 288, LCQ), a recurrir a este procedimiento, permite la reorganización societaria y la reconversión de la hacienda, sustituyendo a los titulares del capital, cuando se produce el acuerdo por tercero (art. 48 inc. 7º, LCQ).

En este contexto, existen dos posiciones: una corriente de pensamiento sostiene que el salvataje de la empresa era en rigor, una transferencia de activos con previo arreglo del pasivo, o mejor dicho, una venta forzada de capital social¹⁹²⁷ y otro sector de la doctrina se inclinó por interpretar que el plan de empresa era una exigencia del sistema societario que se proyectaba en la legislación concursal¹⁹²⁸. Mas allá de posiciones dogmáticas sobre la naturaleza jurídica del instituto, la finalidad del mismo es palmaria: se persigue a través de la intervención de terceros hacer operativo el “principio de conservación” de la empresa, permitiendo que más allá de la suerte del empresario, pueda establecerse una oportunidad de saneamiento para la empresa económicamente útil y viable¹⁹²⁹, aceptando el salvataje del ente y no del sujeto que lo dirige.

¹⁹²⁷ DASSO, Ariel A., *La transferencia forzosa de la empresa insolvente*, L.L. 1994- E-1227.

¹⁹²⁸ JUNYENT BAS, Francisco, RICHARD, Efraín H. y MUIÑO, Orlando, *El salvataje de la empresa ¿una postulación sin respuesta en la ley concursal?*, RDCO, año 30, (1997), pág. 525.

¹⁹²⁹ Cfr. JUNYENT BAS y MOLINA SANDOVAL, “Nuevas reformas...”, *op. cit.*, pág. 1112.

De esta forma el salvataje de la empresa relega a un segundo plano al interés de los acreedores –y, aunque es bueno reconocer que éste no ha desaparecido–; sin embargo, la conservación de la empresa mantiene latente ese interés¹⁹³⁰.

El *Chapter 11* de la ley norteamericana, la *Loi de sauvegarde des entreprises* del derecho francés, el art. 1º de la Ley de Concursos Mercantiles de México¹⁹³¹, la ley 2495 de Reestructuración voluntaria de Bolivia, entre tantas otras normas que pueden encontrarse en el derecho comparado, ponen el asiento en la finalidad reorganizadora de la empresa, separando el empresario de la hacienda de la que es titular¹⁹³² cuando éste no ha podido reorganizar el negocio y superar, de esta forma, la crisis patrimonial.

Como fuera referido por CÁMARA siguiendo el pensamiento del profesor español JIMÉNEZ SÁNCHEZ: «el concurso debe ser un medio para curar enfermos, y no un simple expediente para –con mayor o menor dignidad– enterrar cadáveres»¹⁹³³, aunque para ello, bueno es mencionar, sea preciso diagnosticar a tiempo la causa del mal y prescribir oportunamente el remedio adecuado.

Salvar la empresa de la quiebra, reorganizar sus sistemas de producción, comercialización o industrialización o simplemente, reestructurar su pasivo para evitar la no deseada liquidación de los activos, son los objetivos que persigue todo régimen de insolvencia, y el régimen concursal argentino se encuentra consustanciado con esta idea.

¹⁹³⁰ Cfr. DASSO, “Un ‘nuevo’ Derecho Concursal...”, op. cit., pág. 957.

¹⁹³¹ Artículo 1º. La presente ley es de interés público y tiene por objeto regular el concurso mercantil. Es de interés público conservar las empresas y evitar que el incumplimiento generalizado de las obligaciones de pago ponga en riesgo la viabilidad de las mismas y de las demás con las que mantenga una relación de negocios.

¹⁹³² Cfr. HOUIN, Roger, *Innovations de la loi française en matière de faillite et de procédures collectives, ou idées nouvelles dans le droit de la faillite*, Louvaine, Bruxelles, (1969), pág. 169; OLIVENCIA RUÍZ, Manuel, *El Derecho Concursal: Modernas Orientaciones y Perspectivas de Reforma* en “La Reforma de la Legislación Mercantil”, ed. Civitas, (1979), pág. 315-352; BISBAL MÉNDEZ, Joaquín, *La Empresa en Crisis y el Derecho de Quiebras (Una aproximación económica y jurídica a los procedimientos de conservación de empresas)*, pub. del Real Colegio de España, Barcelona, (1986), pág. 34.

¹⁹³³ CÁMARA, op. cit., vol. III-B, pág. 670.

§ 5. CONSERVACIÓN PROVISORIA O DEFINITIVA DEL NEGOCIO

El sistema concursal argentino refiere en diversos estadios a la continuación inmediata (art. 189, LCQ) y continuación provisoria (arts. 190 y 191, LCQ) de la explotación, la que puede convertirse en definitiva si existen permanentes renovaciones representando, cada una de ellas, una forma particular de conservación de la empresa.

Apostillando, en el derecho comparado, el derecho inglés utiliza la frase *continuance of carrying on business* para referirse al negocio que debe proseguir, cuando ello resulta necesario para mantener una actividad económica. Por otra parte, la *legge falimentare* italiana admite la posibilidad de que el tribunal disponga la continuación provisoria de la empresa, limitada a una rama de la hacienda si de la interrupción pudiere derivarse un daño grave y un perjuicio adverso a los acreedores (art. 104, LF).

El art. 189 de la ley 24.522 admite, ya no excepcionalmente (ley 26.684), que el síndico pueda continuar en forma inmediata con la explotación de la empresa o alguno de sus establecimientos: “si de su interrupción, paralización o inmovilación temporal pudiera resultar con evidencia un daño grave al interés de los acreedores y a la conservación del patrimonio”. La ley 26.684 introdujo un justificativo más a éste decálogo de motivaciones para proseguir con la actividad, el cual se sostiene en “la conservación de la fuente de trabajo (...) si las dos terceras partes del personal en actividad o de los acreedores laborales, organizados en cooperativa, incluso en formación, la soliciten al síndico o al juez”¹⁹³⁴.

¹⁹³⁴ Art. 189. “Continuación inmediata. El síndico puede continuar de inmediato con la explotación de la empresa o alguno de sus establecimientos, si de la interrupción pudiera resultar con evidencia un daño grave al interés de los acreedores y a la conservación del patrimonio, si se interrumpiera un ciclo de producción que puede concluirse o entiende que el emprendimiento resulta económicamente viable. También la conservación de la fuente de trabajo habilita la continuación inmediata de la explotación de la empresa o de alguno de sus establecimientos, si las dos terceras partes del personal en actividad o de los acreedores laborales, organizados en cooperativa, incluso en formación, la soliciten al síndico o al juez, si aquél todavía no se hubiera hecho cargo, a partir de la sentencia de quiebra y hasta cinco (5) días luego de la última publicación de edictos en el diario oficial que corresponda a la jurisdicción del establecimiento. El síndico debe ponerlo en conocimiento del juez dentro de las veinticuatro (24) horas. El juez puede adoptar las medidas que estime pertinentes, incluso la cesación de la explotación, con reserva de lo expuesto en los párrafos siguientes. Para el caso

Cuando el legislador hace referencia a que la “conservación de la fuente de trabajo” autoriza la continuación inmediata “si el personal en actividad o acreedores laborales organizados en cooperativa lo solicitan”, no significa que de no existir éste pedido, el síndico no pueda proseguir con las actividades de la empresa, sino que tal motivación permitirá *ex post* autorizar la continuación a la cooperativa de trabajo que se forme, para lo cual ésta deberá dar cumplimiento a las exigencias establecidas en el art. 190 del régimen de quiebras (ley 26.684).

El fin que persigue el legislador es evitar que un proceso económico (que se inicia con la elaboración y producción, y concluye poniendo a disposición del consumidor el producto final) que se encuentra en curso, como por ej. cosecha de materia prima, producción de un determinado bien, finalización de una obra, etc., genere mayores perjuicios que los que se desprenderían de su interrupción o paralización, con motivo en la declaración de quiebra.

Esta forma de continuación de la empresa resulta connatural a su conservación puesto que, si no existiera el instituto de la continuidad de la explotación, difícilmente pueda revertirse un proceso productivo paralizado, con lo que devendrían utópicas a futuro las posibilidades de vender la empresa en marcha (art. 190, LCQ) o como unidad (art. 204, LCQ).

En puridad de verdad, el sistema resulta útil y depara todos sus beneficios, siempre y cuando sea empleado en procesos en los que exista una empresa socialmente útil o económicamente viable. De lo contrario, se estaría conservando un proceso judicial más que un emprendimiento económico.

Si el negocio no es viable, como en el ejemplo que señalaba hace algún tiempo el profesor MAFFÍA: de la fábrica de sombreros cuando ya nadie usa sombreros; y el empresario no fue capaz de reconvertir la hacienda, la continuación de la explotación en aras de la conservación de la empresa es una apuesta al absurdo.

que la solicitud a que refiere el segundo párrafo el presente, sea una cooperativa en formación, la misma deberá regularizar su situación en un plazo de cuarenta (40) días, plazo que podría extenderse si existiesen razones acreditadas de origen ajeno a su esfera de responsabilidad que impidan tal cometido” (ley 26.684).

La conservación del emprendimiento debe tener como objetivo la recuperación definitiva de la empresa, sino todo el sistema de continuación de la explotación se convierte en una verdadera falsedad lógica que no tiene otro sentido que tornar cada vez más ilusorias las expectativas de los acreedores de ver cumplidas sus pretensiones de cobro.

Por ende, el fin de la continuación de la explotación (art. 190, LCQ) para lograr la recuperación definitiva del negocio, requiere: a) la existencia de una empresa socialmente útil o económicamente viable; b) la elaboración de un plan¹⁹³⁵; c) la decisión judicial de continuación sobre todo cuando exista un proceso de producción en curso; d) el mantenimiento de la explotación sin contraer nuevos pasivos, salvo los necesarios para el giro del establecimiento (art. 190 inc. 1º, LCQ, ley 26.684); e) la activa participación de los administradores y trabajadores en el desarrollo del programa y f) el plazo de duración al que se sujetará el proyecto, el que puede renovarse, cuando surjan indicios suficientes de que con el mantenimiento de la actividad es posible dar satisfacción al interés de los acreedores y terceros.

La conservación de la empresa no se logra simplemente utilizando mecanismos procesales previstos en las normas de fondo o de forma. Para superar la insolvencia se requiere de la activa y permanente participación de todos los interesados: los administradores y socios (en el caso de las personas jurídicas), los trabajadores, el Estado (a través de sus diversos organismos) y los acreedores (por conducto del comité de control), quienes con su aporte permitirán avanzar hacia la superación final y no meramente temporal de la empresa.

De esta forma se torna operativa la disposición normativa que permite la venta de la empresa o algunos de sus establecimientos en marcha (art. 190, LCQ), por los beneficios que ello genera a todos los interesados como consecuencia del incremento del valor de venta de los activos, lo cual permite su conservación como unidad de negocio.

¹⁹³⁵ Cfr. RUBIN, Miguel E., *Algunas reflexiones sobre la continuación de la actividad de la empresa en quiebra*, L.L. 1987-B-913.

§ 6. BREVE ESQUICIO SOBRE EL INTERÉS DE LOS ACREEDORES VS. LA CONSERVACIÓN DE LA EMPRESA

La metamorfosis que sobrellevó el derecho concursal a lo largo de su evolución desde su nacimiento, parece no haber tocado fondo, sobre todo si se repara en que hace no más de 60 años, la ley de *legge falimentare* italiana (1942) consideraba a los acreedores de interés público, con lo que puede admitirse que desde los albores del desarrollo del derecho falimentario, la protección del interés de los acreedores ocupaba el vértice de la pirámide¹⁹³⁶.

En diversos fragmentos de la ley concursal se hace referencia al interés de los *accipiens* con diversa intensidad. Así por ej. cuando establece la prohibición de modificar la situación de los acreedores por causa o título anterior a la presentación concursal (art. 16, LCQ); al declarar la ineficacia de pleno derecho de los actos realizados en violación a la prohibición de alterar la situación de los acreedores de causa o título anterior a la presentación (art. 17, LCQ); al admitir una propuesta de acuerdo que importe la administración de todos o partes de los bienes en interés de los acreedores (art. 43, LCQ); en el supuesto de repudiación de la herencia en lo que exceda el interés de los acreedores (art. 111, LCQ); cuando se solicita autorización para efectuar el pago del crédito hipotecario o prendario, cuando la conservación del bien importe un beneficio evidente para los acreedores (art. 126, LCQ); en caso de quiebra de la sociedad al exigir la integración de los aportes no realizados por los socios (art. 150, LCQ); al ordenar la continuidad inmediata de la explotación si de su interrupción pudiere ocasionarse un daño grave para los acreedores y a la conservación del patrimonio o resultare conveniente para preservar las fuentes de empleo (art. 189, LCQ, ley 26.684), aunque en otros fragmentos –indirectamente– se hace mención a la utilidad que ciertas situaciones pueden presentarse para los acreedores: *v. gr.* la declaración de ineficacia de ciertos actos y la remisión automática de la causa a laalzada a los fines de confirmar o modificar los honorarios regulados por el juez del concurso (arts. 121 y 272, LCQ).

¹⁹³⁶ Cfr. MAFFÍA, Osvaldo J., *El juez del concurso (VIII). La supuesta ejecución colectiva y el rol discriminante del síndico*, E.D. 183-1305 (1999)

El interés de los acreedores es un valor que subyace en cualquier legislación de quiebras puesto que el crédito es consustancial a la preservación de las fuentes de trabajo, mantenimiento del empleo y crecimiento económico; sin embargo, el interés de los acreedores compete con el interés del concurso o con el de mayor peso: el de la conservación de la empresa, puesto que en la continuación de las actividades del concursado y la conservación de la hacienda, subyace el interés de los acreedores y la integridad del patrimonio.

Ahora bien, en este delicado equilibrio entre diversos intereses en juego, únicamente, la veracidad en la información, adecuados sistemas de control y una conveniente y elaborada planificación, permitirán hacer realidad la protección del crédito¹⁹³⁷ sin menoscabo de la conservación de la empresa.

Si el interés por la protección del crédito prevalece sobre la conservación de la empresa se perjudican los otros intereses (trabajadores, fisco, proveedores, etc.); por ello, el conflicto existente entre el grupo de acreedores y aquellos beneficiados por la continuación no se resuelve en posiciones dogmáticas incontrovertibles sino que, en cada caso, el juez deberá ponderar cuando es conveniente el saneamiento de la empresa a costa de los acreedores y cuando debe sacrificarse ésta en interés de éstos.

Esta difícil tarea de balanceo se sostiene con ingentes dosis de prudencia, equidad y justicia, ya que no puede extrañar que en la ponderación del interés por la empresa, algún sacrificio deba esperarse de los acreedores. No debe olvidarse que –tal como lo mencionara el maestro ALEGRÍA– la prudencia siempre exige una adecuada ponderación: el jurista no es un economista ni un sociólogo ni un filósofo y, para ello, debe requerir la colaboración de los especialistas de las otras áreas del saber¹⁹³⁸.

Esta forma de ver la solución de diversos intereses (acreedores vs. empresa) es la que mayores beneficios puede deparar, ya que ha sido demostrado que la realización de bienes, nunca permite obtener sublimes ventajas para el conjunto de los intereses que cualquier legislación de insolvencia esta obligada a resguardar; por cuanto, la finalidad ínsita en la

¹⁹³⁷ Cfr. IGLESIAS, José A., *La filosofía de la ley de concursos y quiebras*, L.L. 1995-E-1188.

¹⁹³⁸ Cfr. ALEGRÍA, Héctor, *Algunas cuestiones de derecho concursal*, ed. Abaco de Rodolfo Depalma, Bs. As., (1977), pág. 49.

ley de concursos tiende a abrigar no sólo el interés de los acreedores y del deudor, sino además, la de todos aquellos sujetos que puedan encontrarse interesados en el mantenimiento de una fuente de producción y trabajo¹⁹³⁹.

El derecho concursal ha evolucionado desde la protección a ultranza de los acreedores a la conservación extrema de la empresa al punto que, en ciertas épocas, estaba prohibido quebrar (cfr. art. 11, ley 25.563). La evolución del derecho concursal demuestra que asistimos a un juego de equilibrios en el que prevalece la conservación de la empresa socialmente útil y económicamente viable, por cuanto esta forma de ver la insolvencia depara mayores beneficios que los que otorga la protección del interés de los acreedores *lato sensu*.

Como Escila y Caribdis para la mitología griega, hoy: los acreedores y la empresa, no representan dos peligros, de forma tal que alejarse de uno permite caer en el otro. En la elección por uno de ellos debe ponderarse el interés general y en él, la empresa, posee mayor peso específico.

Lo que resulta necesario puntualizar es que en los procesos universales no se encuentran en juego meros intereses individuales, sino el interés de la totalidad de la masa de acreedores y la suerte, en definitiva, de la empresa se encuentra ínsito en ello¹⁹⁴⁰. El consuelo de satisfacer lo mejor posible a los acreedores concursales mediante la venta de los restos del patrimonio del *decoctor* importará obtener una victoria a lo Pirro: para terminar con una enfermedad se elimina a todos los enfermos¹⁹⁴¹ y, tal forma de solucionar la insolvencia, conspira en contra de la perdurabilidad del ente¹⁹⁴² y los principios que inspiran la legislación concursal.

¹⁹³⁹ CNCom., sala A, “Bingo 35 S.A.”, L.L. 2000-A-169.

¹⁹⁴⁰ Cfr. VÍTOLO, Daniel Roque, *El pago por subrogación y la cesión de créditos en el concurso preventivo*, ed. Ad-Hoc, (2008), pág. 137. El autor realiza un comentario al fallo “Solares de Montes de Oca S.A. s/concurso preventivo”, JNCom. n.º 20, agosto de 2004.

¹⁹⁴¹ Cfr. RUBIN, *op. cit.*, pág. 913.

¹⁹⁴² CNCom., sala E, “Minucci, Alicia Elvira c. La Colonial Berazategui S.A. s/ordinario”, eIDial.com - AA5F22.

§ 7. FORMAS DE REALIZACIÓN DE LA EMPRESA PARA LOGRAR SU CONSERVACIÓN

Como expresaba EINSTEIN: “no podemos resolver problemas usando el mismo tipo de pensamiento que usamos cuando los creamos”, por ende, cuando el deudor se presentó en concurso preventivo o pidió su declaración de quiebra como recurso para superar la insolvencia, deben encontrarse otras formas de solucionar la crisis de la empresa, cuando todos los mecanismos para evitar la liquidación han fracasado.

Existen diversas alternativas que tienden a proteger a la empresa y evitan su desmembramiento previstas en la legislación concursal. Una es la venta de la empresa en marcha (art. 190, primer párrafo, LCQ) y otra, es la venta de la empresa como unidad (art. 204 inc. b, LCQ).

Ambos procedimientos no son excluyentes y se complementan unos a otros con una sutil diferenciación, la venta de la empresa en marcha posee un valor agregado que la venta de la empresa como unidad no presenta, ello es, la presencia de los sistemas de producción, comercialización, industrialización o explotación, en pleno funcionamiento.

El magistrado al momento de evaluar la continuación de la empresa fallida debe tener en consideración la conciliación de los más variados intereses, esto es, la conservación de la fuente de trabajo, con lo cual la ley protege el interés de los trabajadores en resguardar su fuente laboral y el interés de los acreedores tendiente a que los bienes sean realizados buscando alcanzar el mayor valor posible¹⁹⁴³, lo cual se puede perpetrar a través del síndico o de la cooperativa de trabajo.

Por ende, la enajenación de la empresa a través de la continuación de la explotación por intermedio de la sindicatura o bien de la cooperativa de trabajo, tiende a cumplir con el consabido interés en conservar la empresa.

¹⁹⁴³ Cfr. CNCom., sala C, “Cidec Compañía Industrial del Cuero S.A. y otro s/quiebra”, M.J. JU-M-19081-AR.

7.a) Enajenación de la empresa en marcha

La reforma introducida a la ley concursal 19.551 por la ley 22.917, pretendió hacer efectiva las diversas posiciones de la doctrina que reclamaban la implementación de un mecanismo legal que permitiera la continuación de la explotación de la empresa en quiebra, para concederle a esta, un aire más de vida.

Infortunadamente, salvo honrosas excepciones, el instituto no dio los frutos esperados, en particular, por cuanto el sujeto que normalmente interviene en la continuación es el síndico, quien muchas veces no posee la formación necesaria para pasar de profesional de las ciencias económicas (art. 253, LCQ) a empresario; con mayor razón la posición del juez, el que normalmente no es versado en cuestiones empresariales (por lo que una futura reforma a la legislación concursal, debería contemplar juzgados especializados en recuperación o reorganización de empresas). A todo ello se suma, la ausencia de organización, esto es, de un equipo de sujetos con conocimiento en diversas áreas del quehacer de la hacienda, preparados, mediante reuniones periódicas, que interactúan, intercambian ideas y toman decisiones para resolver la complejidad que significa la empresa como un todo¹⁹⁴⁴.

De allí se desprende que para que la continuación de la explotación pueda generar la máxima satisfacción: venta de la empresa en marcha; resulta imperioso que la prosecución de las actividades de la empresa fallida esté adecuadamente preparada y diagramada. De lo contrario, vanos serán los intentos de lograr la tan ansiada venta de la empresa en funcionamiento.

Cuando el art. 190 *in fine* de la ley de quiebras se refiere a la venta de la empresa en marcha (caminando, en pleno funcionamiento de sus órganos de producción), lo hace para describir la forma en que el legislador entiende que debe culminar el proceso judicial. Esto es, que la realización de los bienes –en aras de poder hacer realidad la continuidad futura del negocio– debe concluir con los órganos de producción caminando

¹⁹⁴⁴ Cfr. CÁMARA, *op. cit.*, vol. III-B, pág. 893, nota 325.

y, en este sentido, en marcha significa: “actividad o funcionamiento de un mecanismo, órgano o entidad”¹⁹⁴⁵, esto es, en pleno funcionamiento.

CÁMARA siguiendo el pensamiento de LOZA sostiene que una empresa es un todo complejo de actividades de todo orden; para lo cual resulta imprescindible contar con capacidades especiales para poder concluir con éxito un proyecto¹⁹⁴⁶ y, si quienes conociendo el negocio llevaron la empresa a la quiebra, cuando todavía podían disponer de crédito y buen nombre, cabe interrogarse: ¿que hace suponer que ahora será distinto? cuando la empresa carece de algunos de los siguientes elementos: organización, conducción, liderazgo, crédito, prestigio, conocimiento, etc., por sólo nombrar algunos.

Ciertamente, si el síndico no cuenta con la colaboración de expertos, la ayuda y participación del *debitor* (órgano de administración o el sujeto que la dirige), una adecuada planificación y un proyecto de recursos y gastos, la tarea –cuanto menos– se torna de cumplimiento imposible.

La conveniencia de vender la empresa como unidad es manifiesta, cuando está en funcionamiento o es factible ponerla en marcha¹⁹⁴⁷. De lo contrario, si las partes que componen el todo no contribuyen a que esta pueda caminar, se torna abstracta toda idea de consumir la tan deseada conservación de la unidad productiva.

Pero, también la idea de empresa en marcha posee relación con la situación futura de los trabajadores, ya que si la empresa al momento de ser enajenada se encuentra en pleno funcionamiento, es dable presumir que quien resulte adjudicatario de ésta, cuanto menos, trate de proseguir con el negocio, aunque no resulte sucesor de todas las obligaciones adeudadas al trabajador sino, únicamente, de aquellas devengadas durante el período de continuación de la explotación (art. 199, LCQ, ley 26.684).

Ahora bien, dentro de este esquema de continuación de la explotación y venta de la empresa en pleno funcionamiento, en el exiguo plazo –impracticable en la praxis– de cuatro meses de dictada la sentencia de quiebra (art. 217, LCQ), resulta indispensable que los acreedores con pri-

¹⁹⁴⁵ Tercera acepción el vocablo “marcha”. Diccionario de la Real Academia Española, (22ª edición), ed. Espasa-Calpe.

¹⁹⁴⁶ Cfr. CÁMARA, *op. cit.*, vol. III-B, pág. 893, nota 327.

¹⁹⁴⁷ Cfr. Capel.Civ. y Com.Lab.yMin. General Pico, “Banco de la Nación Argentina c. Tamagnone S.A.C.I.A.F.”, LLPatagonia 2006-613 - IMP 2006-21-2715.

vilegio especial detengan, paralicen o suspendan la prosecución de las acciones tendientes a realizar el bien o bienes sobre los cuales se asienta el privilegio (art. 209, LCQ) puesto que, de esta manera, podrán ver mejor realizadas sus expectativas de cobro (*vide*, Capítulo IX § 13.c). En efecto, la empresa en movimiento, con toda su capacidad operativa, a pleno, posee un valor residual excedente que incrementa su valor de reventa, a contrario de lo que sucede si la misma se encontrara detenida o paralizada.

No se trata de postergar *sine die* los derechos de los acreedores, sino de priorizar una forma de enajenación que resulta connatural con la conservación de la empresa, en la que los acreedores, inclusive los privilegiados, podrán conjeturar con obtener mayores ventajas.

7.b) Venta de la empresa como unidad

Asimili con lo que postula nuestra legislación concursal, el art. 148 de la Ley de Concursos de España, los arts. 3 y 211 de la Ley de Concursos de México, el art. 67 de la Ley de Concursos de Colombia, el art. 450 del Código de Comercio de Bolivia¹⁹⁴⁸ disponen que en caso de enajenación deberá priorizarse aquella que contemple su venta como unidad económica, con lo que existe cierto consenso en que la venta de la empresa como unidad resulta una predilección del sistema concursal.

Conforme emerge del régimen falimentario (arts. 190 y 204, LCQ), la conservación de la empresa no significa que ella deba quedar, forzosamente, en manos del empresario (por aquello de que el deudor queda desposeído de sus bienes, pero no expropiado) que la llevó a la quiebra, sino que otra forma aunque con menores rindes –en particular para los acreedores laborales– puede ser la de la enajenación de la empresa como unidad, a favor de cualquiera que esté dispuesto a sanearla y reconvertirla.

¹⁹⁴⁸ Art. 450. *Preservación de la unidad de la empresa*. En caso de enajenación de la empresa por cualquier título, se preferirá la que se realice en bloque o unidad económica; de no ser posible, se efectuará en forma separada de sus distintos elementos. La calificación será hecha por el respectivo órgano administrativo de control. En la misma forma se procederá en caso de liquidación voluntaria o forzosa de la empresa. Código de Comercio de Bolivia, Decreto Ley 14.379 (1977).

Cuando la legislación concursal regula la forma de satisfacer el interés de los acreedores –a través de la liquidación de los bienes del fallido– cuando han fracasado las otras vías de solución, fija ciertas pautas en un estricto orden prioritario que no puede pasarse por alto. El art. 204 de la ley de quiebras dispone que la realización de los bienes debe llevarse a cabo respetando el siguiente orden de prelación: a) enajenación de la empresa, como unidad; b) enajenación en conjunto de los bienes que integran el establecimiento, en caso de no haberse continuado con la explotación; c) enajenación singular de todos o parte de los bienes. La misma norma deja a salvo la posibilidad de recurrir a más de una de las formas de liquidación cuando el interés del concurso o circunstancias especiales así lo requieran.

En la forma de realización de los bienes debe preferirse aquella que establezca la venta de la empresa como unidad aunque el mecanismo pueda complementarse o combinarse con otra de las formas de liquidación de los activos (enajenación en conjunto o singular de los bienes). Esta modalidad no representa un *numerus clausus* y, cuando lo requiera el interés del concurso o circunstancias especiales, puede recurrirse en el mismo proceso a más de una de las formas de realización (art. 204, *in fine*, LCQ).

Excepcionalmente, el magistrado podrá obviar el orden preestablecido en el art. 204 de la ley falimentaria cuando se demuestre fundadamente –previo análisis y propuesta del síndico– que la ejecución separadamente de bienes gravados u otros que determine, resulta más conveniente para la mejor realización de los activos (art. 207, LCQ)¹⁹⁴⁹ y para el interés del concurso.

La conservación de la empresa, únicamente, puede tener concreción práctica si la misma es preservada en bloque, a pesar de que no se encuentren en funcionamiento sus sistemas de producción, elaboración, comercialización o industrialización; puesto que de esta forma, resulta mayormente probable que la puesta en marcha de la misma tienda a la concreción de tal anhelo. La aseveración de que la empresa por no estar en actividad no puede ser vendida en bloque o como unidad, resulta un desacierto toda vez que tal situación fáctica (empresa en marcha), repre-

¹⁹⁴⁹ Cfr. CApel.Civ. y Com., Lab. y Min. General Pico, “Banco de la Nación Argentina c. Tamagnone S.A.C.I.A.F.”, LLPatagonia 2006-613 - IMP 2006-21-2715.

senta una plusvalía para el interés de los acreedores, pero no un justificativo para disponer su realización mediante otro procedimiento que, en definitiva, impida concretar la preservación de la hacienda.

Este criterio debe prevalecer, inclusive, cuando existen bienes gravados (arts. 126 y 209, LCQ), toda vez que la venta de la unidad del negocio en el que se encuentran inmersos el conjunto de todos los bienes que lo integran, siempre deparará un mayor valor que el que pueda obtenerse con la venta en forma individual de cada uno de ellos. Las posibilidades de poner en funcionamiento (incluso las meras expectativas de hacerlo en un futuro mediato) poseen entidad suficiente para hacer jugar esta forma de liquidación del patrimonio, lo cual redundará, en definitiva, en un beneficio para los *creditors* como destinatarios finales de todo proceso de quiebra.

Esta idea coincide, inclusive, con las líneas rectoras para los sistemas de insolvencia dictadas por el Banco Mundial en su documento de abril de 2001, entre los que se sugiere: "...evitar el desmembramiento prematuro del activo del deudor por los acreedores individuales que persiguen sentencias rápidas". En la misma directriz, la UNCITRAL¹⁹⁵⁰ estableció entre sus ideas rectoras: "...e) prevenir todo desmembramiento prematuro de la masa patrimonial del deudor por sus acreedores...", con lo que la idea germinal de venta de la empresa como un todo posee sustento normativo y doctrinario, tanto en el derecho nacional como en el derecho comparado.

7.c) El acuerdo por cesión de bienes (*un ritorno non tanto desiderato*)

Nuestra legislación concursal (ley 24.522, t.o. 1995) no tiene previsto en caso de quiebra el acuerdo por cesión de bienes, a la inversa de lo que ocurría en la ley 11.719 y la regulación explícita que de él se hizo en la ley 19.551¹⁹⁵¹. Sin perjuicio de ello, en el trámite de concurso preventivo (art. 43, LCQ) el deudor puede convenir con los acreedores –como

¹⁹⁵⁰ UNCITRAL (*United Nations Commission on International Trade Law*). En particular, el "Proyecto de guía legislativa sobre el régimen de la insolvencia".

¹⁹⁵¹ Cfr. MARTORELL, *op. cit.*, t. I, pág. 125.

parte integrante de la propuesta concordataria— la entrega de bienes a los acreedores lo que en principio no podría realizar en el proceso de quiebra.

A través de este procedimiento se intentaba poner fin a la insolvencia del deudor, lo cual se cumplía mediante la entrega de la totalidad o de la mayor parte de los bienes del *cessatus* (art. 76, ley 19.551). El trámite se iniciaba con la elaboración de un inventario valorado y detallado de los bienes, con indicación precisa de los criterios empleados para realizar la valuación de cada uno de los activos, pudiendo incluso designar expertos para la realización de la tarea (art. 77, ley 19.551), concluyendo el *iter* con la homologación que disponía la entrega de los bienes a los acreedores.

El trámite no era tan sencillo puesto que uno de los recaudos previstos en el ordenamiento —para el supuesto de concurso de personas jurídicas— era contar con la aprobación de la mayoría de socios suficiente para modificar el contrato social (esto es, una mayoría agravada), lo cual de por sí ya presentaba cierto obstáculo. La ley, asimismo, establecía un mínimo que representaba cierto escollo para la conservación de la empresa y era que los bienes cedidos debían cubrir la totalidad de los créditos privilegiados y los gastos de justicia, debiendo contemplar, por lo menos, el pago del 40% de los créditos quirografarios (art. 80, ley 19.551).

Una vez presentada la propuesta, los acreedores quirografarios debían resolver la forma de disponer de los bienes, ya sea formando sociedad por acciones entre ellos, vendiéndolos en conjunto o separadamente o por cualquier otro medio, lo cual se decidía bajo las mismas condiciones que la votación del acuerdo (art. 79, ley 19.551).

Los inconvenientes que presentaba el acuerdo por cesión de bienes eran: a) que estaba previsto para el concurso preventivo y no para la quiebra; b) era pesado y complejo, presentaba dificultades y contradicciones que no era fácil resolver...¹⁹⁵² y c) conspiraba contra ciertos dispositivos instrumentales que imperan en los procesos concursales, como son simplificación y eficiencia en la liquidación de los activos.

A criterio del ilustre maestro ALEGRÍA a través de este mecanismo (cesión de bienes) se conseguía preservar la hacienda, impidiendo de esta forma el incremento de los costos operativos, economizando los gastos

¹⁹⁵² Cfr. CÁMARA, *op. cit.*, vol. III-B, pág. 489.

del concurso en aras de alcanzar un acuerdo con los acreedores cuando el deudor no cuenta con los recursos necesarios para seguir al frente del negocio¹⁹⁵³. En una posición opuesta, el insigne DASSO afirma que la adjudicación de bienes para el deudor *honesto ma sventurato* no tenía fácil explicación, cuando se sometía a éste a una decisión de los acreedores¹⁹⁵⁴.

El *Code de Commerce* francés en el art. 620 dispone: “El procedimiento de insolvencia tiene por objeto permitir la continuidad del funcionamiento de la empresa, el mantenimiento del empleo y la aprobación de la gestión de los pasivos... La liquidación a fin de resolver los negocios de la compañía o realizar los bienes del deudor, se realiza por una asignación separada o global de sus derechos y de la propiedad”.

Si bien es cierto que la figura en nuestro sistema jurídico no dio los resultados esperados, la misma es de utilidad –a los fines de la conservación de la hacienda– cuando han fracasado las otras formas de solución del pasivo. En efecto, si el deudor no ha tenido la posibilidad de poder reorganizar la empresa y el síndico tampoco en la etapa de quiebra, el juez podría disponer la apertura de inscripción de acreedores interesados en continuar con la actividad productiva –como paso previo a la liquidación de los bienes– a los efectos de que estos manifiesten su interés en proseguir con la actividad, mediante la entrega de bienes en pago de sus créditos.

Para ello, acreditado que fuera la existencia de una unidad económica, el juez deberá contar con la previa estimación del valor aproximado de la empresa, los acreedores que estarían dispuestos a recibir los bienes en pago y la forma en que esta modalidad permitiría cancelar el pasivo, con lo que se haría realidad la conservación de la actividad útil y se liberaría al deudor de los compromisos asumidos, permitiendo una rápida y eficaz rehabilitación (*fresh start*). De esta forma se podrían resguardar todos los intereses, los de la empresa en su mantenimiento, los de los acreedores en su satisfacción y los de el deudor en su rehabilitación, con lo que la solución se asemejaría a la hipótesis de cumplimiento del con-

¹⁹⁵³ Cf. ALEGRÍA, *op. cit.*, pág. 197-198.

¹⁹⁵⁴ DASSO, Ariel Ángel, *Quiebras. Concurso Preventivo y Cramdown*, ed. Ad-Hoc, Bs. As., (1991), t. II, pág. 31.

curso, con la salvedad en que en esta el deudor se desprende de su patrimonio en una suerte de expropiación consentida.

No escapará al lector, que existen otras formas de realización de bienes, como son, la venta singular (art. 208, LCQ) y la venta directa (art. 213, LCQ) cuya utilización excepcional es de interpretación restrictiva, a la que se debe recurrir sólo, cuando han resultado infructuosos todos los intentos de realizar los bienes por medio de las modalidades preferidas por la ley¹⁹⁵⁵ o, cuando se trata de la venta de cosas en las que no existe el elemento: empresa.

Teniendo en cuenta que la figura presenta cierta resistencia en la doctrina, la misma podría representar el último hábito para sostener la hacienda, siempre y cuando, la cesión se realice en bloque de todos los elementos que la integran.

7.d) La adquisición de la empresa por compensación de créditos por medio de la cooperativa de trabajadores

Antes de la reforma introducida por ley 26.684 a la Ley de Concursos y Quiebras (24.522), la única posibilidad que tenía un acreedor para hacer valer un crédito a los fines de adquirir un bien en subasta de titularidad del fallido por medio de la compensación de su acreencia, era mediante la justificación de que su crédito poseía garantía real (art. 211, LCQ).

A partir de la modificación operada al régimen concursal (ley 26.684), la cooperativa de trabajadores se encuentra habilitada para solicitar la adquisición de los activos de la empresa fallida por vía de compensación, para lo cual, podrá hacer valer en el procedimiento de liquidación (art. 205, LCQ) los créditos que le asisten a los trabajadores de esta, de conformidad a lo dispuesto en los arts. 241 inc. 2º y 246 inc. 1º de la ley concursal. En este supuesto, el monto correspondiente a las indemnizaciones del personal será calculado, a los fines de la compensación, de conformidad con lo establecido en el art. 245 de la ley 20.744 (t.o. 1976), los estatutos especiales, convenios colectivos o contratos individuales,

¹⁹⁵⁵ CNCom, sala B, Goldin, Julio s/quiebra, L.L. 1999-D-462.

según el que resultare más favorable a los trabajadores (art. 203 bis, LCQ, ley 26.684).

En primer lugar, la disposición normativa se diferencia de las prescripciones establecidas en los arts. 189, 190 y 191 bis del régimen falencial (ley 26.684) que requieren para la continuidad inmediata de la explotación, la previa solicitud efectuada por los trabajadores en relación de dependencia que representen las dos terceras partes del personal de la fallida, los que deberán actuar bajo la forma de una cooperativa de trabajo (incluso, puede serlo en formación) a los fines de obtener la adjudicación de la empresa o alguno de sus establecimientos (art. 205, LCQ, ley 26.684).

El cambio de criterio se entiende por cuanto, mientras en los supuestos de continuación inmediata de la explotación se requiere la conformidad de –por lo menos– un 66,66% del personal en actividad o de los acreedores laborales, en caso de adquisición de la empresa, los trabajadores deben ceder sus créditos a la cooperativa, lo cual pueden hacer en forma total o parcial, a los efectos de hacerlos valer por vía de compensación en la adquisición de la empresa (art. 205, LCQ).

Operándose la cesión de los créditos a favor de la cooperativa no resulta imprescindible que “las dos terceras partes” del personal o de los acreedores laborales endose sus créditos a favor de ésta sino que, resulta suficiente que un grupo de éstos tome la iniciativa de hacerlo, a los fines de hacerlos valer por vía de compensación para la adquisición de la empresa (arts. 203 bis y 205 inc. 2º, LCQ, ley 26.684), lo cual resulta coherente, toda vez que puede suceder que parte del personal haya sido desafectado de continuar en la empresa a mérito de la reorganización de tareas realizada por el síndico (art. 197, primer párrafo, LCQ).

La normativa falencial habilita a que los trabajadores de la fallida compensen sus créditos, sin hacer referencia alguna a los acreedores de ésta. Ergo, cabe el interrogante: ¿los acreedores laborales de la quebrada están habilitados para integrar la cooperativa mediante compensación de sus acreencias? La respuesta debe ser afirmativa, por cuanto no podría explicarse que el legislador discrimine donde la ley no lo hace (art. 2, ley 20.337)¹⁹⁵⁶, por cuanto el espíritu que impregna la reforma es que los

¹⁹⁵⁶ Art. 2 ley 20.337: “Las cooperativas son entidades fundadas en de esfuerzo propio y la ayuda mutua, para organizar y prestar servicios, que reúnen los siguientes caracteres:... inc. 7º)

acreedores-trabajadores gocen de la posibilidad de integrar un sujeto distinto en aras de lograr la adjudicación de la empresa.

Por otro lado, si bien es cierto que el art. 818 del Código Civil habilita a compensar las obligaciones existentes entre dos sujetos que reúnen la calidad de acreedor y deudor, recíprocamente, no menos cierto es que la cooperativa de trabajadores conformada para participar en la adquisición de los activos (art. 203 bis, LCQ) no es acreedora o deudora de la fallida. Sin embargo, haciendo una interpretación integrativa de las disposiciones concursales, debe aceptarse que la cooperativa representa el interés de los trabajadores, cuyo capital se encuentra –precisamente– conformado por los aportes realizados por éstos.

Resulta correcta la eliminación de la prohibición establecida en el art. 211 de la ley 24.522 en caso de que la cooperativa requiera la adjudicación de la empresa, por cuanto debe aceptarse que los trabajadores –quienes aportan la indemnización que les corresponda por los años de servicios prestados– no contarán con otros fondos que no sean los provenientes de la antigüedad en el empleo para imputarlos como pago a cuenta del precio de adquisición de la empresa (art. 205, LCQ, ley 26.684).

Esta forma de razonar del legislador resulta coherente con el principio de preservación del empleo consagrado ahora legislativamente en el artículo 189 de la ley concursal (ley 26.684) que *expressis verbis* justifica la continuación inmediata de la explotación en la “conservación de la fuente de trabajo”.

La *nuova legge* 26.684 exhibe un tinte social que la aleja del espíritu que impregnara a todas sus predecesoras, permitiendo que los trabajadores se conviertan en el instrumento de la propia solución concursal, al admitir la participación de estos en la adquisición de la hacienda. Resta por saber si la experiencia permitirá compatibilizar los intereses que los propios trabajadores manifestaran a la hora de concretar la cesión de sus pretensiones creditorias (art. 203 bis, LCQ, ley 26.684).

El interés de los acreedores laborales posee un valor que es consustancial a la preservación de las fuentes de empleo y, siempre que esto conlleve a la conservación de la hacienda y la continuidad del negocio se

No tienen como fin principal ni accesorio. La propaganda de ideas políticas, religiosas, de nacionalidad región o **raza**, ni imponen condiciones de admisión vinculadas con ellas...”

vislumbra que la solución alcanzada por el legislador sería correcta; aunque cueste reconocerlo a desmedro de la protección del crédito.

El legislador ha profundizado el modelo cooperativista otorgándole mayores responsabilidades en la adopción de soluciones a la crisis de la empresa, permitiendo de esta forma la conservación de la hacienda. El tiempo y la praxis darán fiel testimonio de los beneficios que esta legislación dispensa –en especial a los trabajadores– en aras de proteger los diversos intereses en juego; los que superan con creces los laborales, exclusivamente.

7.e) La venta directa de bienes a la cooperativa de trabajadores

La ley 26.684 representó no solamente un cambio de criterio en la realización de bienes de la fallida, sino que también significó una profunda metamorfosis de la concepción filosófica de la quiebra, al introducirle aspectos sociales que antes no tenía, *v. gr.* la justificación de la continuación de la explotación en la “conservación de la fuente laboral” (art. 189, LCQ).

Al reformular los diversos dispositivos referente a la liquidación de los activos para *aggionarlos* a la intervención de la cooperativa de trabajo en la realización de bienes, el parlamentario reformuló el art. 213 del régimen concursal admitiendo la posibilidad de que ésta (el ente social) en el caso de que sea continuadora de la explotación, pueda adquirir los bienes que integran los activos de la fallida, cuando por su naturaleza, su escaso valor o el fracaso de otra forma de enajenación resultare de utilidad evidente para el concurso.

En este caso, la entidad integrada por los trabajadores y acreedores laborales de la fallida podrá requerir la adjudicación en forma directa de los bienes, para lo cual deberá ofrecer el valor base de tasación realizado por el síndico o el evaluador (art. 205 inc. 1º, LCQ).

Para el pago del precio, la cooperativa podrá utilizar los créditos (en forma total o parcial) que asisten a los trabajadores, correspondientes a las indemnizaciones que les correspondan y que gocen de privilegio especial o general, por aplicación analógica de lo dispuesto en los arts. 203 bis, 205 inc. 1º y 2º y 211 de la ley de quiebras.

Cuando la normativa falencial hace referencia a que la venta de bienes debe ser de “utilidad evidente para el concurso”, no significa que debe representar alguna ventaja para los acreedores, sino que resulta suficiente que ello lo sea para los trabajadores (reunidos en cooperativa), por el beneficio que, normalmente, puede traer aparejada la incorporación de un bien que resulte necesario para las actividades de la empresa.

La destinataria y favorecida de esta forma de adquisición de bienes, no es la empresa y, mucho menos, lo son los trabajadores, sino que es la propia cooperativa como continuadora de las actividades del *cessatus* la destinataria de los activos que se adquieran por vía del pago del precio o por compensación de los créditos que los propios obreros cedan en forma total o parcial a favor de ésta (art. 203 bis, LCQ, ley 26.684).

En apretada síntesis, la frustración en la realización de los activos cuando hubiere fracasado otra forma de enajenación, justifica plenamente la compensación y venta directa de estos a la cooperativa que se encuentra explotando los bienes de la fallida puesto que, de esta forma, se garantiza la cesión de los bienes a los mismos trabajadores del ente que integran, en caso de que estos resulten necesarios para el desarrollo del plan de explotación (art. 191 inc. 1º, LCQ, ley 26.684), lo cual permite, en cierta medida, mantener su unidad.

§ 8. ALGUNOS SUPUESTOS EXTRACONCURSALES PARA LA CONSERVACIÓN DE LA EMPRESA

Existen algunas hipótesis que encontrándose fuera del ordenamiento concursal, pueden convertirse en instrumentos idóneos para viabilizar la continuidad de la hacienda en aras de su preservación y superación del estado de crisis patrimonial.

Dejando a salvo que el crédito es el recurso por excelencia al que recurre el empresario para realizar inversiones o sortear dificultades económicas o financieras cuando el deudor no puede acceder al mismo, existen soluciones que en distintos ordenamientos y para distintos sujetos ha implementado el legislador como un mecanismo de salvataje de la empresa que se encuentra *in extremis*; no obstante, esta no es una alternativa que se encuentre al alcance de cualquier sujeto.

Algunas de estas alternativas serán desarrolladas en los párrafos que siguen.

8.a) Emergencia económica. Acceso al crédito

La ley 25.563 implementó en el art. 12 un dispositivo tendiente a eliminar restricciones bancarias para que los deudores concursados puedan acceder al crédito a través de una línea de redescuentos para entidades financieras que asistan a empresas en estado de insolvencia, que se encuentren en la etapa de propuesta de acuerdo (art. 43, LCQ) y que tengan por efecto asegurar a los concursados el acceso al crédito; a los fines de que estos puedan efectuar una propuesta razonable y viable, lo cual será meritado por la entidad bancaria.

Concomitante con esta disposición, el art. 12 *in fine* de la ley 25.563 eliminó todo tipo de restricción a la libre contratación por parte de empresas concursadas o aquellas con continuidad empresaria con el Estado Nacional, siempre y cuando éstas reúnan la exigencias requeridas por éste. El dispositivo es confuso por cuanto en un primer momento hace referencia al deudor concursado y en otro se refiere a la asistencia de empresas concursadas. A lo que cabe el interrogante: ¿cuál es el sujeto al que se intenta asistir, la persona (física o jurídica) o el ente (la empresa)?

Más allá de digresiones terminológicas, el objetivo perseguido es la asistencia a la empresa, por distintas razones: a) una de ellas es la separación que existe entre la empresa (organización, actividad) y el empresario (persona), contando la primera con mayores recursos para superar la crisis que la aqueja; la otra, b) es que cuando se hace alusión a la quiebra con continuidad empresaria, no puede existir otra figuración que no sea la de la empresa que prosigue sus actividades a través de la administración que de ella realiza el síndico (art. 190, LCQ).

El art. 12 de la ley 25.563 no ha sido derogado y continúa aún vigente aunque, no se tiene conocimiento de los beneficios que la utilización de dicho dispositivo legal haya deparado a las empresas concursadas y cuantas de ellas hayan podido acceder a estos préstamos.

Otra contribución a la superación de la crisis empresarial dentro del texto de la ley referenciada, es el art. 13 que establece una tasa de justicia especial del 0,75% para los procesos concursales tomada sobre el importe

de todos los créditos verificados reduciendo la misma a un 0,25% sobre el excedente, cuando la suma de las acreencias supere los cien millones de pesos. La AFIP, en estos casos, está habilitada a conceder planes de pago de hasta diez años.

Es una obviedad que los dispositivos referidos fueron incorporados en una norma que modificó parcialmente la ley de concursos lo cual, en la *mens legislatoris* podría considerarse que fue una equivocación, puesto que hubiera correspondido su agregado a la regulación que de las entidades financieras realiza la ley 21.526 o, en su defecto, a las disposiciones generales de la AFIP.

Como fuere, la ley 25.563 resultó un vano intento por paliar una situación de crisis grave que aquejaba al país y, a criterio del autor de este trabajo, sin la complementariedad que desde el Poder Judicial pueda hacerse de ella en su aplicación concreta, se estaría asistiendo a una buena expresión de deseos para superar la crisis patrimonial, sin poder advertir todos los beneficios para la que fue destinada.

De *lege ferenda* sería conveniente incorporar mecanismos o disposiciones legales que permitan conceder ciertas ventajas a deudores concursados a partir de la declaración de falencia, en especial a aquellas empresas que prosigan con la continuación de la explotación, tales como: reducción de aranceles, disminución de la carga tributaria, excención de aportes patronales durante un determinado período de tiempo, asistencia crediticia con tasas diferenciales, designación de expertos que contribuyan con el síndico o la cooperativa de trabajo en la implementación de políticas de ajuste que permitan la recuperación económica de la hacienda y la cancelación del pasivo.

8.b) El *leveraged buy out* como instrumento para superar la crisis y conservar empresas

Con el fenómeno de la globalización, la fusión entre sociedades de diversos Estados a los fines de ganar nuevos mercados y tornarlas más competitivas empezó a hacerse realidad a través de un mecanismo de adquisición de empresas denominado: *leveraged by-out*.

El término *leveraged* significa: apalancamiento, y la voz *buy out* representa: comprar afuera; por lo que ambas locuciones se traducirían co-

mo compra o adquisición apalancada por afuera que consiste en la adquisición del capital social de una sociedad en el que la garantía de la adquisición está representada por los activos de la sociedad.

Este procedimiento muy empleado en EE. UU. y algunos países anglosajones ha permitido transferir paquetes accionarios de empresas en situaciones de endeudamiento importantes, logrando de esta forma la sustitución de los titulares del interés social.

La operación –netamente financiera– permite que el adquirente pueda utilizar el valor de los activos de la misma compañía que adquiere (por su importancia en el mercado) para financiar parte de la adquisición. De esta forma, los pagos correspondientes al valor de las cuotas de adquisición de la empresa serían afrontados con el flujo de fondos del mismo negocio.

Independientemente del beneficio que para algunos inversores pueda representar este tipo de operatoria para tomar el control de una empresa (usualmente utilizada para lograr la concentración de negocios), el principal objetivo que se persigue es el mantenimiento de unidades productivas, en la que se espera que el producido de la actividad, mediante un *management* eficiente, permita afrontar las deudas sociales.

La operatoria puede tener distintas modalidades: a) una es la adquisición de una empresa para fusionarse con otra a través de la adquisición de sus acciones; y otra, b) es la compra de sus activos. En ambas operatorias, la importancia reside en el valor o plusvalía que representa la empresa adquirida, ya sea por el valor de sus activos, la actividad o los negocios futuros que esta pudiere concertar. La afectación de ganancias futuras, la entrega de porciones del capital social, la distribución de reservas, etc., son algunas de las modalidades a las que el adquirente puede recurrir a los fines de garantizar la devolución del préstamo.

Ahora bien, teniendo en cuenta que la empresa se encuentra concursada o, peor aún, con una quiebra declarada, este tipo de mecanismo puede resultar beneficioso a los fines del mantenimiento de la actividad. En efecto, si la empresa se encuentra concursada no existe impedimento alguno para que la operatoria se efectivice, cuando el empresario en cesación de pagos pretende desprenderse del negocio para cederlo a un tercero que se hará cargo de la administración de la hacienda y del arreglo con los acreedores. Inclusive, adviértase que este procedimiento perfectamen-

te puede ser instrumentado por vía del salvataje o supuestos especiales de la ley concursal (art. 48, LCQ).

En la quiebra en cambio, cabe interrogarse: ¿si el fallido (titular de las acciones o cuotas representativas del capital), puede transferir sus participaciones sociales a un tercero interesado en la administración y continuidad del negocio? En puridad de verdad, no se advierte que exista impedimento alguno, por los siguientes motivos:

a) la persona jurídica fallida se encuentra desapoderada de la administración de sus bienes, pero los socios o accionistas titulares del capital social, no se encuentran impedidos de disponer de sus participaciones sociales (salvo que por otras razones, se encuentren imposibilitados, por ej. prenda de las acciones o cuotas), por lo que perfectamente pueden negociar una transferencia de la parte de interés que les corresponde;

b) debe valorarse la conveniencia del negocio para la continuidad de la empresa, esto es, que el adquirente del capital social asuma el compromiso de mantener la actividad y brinde las garantías suficientes (propias o de terceros) en orden a cancelar el pasivo de la empresa concursada;

c) si la empresa no estuviere en pleno funcionamiento, deberá solicitarse que la interesada realice los desembolsos necesarios para ponerla en marcha y, por último,

d) establecer un eficiente y permanente régimen de información de las actividades realizadas por la adquirente en beneficio de la actividad de la hacienda y del interés de los acreedores con una activa participación del síndico y del comité de control, en el que se encuentra representado el interés de los mismos trabajadores a través de su activa participación en su constitución (arts. 14 inc. 13, 201, 260, LCQ, ley 26.684).

Huelga remarcar que la utilización de esta figura como herramienta jurídica para la conservación de empresas dependerá de la situación puntual en que la misma se encuentre y de la capacidad de negociación que demuestren sus operadores: administradores, socios, síndico, acreedores y empleados, como así también la influencia que la misma pueda ejercer dentro del ámbito social en que esta se desenvuelva.

No puede dejar de mencionarse que la operatoria como cualquier inversión, representa un riesgo y si a ello se agrega la insuficiencia de recursos necesarios para poner en marcha una actividad que se encuentra

paralizada; un pasivo concursal inmanejable, una deficiente planificación y sistemas de control inadecuados, seguramente serán los condimentos necesarios para hacer fracasar el negocio. Por ello, sería conveniente que el juez convoque a una audiencia a los fines de que los pretensos adquirentes informen de las tratativas y negociaciones que mantienen con los titulares del capital social; las inversiones que efectuarán para poner en marcha el emprendimiento; la forma en que estiman podrán cancelar el pasivo existente y las garantías que ofrecerán para continuar con la actividad y cumplir con las obligaciones contraídas en la operatoria. De esta forma, la figura del *leveraged buy-out* podría transformarse en un instrumento jurídico que permitiría sanear empresas y mantenerlas en funcionamiento, sin tener que recurrir a la asistencia que muchas veces desde algún organismo del Estado se proporciona, para evitar un conflicto social.

Otra posibilidad que existe dentro de la figura de la compra apalancada de la empresa es la que puede ser realizada a través de los propios trabajadores de la fallida, lo que en el derecho norteamericano ha sido denominado: *leveraged employee buy out* (LEBO) operación que en el gran país del Norte, suele ser favorecida por importantes beneficios fiscales.

Nuestro derecho concursal admite la continuación de la explotación a través de la cooperativa de trabajo (art. 190, LCQ), pero no tiene previsión alguna acerca de la posibilidad de que la empresa sea adquirida por la misma cooperativa. Empero, la doctrina judicial ha autorizado la venta directa de bienes materiales e inmateriales pertenecientes a la fallida a la cooperativa de trabajo constituida por ex dependientes, toda vez que la oferta efectuada no acarrea perjuicio para el resto de los acreedores¹⁹⁵⁷, con lo que la venta de los bienes del activo y la incertidumbre que se generaría por la posibilidad de que la misma quede desierta como, asimismo, que el probable adquirente en subasta tenga la intención de no proseguir con el negocio, justificaron la decisión de entregar los bienes a los trabajadores.

Se ha tomado conocimiento, que existe un proyecto de ley presentado en la Cámara de Diputados de la Nación (5558-D-2009), que en el art.

¹⁹⁵⁷ Juz. 1ª Inst. Civ. y Com. 7ª Nominación Córdoba, “Comercio y Justicia Editores S.A. hoy s/quiebra”, L.L. 2004-A-589 - LLC 2003 (noviembre), 1186.

21 modificatorio del art. 190 de la ley de concursos, contempla la posibilidad de que la cooperativa de trabajo continúe con la explotación, debiendo para ello agregar “un informe integrado por un plan de explotación que contenga proyectos de inversión, producción y venta, y proyecciones relativas a la actividad económica que desarrollará...”. En tal hipótesis, la cooperativa de trabajadores –en el caso de que la misma hubiere manifestado su interés de continuar con la explotación– queda habilitada para petitionar la venta directa de los bienes de la fallida (art. 27 modificatorio del art. 203 de la ley de concursos).

Más allá de precisiones terminológicas o ideológicas, cuando los placebos a los que pudo apelar el empresario antes de promover su concurso, o bien cuando encontrándose *in malis* los remedios a los que pudo recurrir no dieron los frutos esperados, cualquier mecanismo que permita la continuidad de la explotación (sin dejar de lado el interés de los acreedores) resulta válido para evitar la liquidación. En este caso resulta de fundamental importancia el interés exteriorizado por los titulares del capital social, el o los terceros interesados en la adquisición y, eventualmente, los trabajadores conformados en cooperativa de trabajo o en cualquier otra figura asociativa que les permita adquirir las participaciones sociales o la transferencia de la titularidad de la hacienda.

Por ende, las posibilidades de que el juez pueda disponer la venta a la cooperativa de trabajo –conformada por los empleados– resulta una solución beneficiosa, cuando tal modo de proceder se justifica en la pretensión exteriorizada por los mismos trabajadores de continuar con la explotación de la empresa (cuya exteriorización deberá ser puesta de manifiesto por el personal), incluso pudiendo compensar sus créditos como pago de parte del precio de la adquisición. De lo contrario, no existirían motivos para que éstos tengan una cierta preferencia en la adquisición de los activos frente al resto de los potenciales interesados.

8.c) La ley de entidades deportivas y el salvataje de los clubes de fútbol (*altre risorse per il salvataggio delle imprese*)

La ley 25.284 (Adla, 2000-D-4091) denominada: “Régimen Especial de Administración de las Entidades Deportivas con Dificultades Económicas. Fideicomiso de Administración con Control Judicial”, sancionada por el Congreso Nacional tiene por fin el salvataje de las asociaciones ci-

viles de primer grado con personería jurídica, cuyo objeto sea el desarrollo de la práctica deportiva en cualquiera de sus modalidades (art. 1, LCQ).

En un primer momento la ley fue aprobada para permitir la recuperación de entidades con quiebra decretada cuando no ha mediado el supuesto previsto en el Título III, Capítulo VIII, Sección II de la ley 24.522, esto es, que no se haya dispuesto la clausura del procedimiento por falta de activo. Con posterioridad, el Poder Ejecutivo Nacional dictó el Decreto 852/07 mediante el cual se amplió el marco normativo, comprendiendo a las asociaciones o entidades civiles de primer grado con personería jurídica, cuyo objeto o actividad principal en los últimos dos años, a contar de la declaración de quiebra o presentación en concurso preventivo¹⁹⁵⁸, sea la práctica deportiva amateur o profesional (art. 1, Dec. 852/07).

De esta forma, el legislador fijó las pautas bajo las cuales quedarían comprendidos ciertas entidades que por encontrarse en cesación de pagos caen en la aplicación de la ley 25.284, esto es: a) que se trate de asociaciones cuyo objeto o actividad principal sea la actividad deportiva amateur o profesional; b) que las mismas se encuentren en estado de cesación de pagos (concurso preventivo o quiebra); c) que exista –a criterio de la autoridad judicial– un patrimonio suficiente para continuar con la explotación (art. 5, ley 25.284); d) la consolidación del pasivo dispuesta por el juez de conformidad con la determinación que llevará a cabo el órgano fiduciario, según lo dispone el inciso d' del artículo 15 y e) la administración del patrimonio de la entidad a favor de los acreedores para cancelar las deudas (art. 14, ley 25.284).

La aplicación de la ley se efectúa de oficio, lo que significa que deberá ordenarse la continuidad de la actividad en forma inmediata¹⁹⁵⁹ a los

¹⁹⁵⁸ En un primer momento la ley (de orden público) se aplicaba a las empresas con quiebra declarada (art. 1), siendo opción de las autoridades que conducen los destinos de la institución la de continuar el trámite bajo las previsiones contenidas en la ley, en el caso de personas jurídicas en concurso preventivo, debiendo para ello presentar, ante el juzgado interviniente la ratificación por asamblea de asociados, en el término de 60 días (art. 6). Con posterioridad, el decreto 852/07 amplió el elenco de sujetos que quedaron sometidos a la aplicación de la ley, encontrándose comprendidas las asociaciones o entidades civiles que hayan presentado su concurso preventivo.

¹⁹⁵⁹ Cf. NEGRE DE ALONSO, Liliana T., *Algunas reflexiones sobre el régimen especial de administración de las entidades deportivas con dificultades económicas. Ley 25.284* (primera parte), L.L. 2001-B-1001.

finde de que no se interrumpa la actividad deportiva, previa valoración judicial acerca de la existencia de patrimonio suficiente para continuar con la explotación (art. 5, ley 25.284).

El objetivo que persigue la normativa en cuestión es: a) permitir la continuación de las actividades que desarrollan estas asociaciones; b) sanear el pasivo mediante una administración fiduciaria proba, idónea, profesional y controlada judicialmente; c) garantizar los derechos de los acreedores a la percepción de sus créditos; d) superar el estado de insolvencia, e) recobrar el normal desempeño institucional de la entidad (art. 2, ley 25.284) y f) proteger al deporte como derecho social;

La ley posee un mecanismo que consiste en la sustitución de los órganos de administración, los que son reemplazados por el órgano fiduciario, lo cual es publicado por edictos durante cinco días a los fines de hacer conocer la aplicación de la normativa y los sujetos que integraran el fideicomiso (conformado por un abogado, un contador y un experto en administración deportiva), quienes gestionaran el patrimonio de la sociedad fallida –por el término de tres años renovables por resolución judicial, hasta un máximo de nueve– con la prudencia y la diligencia de un buen hombre de negocios (arts. 8, 11 y 12, ley 25.284) y reponderán en forma solidaria e ilimitada por los daños y perjuicios que causaren por culpa grave y/o dolo (art. 12, ley 25.284).

La normativa referida fue preparada y orquestada teniendo como destinatario final de ella los clubes de fútbol profesional que, a pesar de haber recurrido a mecanismos preventivos, la cesación de pagos se tornó irreversible y pese a la declaración de quiebra y algunos salvavidas concedidos desde distintos ámbitos privados y públicos, la liquidación de los activos se tornaba inexorable; sin embargo, frente a un evidente deterioro de la situación económica-financiera de los más importantes clubes del fútbol argentino (Racing Club de Avellaneda, Club Atlético Talleres, Club Atlético San Lorenzo de Almagro, Club Atlético Nueva Chicago, Club Atlético Rosario Central, Ferro Carril Oeste, Club Atlético Belgrano de Córdoba, Newell's Old Boys, entre otros), se presentó un valor agregado a la conservación de la empresa y es la protección del deporte como “derecho social”.

De tal forma, a la continuidad de la explotación (como bien tutelado por el derecho concursal) se agregó un bien humano básico (FINNIS)¹⁹⁶⁰ como es el juego. Por tanto, el legislador hizo jugar el peso de un principio del derecho concursal: la conservación de la empresa y un derecho social: el deporte. Tal solución permitió a las entidades deportivas (particularmente, aquellas que se encontraban con quiebra declarada) evitar el cierre inmediato de sus instalaciones, descomprimir la situación conflictiva creada, mantener inalterables sus activos, continuar con sus actividades y reestructurar el negocio en beneficio de los acreedores.

Sea por medio de la figura del fideicomiso de administración o por conducto de otras figuras jurídicas, el legislador ha dejado asentada su firme e inocultable vocación de evitar a *ultrance* la liquidación de empresas. Sin perjuicio de las observaciones que pudieren efectuarse acerca de la calificación de empresas a los clubes de fútbol, lo cierto es que representan verdaderos polos de desarrollo de diversas actividades: sociales, culturales, deportivas, etc.; cuya protección se ha considerado vital, por las implicancias sociales que poseen.

Si bien es cierto que el sistema funciona –puntualmente– para determinados sujetos, no sería extraño pensar en soluciones similares para otras personas o entes, cuyo amparo –a veces, por las mismas razones por las cuales fueron protegidos los clubes de fútbol– requiera de una adecuada protección, con el argumento del temor del legislador por la quiebra.

Ha dicho la Cámara en lo Comercial capitalina que la conservación de las empresas y la amplitud de recursos existentes a los fines de lograr la superación de la insolvencia, constituyen criterios rectores que deben guiar una correcta interpretación a los fines de posibilitar la recuperación patrimonial¹⁹⁶¹. A veces, esa recuperación puede lograrse por conducto de la habilidad del propio deudor, otras por conducto de órganos o entidades que permitan una pronta recuperación.

La protección a la empresa en crisis reposa sobre razones de índole económica, política, industrial o simplemente social, en razón de que esta

¹⁹⁶⁰ Cfr. FINNIS, John, *Ley Natural y Derechos Naturales*, (8ª reimp., 1980), ed. Abeledo-Perrot, Bs. As., (2000), pág. 117.

¹⁹⁶¹ Cfr. CNCom., sala C, “Parque Diana S. A. s/concurso preventivo”, L.L. AR/JUR/1920/1997, 11/06/1997.



representa el motor del sistema capitalista¹⁹⁶², por lo que su preservación representa un valor para la sociedad toda; por ende, sería conveniente, no solamente que se encuentren soluciones (como lo es el fideicomiso de administración de entidades deportivas en concurso o quiebra) sino también que se encuentren mecanismos para solucionar los problemas de empresas en las que exista una unidad socialmente útil o económicamente viable.

8.d) Los planes de moratoria y exención de impuestos como un aporte del Estado u otros organismos para el salvataje

A principios del año 2001, la AFIP emitió la Resolución General 970/01 (Adla, 2001-B-1723) por medio de la cual se derogó la Resolución General 4241 (Adla, 1996-E-6557) e implementó un régimen de facilidades de pago para contribuyentes concursados o fallidos.

La referida disposición permite que los contribuyentes concursados o los que consiguieran el acuerdo por medio de la transferencia de cuotas o acciones representativas del capital (art. 48, LCQ) que hubiesen obtenido la homologación del acuerdo preventivo, puedan ingresar las deudas y los accesorios relativas a determinadas obligaciones impositivas y a recursos de la seguridad social devengadas con anterioridad a la fecha de presentación en concurso. Idéntica solución se encuentra prevista para los deudores fallidos que soliciten por sí o mediante sus representantes legales, la conclusión de la quiebra contando con el avenimiento de todos los acreedores (art. 225, LCQ), quienes podrán acordar un plan de facilidades de pago (art. 1, resol. 970/01).

Las soluciones previstas en la mencionada norma pueden ser implementadas una vez que el deudor haya acreditado que el acuerdo preventivo ha sido homologado o que el sujeto fallido ha obtenido la conformidad de los acreedores en aras de lograr la conclusión de la quiebra por vía de avenimiento.

¹⁹⁶² Cfr. MIRANDA SERRANO, Luis María, *Defensa de la competencia y adquisiciones de empresas en crisis en la Unión Europea*, “Revista Valenciana de Economía y Hacienda”, n.º 9-III, (2003), pág. 186-194.

Como es dable apreciar, la disposición legal no tiene previsto un régimen especial o simplificado de rebaja o exención impuestos para deudores en cesación de pagos (concurados o fallidos con continuación de la explotación), por ej. reducción de la alícuota correspondiente al I.V.A. durante un determinado lapso de tiempo; rebaja en ganancias; disminución de aportes y contribuciones a los sistemas de seguridad social; disminución de aportes y contribuciones destinados al Régimen Nacional de Obras Sociales, entre otras soluciones. De esta forma el Estado (Nacional, Provincial o Municipal) u otros organismos podrán contribuir a salvar la empresa, en especial, cuando la liquidación de bienes se hace irreversible.

Teniendo en cuenta que el organismo exige como condición para la admisión de la solicitud, el avenimiento (art. 14, resol. 970/01) o la homologación del acuerdo (art. 21, resol. 970/01), se advierte la inexistencia de otras alternativas o soluciones para el deudor, cuando el mismo se encuentra en cesación de pagos –la que no culmina con la presentación concursal y se extiende hasta la conclusión del concurso– y requiere de ayuda para poder salir de la crisis. Por este motivo, es que se considera conveniente que el plan implementado por el fisco nacional sea modificado *aggiornandolo* a las reales necesidades de la empresa por un período de tiempo prudencial que permita, verdaderamente, su recuperación. Así también, se estima útil las facilidades y reducciones que puedan ser implementados por el fisco provincial (ingresos brutos) o inclusive, por otros organismos, los que serán necesarios para que la hacienda pueda rescatarse completamente.

En el caso de la cooperativa de trabajo conformada para la continuidad de la explotación, resulta necesario implementar planes que permitan reducir el costo fiscal durante un período determinado de tiempo en orden a contribuir en el saneamiento de la empresa. De esta manera, el Estado u otras entidades podrán favorecer en lograr la tan ansiada recuperación de la hacienda.

§ 9. EL NUEVO ROL DE LA EMPRESA

En épocas pasadas, el empresario solía ser dueño y ejercía su función desde dentro y hacia dentro de la empresa; la empresa era un sistema ce-

rrado, en el sentido de que sólo se relacionaba con el entorno a través de lo más esencial de su actividad.

Hoy la empresa actúa como un agente socio-técnico, un agente social. El empresario ejerce una función cuya esencia es cuidar de la inteligente convivencia de su empresa con el entorno y como esa función requiere profesionalidad, surge la creciente importancia de que quien lo sabe hacer, aunque no sea propietario, genera la aproximación paulatina de los términos: directivo y empresario¹⁹⁶³.

El tiempo hizo que el poder que ejercía otrora el señor feudal y luego el rey, lentamente se fuera transfiriendo hacia la burguesía, que tomó participación activa en la vida de la comunidad llegando, inclusive, a cumplir los roles que originariamente le eran reservados al Estado (por ej. dar trabajo). Este crecimiento de la relación del empresario con el entorno está haciendo de él, en muchos casos, un protagonista del desarrollo social de los pueblos.

Antiguamente, el rol protagónico de quien proporcionaba trabajo, estaba localizado casi exclusivamente entre los políticos; en raras excepciones la dimensión social del empresario le proporcionaba protagonismo social¹⁹⁶⁴. El progreso presiona hacia un nuevo reparto de roles, como consecuencia de que las sociedades desarrolladas estimulan la localización de protagonismos en personas y entidades que se justifiquen por sus aportaciones positivas a la sociedad. Y, en este punto, el empresario tiene transcendental importancia en cuanto a su participación activa en la sociedad, a los fines de crear un mundo más justo, equitativo y sobre todo más sano, en el sentido de que el respeto pleno de los valores y el medio ambiente resulte tan importante como los logros económicos que pueda deparar una inversión.

En este sentido, el proceso de crecimiento de la empresa y del empresario como actores sociales, se debe al creciente reconocimiento de su labor creadora de riqueza y bienestar, objetivo básico de la empresa como agente social.

¹⁹⁶³ CALLEJA, Tomás, prologo a la obra de GÓMEZ PÉREZ, Rafael, *Ética Empresarial*, ed. Rialp, Madrid, (1999), pág. 11.

¹⁹⁶⁴ *Idem*, pág. 12.



Cuando el protagonismo se gana en las urnas, la prosperidad de la comunidad se logra mediante el ejercicio de la labor del gobierno; pero cuando este rol se gana en la actividad empresarial, debe basarse en un ejercicio respetuoso y efectivo de la responsabilidad social teniendo en cuenta los intereses en juego. Ello, sólo se sustenta desde una voluntad y espíritu de servicio, permanentes y constatables y desde un encaje de las actuaciones dentro de un marco de referencia ética¹⁹⁶⁵.

El empresario también desarrolla una labor que trasciende lo meramente político –en el sentido de responsabilidad social– ya que la actitud que adopte el empresario, tendrá influencia directa en los distintos sectores sociales con los que se nuclea. En esa labor tan relacionada con el entorno, con la sociedad, debe permanecer alerta a lo que ese contexto le comunica, le pide, le exige o le reprocha; el hombre que tenga la virtualidad de entender el entorno, tan complejo y mantener una buena relación de su empresa con él, es un buen empresario y si sabe comunicar ese buen hacer a su equipo, es también un líder¹⁹⁶⁶.

La expresión: *la conclusione é que la l'etica non é un valore dell'impresa ma un limite*¹⁹⁶⁷, reproduce el pensamiento que intenta plasmarse en estas líneas. La ética no es un valor de la empresa, aunque si representa un límite para el empresario que debe adecuar su conducta a lo que esta marca. Los valores éticos con los que se mueva el empresario tendrán incidencia directa en las acciones que tomen los que se sirven o viven de la empresa, en pos de lograr sus objetivos personales. Para ello hará falta adquirir y practicar un permanente sentido ético que oriente las actuaciones, lo que requiere un esfuerzo de continuo respeto a las personas, a las instituciones y a la naturaleza.

La ética requiere el compromiso de todos los sectores, empieza en los niveles más altos de la sociedad; atañe a los titulares de los poderes del Estado y se expande como las raíces de un árbol hacia todas las esferas sociales, llegando incluso hasta el último trabajador. Quien proclame

¹⁹⁶⁵ *Ibidem*.

¹⁹⁶⁶ *Idem*, pág. 11-12.

¹⁹⁶⁷ “la conclusión es que la ética no es una valor de empresa pero es un límite”. La traducción me pertenece. DI SABATO, Franco, *I fini sociali dell'impresa etica* en “Rivista delle Società”, anno 51, ed. Giuffré, Milano, (2006), pág. 633 cit. por RICHARD, Efrain H., *Ensayo sobre la axiología del derecho concursal*, RDCO, ed. Abeledo Perrot, Bs. As., (2009), año 42, vol. A, pág. 313.

valores morales como Norte de sus acciones, logrará involucrar cada vez más a sujetos que se comprometan con la sociedad más allá de intereses personales, lo cual redundará en una sociedad de valores.

Es grave, sin duda, la crisis económica, política y social que le ha tocado a nuestra patria en distintos momentos históricos. Pero, a fuerza de sincerar posiciones, lo que afecta a nuestra Nación, es una tremenda crisis moral y, en este punto, la empresa y el empresario cumplen un rol fundamental, *in particolare* cuando la empresa se encuentra concursada o fallida, siendo imprescindible un adecuado régimen de información y colaboración para superar la insolvencia.

§ 10. LA CONSERVACIÓN DE LA EMPRESA COMO PRINCIPIO GENERAL DEL SISTEMA DE PRINCIPIOS EN EL DERECHO CONCURSAL ARGENTINO

No es dable sostener que la conservación de la empresa sea el dogma del derecho concursal. Empero, tampoco resulta admisible sostener que frente al problema que representa el concurso preventivo de un emprendimiento, el principio de conservación de la empresa sea una cuestión ajena al derecho concursal¹⁹⁶⁸.

En esta línea se encuentran, por ejemplo, las modificaciones efectuadas al régimen concursal de España, mediante Real-Decreto 3/2009, tendientes a facilitar las soluciones preventivas. Así como el interés de los acreedores es propio del concurso preventivo o la quiebra, la conservación de la empresa hace al interés público del derecho falimentario.

No obstante esta posición, no puede dejar de advertirse que existen otros intereses tutelados por el derecho concursal (*vide*, Capítulo IX), pero la prioridad de uno sobre otro dependerá en distintos momentos de diversas variables, de acuerdo a su peso e importancia.

Siguiendo el pensamiento dwokiniano, mientras que las normas se aplican o no se aplican, los principios dan razones para decidir en un sentido determinado y, a pesar de que el principio no determina las condi-

¹⁹⁶⁸ Cfr. BISBAL, Joaquín, *La insoportable levedad del Derecho Concursal* en "Revista de Derecho Mercantil", Madrid (1994), n.º 214, pág. 862.

ciones de su aplicación, resulta útil para justificar la forma en que se decide. El contenido material del principio de conservación de la empresa – su peso específico– es el que determina cuando se debe aplicar en una situación determinada¹⁹⁶⁹.

La conservación de la empresa reviste interés público para el derecho concursal y para el Estado; en el caso de este último, no en el sentido intervencionista sino, en cuanto a política legislativa, que respete los demás principios como que asimismo contribuya a la continuidad de la explotación¹⁹⁷⁰. Prueba de ello es la ley 25.284 para entidades deportivas con dificultades económicas.

Lentamente, pero a paso firme, la dialéctica deudor-acreedores dio lugar a aquella que vino a instalarse definitivamente: empresa-interés general¹⁹⁷¹, por la importancia que ésta representa no solamente para los acreedores –a los cuales no puede dejar de lado el sistema falencial– sino también para la comunidad toda.

La solución preventiva, el acuerdo preventivo extrajudicial, el salvataje, la conversión de la declaración de quiebra en concurso preventivo, el avenimiento y la venta de la empresa como unidad económica representan los instrumentos técnicos para viabilizar la conservación de la empresa.

La reducción de los plazos de realización del activo resulta inversamente proporcional al beneficio que los acreedores podrían obtener de proseguir con la actividad de la hacienda a la espera de un avenimiento o la venta de la empresa como unidad, por la utilidad económica y social que esta inviste. La plusvalía que se obtiene con la preservación de la hacienda, la convierte en un valor apreciable económicamente, convirtiéndose así en el fin del concurso preventivo y porque no decirlo, de la quiebra en la actualidad. Y dentro de este objetivo se encuentra el de los acreedores que, aunque se hallen en un plano inferior en la escala de in-

¹⁹⁶⁹ Cfr. DWORKIN, Ronald, *Los Derechos en serio*, trad. Marta Guastavino, 5ª reimp., ed. Ariel, Barcelona, (2002), pág. 9.

¹⁹⁷⁰ ALEGRÍA, Héctor, *La conservación de la empresa como centro principal del derecho concursal moderno (Evolución, Panorama actual y Cuestiones Modernas)* en “Tratado de la Empresa”, Dir. PIAGGI, Ana, ed. Abeledo Perrot, (2009), pág. 12.

¹⁹⁷¹ Cfr. ARROYO MARTINEZ, Ignacio, *La disciplina de los procesos concursales. Criterios de reforma* en “Derecho Mercantil de la Comunidad Económica Europea. Estudios en homenaje a José Girón Tena”, ed. Civitas, Madrid, (1991), pág. 131.

tereses, no es menos importante que el de la empresa, puesto que el inicio del concurso tiene como destinatarios, precisamente, a éstos (los acreedores). No se trata de establecer un orden jerárquico, sino de que ambos intereses (el de la empresa y el de los *creditors*) puedan compatibilizarse el máximo posible, puesto que de esta forma se podrá obtener el mejor beneficio para ambos.

El concurso preventivo es un procedimiento legal que le permite a un sujeto *in malis* superar el estado de cesación de pagos, recuperar la capacidad de obtener crédito, recobrar credibilidad entre los proveedores, pagar las deudas con los acreedores y reconvertir la empresa. Otra forma de solución, frente a un sujeto incapaz de afrontar sus pagos sin ver desaparecer su patrimonio, lanzaría a los acreedores a una carrera por el que llegue más rápido; en la que la empresa (como objeto de valor)¹⁹⁷² quedaría relegada en el baúl de los recuerdos. Por tales razones, debe considerarse que el concurso preventivo o la quiebra con continuidad de la explotación –en la que exista la posibilidad de derrocar la insolvencia– resultan mecanismos propios de superación de la crisis empresarial y, en este sentido, la conservación se convierte en el fin del concurso.

La empresa es el motor de desarrollo de la actividad económica de una Nación, y la misma quedaría a merced del interés predatorio de los acreedores si el concurso como proceso no tuviere como propósito la preservación de la hacienda. La suspensión de ejecuciones y de las demás medidas tendientes a proteger adecuadamente la empresa; los acuerdos de pago y las soluciones concursales y extraconcursoales que puedan implementarse, hablan por sí mismo acerca del fin teleológico que persigue la normativa falimentaria, toda vez que su supervivencia interesa al bien común de la sociedad toda.

El concurso o la quiebra ya no son la causa de la desaparición de las empresas¹⁹⁷³, sino que, por el contrario, representan el mecanismo por medio del cual el sistema jurídico (con independencia de la voluntad de los socios o del empresario individual) pretende su saneamiento y preservación, y los operadores jurídicos deben trabajar arduamente para inten-

¹⁹⁷² Cfr. ALEGRÍA, Héctor, *La empresa como valor y el sistema jurídico*, L.L. 2006-D-1172.

¹⁹⁷³ Cfr. ALEGRÍA, “*La conservación de la empresa...*”, pág. 17.

tar alcanzar este anhelo. Ya no se trata de liquidar para repartir, sino de conservar para salvar¹⁹⁷⁴.

El derecho concursal se sustenta en ciertos principios –más que en normas– imprescindibles para la consecución del fin teleológico del sistema: conservar las empresas. En particular, se hace referencia a aquellas normas dictadas en períodos de emergencia como asimismo, otras sustentadas en criterios economicistas, exclusivamente, con los que quiere justificarse soluciones inaceptables para nuestra cultura jurídica. Compatibilizar los principios con la realidad permite superar la fría letra de la ley, permitiendo encontrar soluciones que no perjudiquen los derechos ni los intereses que el régimen concursal está obligado a resguardar.

El principio de conservación de la empresa ya no representa la forma de satisfacción de los acreedores a través de la venta de los activos y su reparto, su función finalista es el mantenimiento de las fuentes de trabajo, la producción de bienes y servicios y la creación de riqueza. Si la empresa no está en movimiento, ninguna utilidad puede esperarse que dé una legislación llamada a potenciar la preservación de la hacienda.

La protección de unidades económicas ha dejado de considerarse como un simple medio de preservación de los intereses de los acreedores en la ejecución colectiva. Se entiende actualmente a la conservación de la empresa como una solución de fondo: no como un medio de lograr una mejor liquidación de esta, sino como una de las miras del derecho concursal moderno, como salida de la crisis económica y de salvaguardia de la empresa en dificultades, apartándola incluso de la figura y de la suerte del empresario. El derecho de quiebras permite que el fallido sea preservado del bandolerismo, al que se vería sometido de tener que quedar a expensas de la mera voluntad de los acreedores¹⁹⁷⁵, permitiendo –indirectamente– que éstos hagan valer sus pretensiones, de manera tal que la empresa pueda ser protegida evitando su desmembramiento.

Ya no puede discutirse, que el bien jurídico tutelado por el derecho concursal es sin lugar a dudas la conservación de la empresa, puesto que a través de ella podrán realizarse los valores de justicia, equidad y bien

¹⁹⁷⁴ Cfr. GARCÍA MARTÍNEZ, Roberto, *Derecho Concursal*, ed. Abeledo Perrot, Bs. As., (1997), págs. 36-37.

¹⁹⁷⁵ FINNIS, *op. cit.*, pág. 217.

común que la sociedad necesita para lograr el bienestar de ésta y de los sujetos que la integran.

La preservación del negocio ya no es una preocupación del deudor. Afrontar la crisis patrimonial es un problema que involucra a todos los interesados: los acreedores, los socios, los proveedores, los trabajadores, el síndico, los operadores jurídicos, el Estado e inclusive el mismo deudor, quienes deben lanzarse a la búsqueda de mecanismos adecuados para mantener la actividad. Por ende, no se trata de una cuestión de derecho privado, exclusivamente, el interés público se encuentra comprometido y resulta imprescindible encontrar soluciones puntuales.

A mérito de las consideraciones realizadas el derecho concursal argentino vive una suerte de *remake* en el que la conservación de la empresa se ha asentado de tal forma, que impregna todo el derecho y, en especial, el derecho de quiebras; y tal visión del problema es encontrar su solución. Se ha dicho, que «resulta más fácil salvar a un enfermo que revivir a un muerto»¹⁹⁷⁶, por lo que en la medida en que resulte posible se debe evitar la liquidación de la empresa, ya que con su desaparición se extinguen también, el crédito, el empleo, los recursos económicos, los proveedores, los recursos fiscales, etcétera.

Mientras el derecho civil, el laboral o el tributario responden a ideas y principios que persiguen determinados fines: protección del consumidor, protección del trabajador, lucha contra la evasión; el derecho concursal que opera –normalmente– en caso de insolvencia patrimonial, parte del presupuesto de la imposibilidad de una completa tutela de todos los intereses, por parte de cada una de las demás ramas del derecho y busca cohesionar los múltiples y diversos intereses en juego, con el mínimo daño posible. Sin lugar a dudas, se trata de una rama de la ciencia jurídica que se reinventa asimismo en forma permanente, en la que el fin teleológico por detrás del cual se pueden encontrar todas las demás soluciones está, precisamente, en la preservación de la hacienda.

Sin embargo, debe admitirse que el derecho concursal es en gran medida el derecho de la insatisfacción permanente, puesto que ninguno de los partícipes podrá ver colmadas las expectativas de recibir lo que cree merecer. Frente a esta realidad incontestable debe admitirse que la

¹⁹⁷⁶ GARCÍA MARTÍNEZ, *op. cit.*, págs. 36-37.

ley es insuficiente para resolver todos los problemas que la insolvencia presenta. A lo sumo puede otorgar remedios para tratar de paliar esos efectos. Por ello, permanentemente, la legislación concursal busca nuevos caminos, otras vías, originales soluciones e inclusive nuevos horizontes y, a pesar de todo, sus resultados son, muchas veces, insuficientes; en consecuencia, apelando a los principios se podrá, cuanto menos, hacer justicia y con ello cumplir con la máxima del derecho romano: *suum cuique tribuere*.

Tanto a la empresa en crisis, como a los enfermos, no se les cura matándolos o liquidándolos, sino proporcionándoles el tratamiento adecuado a su enfermedad. Pero, claro está, así como el remedio no cura todas las enfermedades, de la misma forma la ley concursal no es por sí misma salvadora de empresas, ya que las soluciones mágicas no existen en el reino de los mortales y los milagros únicamente están reservados a Dios.

CONCLUSIONES FINALES

Más allá de las consideraciones y soluciones que se realizarán en relación a cada uno de los capítulos de este trabajo, las propuestas e interpretaciones que deben efectuarse de los institutos desarrollados, se afirma que la universalidad, la suspensión de acciones, ejecuciones e intereses y el interés público se erigen en los principios vertebrales de la quiebra y el principio que orienta y da sustento a todos los demás, resguardando del mejor modo todos los intereses que concurren al proceso colectivo, es la conservación de la empresa.

CAPÍTULO I (Clasificación y función de los principios)

Sin lugar a dudas, resulta difícil poder establecer un criterio uniforme acerca de los puntos de distinción para clasificar a los principios. A pesar de ello, podría decirse que efectuar una sistematización de los mismos, aparecería a primera vista como una suerte de inconsistencia doctrinal (poner por clases –a los principios–) cuando estos, ya sea que provengan de la ley o del derecho natural, ayudan para complementar la tarea del intérprete.

Siguiendo el pensamiento de SIMONIUS, no existe un “principio supremo” ya que todas las funciones del derecho se pueden expresar en principios que cada vez actúan antinómicamente.

Así, en el caso puntual de la materia objeto de estudio, el principio de conservación de la empresa, puede supeditar la aplicación de la norma o su interpretación, pero no puede oponerse al principio de buena fe o al del abuso del derecho. El ejemplo permite arribar a una suerte de interpretación apriorística del múltiple juego que pueden realizar los principios, para la interpretación o aplicación de la ley. Pero fijar un orden de preponderancia –en el sentido de mandato jerárquico– generaría una vi-

sión tubular o estrecha, por cuanto supeditaría la aplicación de unos a su respectiva correspondencia con otros de mayor jerarquía.

Otra ponderación sobre esta *quaestio iuris* radica en la significación que presentan los principios a modo de generalidad, frente a la especificidad que puede derivarse de una regla. Mientras una es más específica –la regla–, el otro sirve como orientación o *guide* para la interpretación o adecuación de la norma a sus postulados.

De esta manera, podría sostenerse que realizar una clasificación de los principios, amén de su consideración o valoración académica, no resulta determinante ni útil en la práctica, debido a que tal modo de proceder importaría en una humilde posición, su minimización o estratificación. Y, la importancia que ello representa en el derecho concursal, gravita en el interés por resaltar aquellos principios que permanecen inalterables a pesar de las modernas tendencias legislativas.

CAPÍTULO II (Naturaleza y utilización constitucional e infraconstitucional de los principios)

El interés público y la suspensión de acciones de contenido patrimonial representan principios jurídicos fuertes del derecho de quiebras que junto con el de universalidad informan y dan sentido a todo el ordenamiento, frente a la *par condicio creditorum* que con el correr del tiempo ha perdido actualidad y fuerza.

Partiendo de la premisa de que el ordenamiento jurídico siempre está en condiciones de ofrecer al intérprete un menú de soluciones o respuestas para resolver el caso, debe inferirse que todo método que se utilice, remite a una cierta concepción ontológica del derecho: por ejemplo, la interpretación exegetica remite a la idea del derecho como expresión de una voluntad legislativa perfecta y completamente declarada, la interpretación según la intención del legislador, a la idea positivista del derecho como (mera) voluntad de aquél; la interpretación sistemática, a la idea del derecho como sistema; la interpretación histórica, a la idea del derecho como hecho de formación histórica; la interpretación sociológica, al derecho como producto social; la interpretación según cánones de justicia racional, al derecho natural. El pluralismo metodológico está tan arraigado en las exigencias del derecho actual que ninguna controversia sobre los mé-

todos ha logrado jamás terminar imponiendo uno de ellos en detrimento de los demás y al final, todas se han resuelto con la propuesta de añadir algún otro a la lista. Por ello, quien se esfuerza en imponer un método, obtiene el efecto opuesto de contribuir a la libertad interpretativa y, de este modo, se tiene la impresión de que los esfuerzos teóricos sobre los métodos (...) tienen algo de donquijotesco.

Podría conceptualizarse a los principios como “aquellas bases morales y legales, de carácter general, en las que descansa el ordenamiento jurídico, y a las que recurre el intérprete, para aplicar una norma, desentrañar el sentido de un precepto o justificar una decisión de modo racional, con equidad y justicia”.

Los principios presentan en orden a su importancia una doble función de “interpretación” y de “integración”. La primera aparece a la hora de encontrar sentido a la regla, la segunda brota en ocasión de encontrar un vacío normativo. Sin embargo, resulta dificultoso entender su utilidad práctica si se admite que en el derecho existen lagunas y, por lo tanto, éstas deberían ser resueltas por los principios.

No obstante ello, la laguna existe. Entonces, cabría el siguiente interrogante, ¿que sentido tiene entonces recurrir a principios? Dicha remisión debe entenderse como una autorización dirigida al intérprete a fin de que produzca la norma, es decir de que fabrique la premisa mayor de su razonamiento mediante lo que puede llamarse un principio implícito, obtenido inductivamente del conjunto del material normativo o deductivamente, a partir de un principio expreso más general.

Los principios desempeñan una función fundamental en la construcción del sistema jurídico y las concepciones valorativas y axiológicas que definen y dotan de carácter propio al sistema son justamente los principios. De esta forma, los principios se convierten en los referentes y *guides* de todo el sistema jurídico.

Las normas o reglas preestablecidas por el codificador en un conjunto de disposiciones tendientes a regular determinadas situaciones de la vida real, no siempre resultan suficientes a la hora de contemplar todas las circunstancias que pueden llegar a presentarse; lo cual se opone a la noción de completitud del sistema normativo.

El verdadero desafío para el jurista actual, estriba en poder encontrar en la propia norma el principio que la inspira y en caso de que encuentre que ésta se contrapone con el *principle*, hallar el argumento que justifique

su decisión de apartarse de aquella, ajustando su juicio a lo que dicten los “principios generales del derecho”; y esta es, verdaderamente, la importancia y función que detentan los principios en la teoría de la interpretación.

Tratar de sistematizar todos los principios en un único cuerpo normativo resultaría una perogrullada, lo que además de resultar imposible por su diversidad y pluralismo, sería en la práctica de utilidad neutra; en tanto y en cuanto, toda tentativa de clasificación de los principios choca con la imposibilidad de claridad. Apostillando, no sería posible enumerar los principios del derecho de quiebras en la propia ley de bancarrotas aunque, sería viable hacer una referencia a ellos y destacar en que casos la norma o la jurisprudencia les han otorgado reconocimiento.

Ante el vacío legal y la necesidad de encontrar soluciones a casos puntuales, una enriquecedora doctrina y una sabia jurisprudencia han servido como instrumentos idóneos para socavar los cimientos en los que se aposentaba la letra fría de la ley inundándola de principios, convirtiendo a lo que se entendía por derecho –en el siglo decimonónico– en un sistema pluralista, donde no existe justificativo alguno para que el *principle* deba positivizarse en un compendio sistemático para lograr reconocimiento. Prueba de ello, es lo que resulta objeto de estudio en este trabajo en el que el “principio de conservación de la empresa” a logrado reconocimiento autoral y jurisprudencial en múltiples pronunciamientos.

Hoy en día, cada vez leemos con mayor frecuencia fallos en los que los jueces apelan a principios para resolver una cuestión, por ejemplo: “universalidad”, “conservación de la empresa”, “buena fe” o “interés público”. Dentro del derecho privado se ha recurrido sistemáticamente a la utilización de principios para limitar o bien interpretar el sentido de un precepto o argumentar una decisión. Así, cuando el intérprete apela al principio de conservación de la empresa o al de universalidad, busca encontrar un justificativo para dar sentido a la orientación que le quiere dar a la norma o bien, argumentar la decisión por apartarse de lo que ella establece. Las permanentes referencias en los fallos al “interés público”, “conservación de la empresa” o “universalidad”, afirman esta aseveración.

CAPÍTULO III (Fuentes del Derecho Concursal y sistema de principios)

Si bien es cierto que la primera fuente hermenéutica de la ley es su letra, conforme lo ha entendido la Corte Suprema –en los tiempos actuales– la misma no representa el instrumento que permite la resolución de todos los conflictos de intereses. Es por el contrario fuente de grandes controversias. De allí, la importancia que poseen las otras fuentes del derecho como: la doctrina, la costumbre (en especial la comercial), la jurisprudencia, la analogía y los principios, para la solución, sobre todo, de casos difíciles.

Los principios a partir de su reconocimiento se han convertido en una fuente más de todo el derecho, y en particular del derecho concursal; por lo que a partir de este enunciado se puede comprobar su importancia como fuente del derecho de quiebras.

La tarea interpretativa exige de los operadores jurídicos enormes esfuerzos para acercar la justicia al caso concreto, toda vez que existen vacíos que la ley no puede cobijar. El derecho concursal ha exigido del intérprete grandes arrosos de erudición para desentrañar la verdadera intención del legislador o para resolver los casos con equidad. Por lo que, recurrir a los principios –en especial, a la jurisprudencia elaborada por los tribunales– consolida la excelsa virtud de hacer justicia.

El jurista, el intérprete, el funcionario administrativo o el juez pueden extraer de los principios generales (normas implícitas) las normas legales explícitas, lo que implica reconocer su actividad creadora y no meramente descriptiva. La doctrina científica o los diversos intérpretes de normas serían así fuente del derecho a través de la utilización de los principios generales del derecho como vía por medio de la cual se canaliza la interpretación de las normas jurídicas. Gracias a esta labor, se ha podido dotar de nitidez a aquellas disposiciones que por su oscuridad o dificultad requerían de un enorme esfuerzo interpretativo.

De esta forma, cuando el intérprete para fundamentar su decisión apela a la aplicación del principio de igualdad constitucional, el de conservación de la empresa o el de universalidad, simplemente lo que ha hecho es dar sentido a la norma o bien integrarla; y es en esos casos en los que se materializa la utilización del *principle*.

El art. 16 del Código Civil reproduce el viejo espíritu del Código Civil francés, confiando en que los casos sean resueltos por las palabras y la finalidad de la ley pero, si la cuestión no pudiere resolverse, se recurrirá a los principios de las leyes análogas. Por espíritu de la ley –expresión utilizada en la redacción originaria del Código Civil– se entiende el sentido y contenido inmanente de la misma, lo que en ciertas ocasiones, resulta insuficiente, para solucionar los problemas que se le plantean al derecho.

De *lege lata*, teniendo en cuenta que existen múltiples disposiciones que poseen solución en caso de concurso pero que no cuentan con una respuesta en caso de quiebra y, viceversa; recurriendo a la analogía se puede encontrar satisfacción a las diversas hipótesis que se presentan. Resulta evidente que la ley de quiebras no puede encontrar respuesta a todo el universo de situaciones que pueden presentarse; de allí la necesidad de recurrir a la integración de la ley concursal con normas que le resulten afines, de acuerdo a la situación planteada. Pero, esa integración legislativa presupone, asimismo, una tarea interpretativa toda vez que el juez en su noble tarea de hacer justicia, encontrará en la norma “análoga”, posiblemente la solución al caso; pero no dejará de recurrir a los principios generales del derecho, toda vez que en la apreciación y consideración de los intereses en juego, los “principios” le ayudarán a buscar una solución más justa, realizando una tarea de integración, pero también de interpretación.

Algunas veces, los criterios tradicionalmente utilizados para resolver las antinomias que se presentan entre conflictos de leyes, requieren apelar a ciertos procedimientos, siguiendo una escala, a veces jerárquica y otras temporal. Así, por ejemplo, cuando se apela al principio de la *lex specialis*: la norma especial prevalece sobre la general, el que junto con el de jerarquía (*lex superior derogat legi inferiori*) y el de temporalidad de las normas (*lex posterior derogat legi priori*) integran el conjunto de disposiciones del ordenamiento jurídico.

Cuando se presentan antinomias acerca de cual es la ley que posee mayor peso, se debe buscar cual ha sido la *voluntas legis* para determinar mediante un razonamiento lógico, cual es la norma especial que debe ser desechada y cual, la que debe ser aplicada. De esta manera, podrán complementarse ambos regímenes sin tener que declarar la invalidez de alguno de ellos, aplicando el principio que posea mayor jerarquía.

La misión judicial no se agota con la remisión a la letra de los textos legales, sino que requiere del jurista la búsqueda de la significación jurídica o de los preceptos aplicables que consagre la versión técnicamente elaborada y adecuada a su espíritu, debiendo desecharse las soluciones notoriamente injustas que no se avienen con el fin propio de la investigación judicial de determinar los principios acertados para el reconocimiento de los derechos.

Estas consideraciones acerca de los principios y la ventaja de recurrir a éstos, se concreta a partir de los pronunciamientos judiciales que les terminan dando reconocimiento y validez. Así por ej. cuando el juez recurre al principio de razonabilidad para equilibrar y fijar el límite máximo de intereses que puede percibir el fisco en el marco de un concurso preventivo o, cuando recurre al principio de especialidad para dirimir un conflicto negativo de competencia planteado entre un juez comercial y uno laboral a los fines de que la causa prosiga ante este último fuero o, en los casos en que se tuvo que recurrir a los principios de igualdad, concurrencia y legalidad para justificar una decisión en la que se pretendía la verificación de un crédito en moneda extranjera o, cuando se acude al principio de conservación de la empresa, fuente de trabajo y preservación de una unidad productiva para justificar la aprobación de una propuesta de acuerdo, entre otros.

De las hipótesis descriptas se desprende la importancia que va cobrando la jurisprudencia de principios en materia concursal para la solución de antinomias, por lo que admitir la jerarquía que poseen en la teoría de la interpretación, no es una mera elaboración dialéctica.

La jurisprudencia de principios representa a una concepción que tiende a una fundamentación directa de las sentencias a partir de principios jurídicos generales, apartándose de la idea de completitud de la ley, sea por causa de insuficiencia o como consecuencia de valoraciones y concepciones totalmente nuevas.

CAPÍTULO IV (Origen y evolución de los principios concursales)

Con la *cessio*, el deudor sin perder la titularidad de los bienes, permitía que los acreedores puedan iniciar la venta de los bienes integrantes del patrimonio, sin necesidad de resolución alguna por parte del *iudex* para

que los acreedores entraran en posesión de estos, con los efectos inherentes a tal posesión: la *custodia* y la *observatio* (...). La posesión dada a los acreedores garantizaba la conservación de la integridad del patrimonio hasta que llegara el momento de la venta; pero no restringía la voluntad del deudor que había puesto su patrimonio a disposición de sus acreedores.

Es importante destacar la aparición de la figura del *magíster*, quien distribuía entre los acreedores el precio obtenido en la realización de los bienes, antecedente remoto de nuestro actual sistema de liquidación (percepción a prorrata entre los acreedores cuando el activo es insuficiente), aunque obviamente, no con las particularidades que actualmente presenta. De aquí puede extraerse el principio de universalidad del patrimonio, presupuesto necesario del procedimiento liquidativo.

Las notas sobresalientes de la Edad Media y Moderna en relación a la quiebra son: la aplicación de un régimen común, esto es, tanto a civiles como a comerciantes (lo cual importó un significativo avance en la legislación de insolvencia); el desapoderamiento que sufre el deudor de sus bienes con motivo de la declaración de bancarrota; los acreedores constituidos en asamblea asumen el trámite del procedimiento; por asamblea de acreedores se designa un administrador o procurador para que ejerza en su nombre las acciones de las que puede valerse como tal; la asamblea de acreedores verifica los créditos; el deudor es considerado delincuente y como tal, sufre las penalidades correspondientes: prisión, pérdida de la ciudadanía, torturas.

La actualidad en el derecho concursal comparado, advierte acerca de la presencia de mecanismos –dentro de cada uno de los distintos ordenamientos– en los que el deudor se ve compelido a evidenciar su estado de insolvencia o impedimentos de pago y someterse a los dispositivos legales de solución de conflictos, a los efectos de evitar las consecuencias gravosas que su omisión pudiese conllevar.

Uno de los avances más importantes en el derecho comparado, es la preocupación por la utilización de la figura de la “conservación de la empresa”, evidenciada en las diversas caracterizaciones de los presupuestos que habilitan a la declaración de insolvencia, a saber: insolvencia, cesación de pagos, amenaza de insolvencia, imposibilidad de obtener créditos, dificultades económicas o financieras, los cuales tienden a dotar al

deudor de una respuesta más rápida frente a la crisis, evitando de esta manera el agravamiento de las posibilidades de recuperación.

La participación de los acreedores en el proceso de reorganización y reestructuración parece vital, al punto que en diversas instancias procesales importantes, se atribuyen iniciativas a otros sujetos titulares de intereses diferentes a los de los acreedores, como es el caso de los trabajadores. En Francia la *Loi Sauvegarde des Entreprises* habilita a la constitución de comités de empresa en el que los delegados elegidos por el personal están convocados a formar parte de los órganos de control. En la ley belga, los trabajadores por medio de sus representantes, intervienen en la consideración de un “plan” que debe contener una parte descriptiva y una parte prescriptiva. En la legislación portuguesa es obligatoria la notificación de la petición de concurso al “comité de los trabajadores”.

Tal como fuera expuesto al reseñar la estructura de los distintos ordenamientos, la figura del juez resulta la nota sobresaliente, con un amplio elenco de atribuciones que ejerce de oficio, dimensionando el “principio inquisitorio”.

En el derecho comparado, todos los cuerpos legales coinciden en no atribuir al deudor –exclusivamente– el poder de disponer del mecanismo judicial del proceso crisis, lo que queda prácticamente reservado al estado financiero y patrimonial que éste presente y al interés de los acreedores. En otros términos, el deudor no puede decidir a que tipo de proceso colectivo habrán de ser sometidos sus acreedores, ni los efectos que les alcanzarán. En el caso de la ley portuguesa, una vez que interviene la jurisdicción, inicia su actuación el administrador judicial, quien posee facultades para proseguir con las actividades de la empresa.

De *lege ferenda* y siguiendo la experiencia extranjera, la existencia y/o implementación o puesta en marcha de un “plan” de empresa es la piedra de toque de los distintos ordenamientos.

Todas estas legislaciones concretan en su preceptiva los lineamientos trazados por la UNCITRAL, en sus “recomendaciones” tendientes a contribuir a la creación de un marco jurídico eficaz y eficiente para regular la situación de los deudores que tengan dificultades financieras, que son: “a) dar seguridad en el mercado para promover la estabilidad y el crecimiento económico; b) obtener el máximo valor posible de los bienes; c) ponderar adecuadamente las respectivas ventajas de la vía de liquidación y de la vía de reorganización; d) tratar de manera equitativa a los acreedores

que se encuentren en circunstancias similares; e) lograr una solución oportuna, eficiente e imparcial de la situación de insolvencia; f) preservar la masa de la insolvencia para que pueda efectuarse una distribución equitativa entre los acreedores; g) garantizar un régimen de insolvencia transparente y previsible que comprenda incentivos para reunir y facilitar información; h) reconocer los derechos existentes de los acreedores y establecer reglas claras para determinar el grado de prelación de los créditos; y por último, h) establecer un marco para la insolvencia transfronteriza”.

Parte de la moderna doctrina piensa el régimen concursal en términos de leyes “pro deudores”, leyes “pro acreedores” o leyes de “equilibrio entre los intereses” de los deudores y de los acreedores. Sin embargo, cuando se advierte la presencia de una crisis financiera mundial –como la desatada en nuestro país en el año 2002 y la internacional en el 2008– la “reorganización” y la “continuidad” de la empresa aparecen como las claves de todo el sistema de insolvencia, por lo que es dable sostener que la “continuidad”, la viabilidad de un “plan” de salvataje y la “conservación de la empresa”, se erigen como el mayor de los principios.

CAPÍTULO V (Los principios en la legislación falimentaria argentina)

Si bien es cierto que las leyes deben tener claridad y precisión, no menos cierto es que diversas leyes nacieron producto de la urgencia y la necesidad, lo que atenta obviamente en contra de la seguridad jurídica. Sin perjuicio de ello, debe reconocerse el avance logrado entre las primeras legislaciones de quiebra (Código de Comercio de 1862 y 1889) y la actual legislación, en la que se avizora cada vez más un derecho concursal menos sancionador y más protectorio.

La eliminación de diversas disposiciones, tales como: calificación de conducta, las múltiples formas de evitar la liquidación de bienes de la empresa, la propuesta por terceros cuando el deudor no tiene posibilidades de lograr el acuerdo, la continuación de la explotación en la quiebra y la intervención cada vez mayor de los trabajadores en la solución de la crisis empresarial, dan cuenta de esta aseveración.

Pero, siguiendo palabras EINSTEIN: “los problemas ni se crean, ni se resuelven, sólo se transforman” y pensar que la ley de quiebras es la única solución al problema de la insolvencia, es alimentar la idea de que la ley es perfecta –lo cual carecería de precisión porque el hombre no es perfecto– y porque únicamente a través de su aplicación podremos obtener la mayor ventaja posible para el mayor número de intereses.

Debe admitirse, de *lege lata*, que el derecho concursal tiene la gigantesca misión de proteger una vasta gama de intereses que involucran –la mayor de las veces– a la comunidad en donde se encuentra asentada la hacienda o negocio y, en este sentido, el objetivo del legislador debe concentrarse en la maximización de la continuación de la actividad empresarial, frente al interés de los acreedores. Esto es, priorizar el interés social frente al interés individual.

Por ello, se sostiene que el gran desafío para el parlamentario está en sancionar normas que, independientemente, de los vientos económicos que soplen –a veces transformados en verdaderos huracanes– mantenga indemne los principios de la quiebra y priorice la conservación de la empresa y la fuente de empleo, frente a situaciones coyunturales que pueden generar mayores convulsiones.

CAPÍTULO VI (Principio de universalidad concursal)

La quiebra debe concebirse como un proceso *sui generis*, complejo, con caracteres propios que, concluidos los trámites procesales tendientes a lograr la reorganización o reestructuración del negocio, en su última *ratio*, está orientado a la liquidación del activo para distribuir el dividendo entre los acreedores.

De *lege lata*, debe aceptarse que las expresiones: “continuación de la hacienda”, “conservación de la empresa”, “interés de los acreedores”, “conservación de los puestos de trabajo”, “interés general”, “orden público” e “interés público” conspiran contra una concepción de la quiebra, mecanicista: realizar el activo para cancelar el pasivo; la quiebra no puede reducirse a una mera operación matemática. El desistimiento del concurso (arts. 6, 31 y 87, LCQ), la homologación del acuerdo preventivo (art. 52 primera parte, LCQ), el salvataje de la empresa por terceros adquirentes de las cuotas o acciones (art. 48, LCQ), la homologación de un

acuerdo en el que no se alcanzaron las mayorías en todas las categorías: *cramdown power* (art. 52, LCQ), la conversión de la quiebra (art. 90, LCQ), la continuación de la explotación de la empresa (art. 189 y 190, LCQ), la no realización de bienes por obligaciones aún no vencidas a la fecha de declaración de quiebra (art. 195, LCQ), la conservación de bienes cuando ello resulte un beneficio para el concurso (art. 126, LCQ), la continuación de los puestos de trabajo (art. 196, LCQ), la realización de la empresa como unidad (art. 205, LCQ) y el avenimiento (art. 225, LCQ), confabulan contra esta idea de la quiebra como mero proceso de ejecución colectiva.

La quiebra –en su moderna concepción– se emparenta más con la tesis amplia que admite una idea *sui generis* del proceso falimentario en el que agotados los mecanismos para lograr una reestructuración de la empresa se endereza, en última instancia, hacia la liquidación del patrimonio. No debe perderse de vista que, cuando no existe empresa y se trata de un deudor individual que, simplemente, no puede cumplir con sus obligaciones y abonar a todos sus acreedores sus pretensiones creditorias a valores nominales, la quiebra sigue siendo la herramienta a la cual se debe recurrir para hacer efectivas las obligaciones asumidas, haciendo realidad la máxima de Ulpiano: *suum cuique tribuere*.

Frente a algunas posiciones doctrinarias que entienden que la universalidad ha desaparecido como principio cardinal del ordenamiento falencial, la quiebra –a diferencia de la ejecución individual– permite adoptar las más variadas soluciones a la crisis que genera la insolvencia. De ahí que, respetuosamente, se discrepa con el pensamiento de ilustrada doctrina que enfatiza que: “no es exacto que el concurso produzca sus efectos sobre la totalidad del patrimonio” (FASSI – GEBHARDT); por cuanto, la propia naturaleza del procedimiento preventivo induce a considerar el patrimonio como una *universitas*, independientemente, de la clase de proceso que se adopte para superar la crisis (concurso preventivo o su variable: APE). De lo contrario, no tendrían sentido las sanciones previstas en el art. 17 de la ley concursal (declaración de ineficacia o separación de la administración) por violación a lo normado en el art. 16 *in fine* (autorización para realizar actos sobre ciertos bienes) o, inclusive, por ocultación de bienes (art. 17 párraf. 2º, LCQ).

Sin lugar a dudas, la quiebra de una empresa no podría concebirse fuera del marco del proceso concursal que brinda ciertas garantías, como

son: concurrencia e igualdad de trato, en el que los remedios para la empresa como bien jurídico tutelable se revelan inexistentes bajo el prisma de otros ordenamientos jurídicos.

Por ende, la universalidad frente al concurso o quiebra del deudor se erige en un principio rector del régimen concursal, puesto que una vez resuelta la apertura del procedimiento del sujeto (persona física o jurídica), el sistema se redirecciona hacia la protección de la hacienda.

La formulación de un plan, de conformidad al análisis realizado en el derecho comparado, aparece como la *condicio* para que el deudor pueda acceder a los beneficios que confiere la normativa. Esto se diferencia de nuestro sistema, en el que no solamente no existe un plan sino que, tampoco existe diferencia entre el concurso de la “mega” empresa y el pequeño comerciante.

De *lege ferenda* sería conveniente que en una futura reforma se contemple la posibilidad de que el deudor minoritario posea un tratamiento diferenciado, permitiendo de esta forma que el mismo pueda verdaderamente acceder a una solución que le permita superar las dificultades. Así, se propone simplificar los recaudos documentales para la presentación concursal; acompañar un plan juntamente con un régimen de administración del pequeño negocio que permita canalizar las negociaciones con los acreedores y prever las inversiones futuras; extender la aplicación del art. 48 al supuesto del pequeño deudor concursado y extender los plazos para la ejecución de garantías reales (art. 24, LCQ) a los fines de que el deudor pueda recuperar capacidad de pago y sortear de esta forma la insolvencia.

Asimismo, de *lege ferenda* y en relación a las discusiones que se presentaron en correspondencia con el concurso por sobreendeudamiento del consumidor, se asevera que el concurso preventivo no resulta un procedimiento adecuado para remediar el problema que plantea el exceso de consumo, siendo necesario implementar mecanismos aptos para sortear esta problemática: *i. e.* arbitraje.

De *lege lata*, debe entenderse que el proceso de liquidación establecido en el Capítulo VI del Título III de la Ley 24.522, no representa el único medio hábil para la liquidación del activo falencial, ni atenta contra el orden público o el interés público admitir otras formas de realización del activo (sobre todo, cuando existe el elemento “empresa” en su composición), pudiendo consistir inclusive en acuerdos

de pago que impidan, de una u otra forma, la venta de los bienes en cualquiera de sus hipótesis, conforme lo tiene previsto el ordenamiento falencial (art. 204, LCQ). La liquidación de los bienes debe hacerse de la forma más conveniente para el concurso, esto es, para los interesados en su disposición, admitiéndose que sobre el particular, el legislador ha previsto diversas alternativas previas a la fase liquidativa; debiendo entenderse que la anotada en la ley: venta de bienes mediante subasta judicial (art. 208, LCQ), no reviste carácter unitario, por lo que no cabe caer en esa única solución, para satisfacer el interés de los acreedores; teniendo como mira el interés general.

De *lege ferenda* se propone modificar el procedimiento liquidativo establecido en la ley de quiebras y admitir un criterio amplio de liquidación a propuesta de los interesados (acreedores, trabajadores, deudor y síndico), que contemple en forma prioritaria, la mejor satisfacción de todos los interés, frente a un patrimonio que se revela impotente para atender a todos los compromisos asumidos por el *cessatus*.

El principio de conservación de la empresa justifica que la sociedad en liquidación (art. 101, LSC) pueda reconducir el trámite administrativo-liquidativo en uno reorganizativo-preventivo por medio de la presentación concursal, como una forma de salvaguardar la actividad de la hacienda en beneficio de los trabajadores y de los terceros que contraten con ésta.

En cuanto a la actividad de la empresa como recaudo de admisibilidad de una presentación concursal se sostiene que, aun cuando la empresa no se encuentre en pleno funcionamiento pero tenga potencialidad de hacerlo, es suficiente para que resulte viable el concurso, el salvataje o cualquier otra forma de continuación en caso de quiebra.

Debe admitirse que existiendo actividad económica (empresa) o una organización de medios personales, materiales e inmateriales destinados a la otención de algún fin (art. 5, LCT), resulta de aplicación las disposiciones de la ley 24.522 pudiendo incluso acceder al salvataje (art. 48, LCQ) la empresa cuyo titular persona física, no haya logrado las conformidades de los acreedores, a los fines de lograr por conducto de terceros (trabajadores o cooperativa de trabajo) un acuerdo que posibilite evitar la liquidación de los activos.

Teniendo en cuenta las disposiciones contenidas en el art. 90 de la ley concursal (conversión de quiebra a pedido del deudor), y cuando surja acreditada la existencia de una unidad económica: empresa, el magistrado debería gozar de amplias facultades para decidir la admisión de un pedido de quiebra a pedido de acreedor, bajo la forma de un trámite preventivo. Esto, no solamente permitirá disminuir los costos operativos que genera el trámite de la quiebra sino, a la misma vez, atender la situación de insolvencia de la empresa, lo que permitirá adoptar medidas saneadoras más efectivas y rápidas.

De *lege ferenda* sería conveniente modificar la ley concursal permitiendo que el juez –en virtud del principio inquisitivo– pueda disponer la mejor forma de proseguir con la explotación de la hacienda, permitiéndole decidir que tipo de procedimiento es más adecuado, teniendo en cuenta su situación económica.

La preocupación y atención que merece la insolvencia por parte de los órganos judiciales, amerita la adopción de remedios que permitan al enfermo, rápidamente, su curación. Para ello, el magistrado deberá tener en cuenta los siguientes factores: a) la condición de empresa del sujeto concursado; b) la posibilidad de continuar con la actividad de la hacienda en funcionamiento, sin contraer nuevos pasivos; c) la trascendencia de la empresa para la economía de la región o la economía del Estado; d) el plan de empresa que se implementará durante el procedimiento de saneamiento y que se requerirá al deudor; e) el mantenimiento de los puestos de trabajo y f) el interés de los acreedores.

En relación a los recaudos mínimos exigidos para la presentación del deudor en concurso preventivo se sostiene que la teleología de algunos recaudos formales de la presentación consagrada en el art. 11 de la ley de quiebras es permitir un adecuado conocimiento del cuadro económico global del deudor. Por ende, si el *debitor* se encuentra en condiciones de acreditar el manejo de sus negocios (lleva contabilidad, posee bienes registrables, posee libros de comercio, etc.) está constreñido a cumplir con esta carga, por cuanto, la acreditación de tales extremos posee estrecha vinculación con el principio de universalidad del concurso.

En cuanto al principio de universalidad en relación a los bienes que integran el patrimonio puede decirse que a pesar de que el patrimonio del deudor representa la prenda común de los acreedores y que el mismo como principio no es absoluto –en relación a ciertos bienes necesarios para

para la subsistencia material y moral del deudor y de su familia y para llevar una vida digna y mínimamente decorosa–, el principio de universalidad no se evanesce, ni pierde fuerza cuando el legislador respecto de ciertos bienes los exceptúa del principio general: el patrimonio del deudor es la garantía de los acreedores. Por tales razones, el patrimonio sigue siendo pieza fundamental y parte necesaria del principio de universalidad ya que su determinación, cuantificación y estratificación hacen al interés del concurso.

El proceso concursal reviste especial importancia, no solamente en aras de la identificación de los bienes de los que el deudor es titular –al momento de la presentación– sino, eventualmente, por la incorporación de otros que habiendo salido de la esfera de su titularidad deben ser reintegrados en beneficio de los acreedores, para maximizar sus opciones de cobro, todo lo cual potencia el principio de universalidad concursal.

El concurso (concurso preventivo, APE o quiebra), en oposición a la ejecución individual, tiene la particularidad de que todos los acreedores –tarde o temprano (v. gr. arts. 32 y 56, LCQ)– deben concurrir para obtener la satisfacción de sus pretensiones y, en el caso de omitir cumplir con este recaudo, corren serio riesgo de perder sus derechos de cobro (art. 224, LCQ); por lo que el “principio de universalidad” se mantiene incólume conforme la actual normativa falencial y se exterioriza tanto en su faz activa como pasiva.

CAPÍTULO VII (Subprincipios de la universalidad concursal)

Se afirma que el “principio de colectividad” reviste fundamental importancia en los juicios universales, ya que la consecuencia más significativa de este principio es que las acciones individuales de los acreedores quedan paralizadas, suspendidas y postergadas, a la espera del resultado del proceso universal (arts. 21 y 132, LCQ), salvo el caso de los acreedores hipotecarios y prendarios que pueden –luego de requerir verificación del crédito y el privilegio (art. 21 *in fine*, LCQ)– proseguir con las acciones ejecutivas tendientes a la realización del bien sobre el cual se ha constituido la preferencia.

Si se parte del presupuesto de que la universalidad se extiende tanto activa como pasivamente (art. 1 y 125, LCQ) durante todo el trámite del proceso, debe reforzarse la posición de que los acreedores posteriores,

aunque sus acciones tendientes al cobro de sus acreencias, no se suspenden ni se atraen, quedan igualmente sometidos (no al trámite verificatorio, ni a los efectos del acuerdo) sino, al trámite concursal. La realización de actos tendientes a la declaración de quiebra del deudor en los términos del art. 77 inc. 2º de la ley 24.522, o bien la ejecución de la acreencia, deben ser ordenados por el juez que entiende en el juicio ecuménico.

El carácter universal del concurso justifica la concentración en un solo órgano jurisdiccional del conocimiento no de todas las materias –como estaba diagramado en la ley 24.522 (t.o. 1995)–, sino de todas las acciones tendientes a agredir el patrimonio que, en algún momento se dijo, representa la garantía de los acreedores cuya dispersión ante otros jueces quebranta la necesaria unidad procedimental y de decisión.

Además, el juez del concurso –en aras de la conservación de la empresa– debe poseer una amplia discrecionalidad en el ejercicio de sus competencias, lo que contribuye a facilitar la flexibilidad del procedimiento y su adecuación a las circunstancias de cada caso. Estas facultades discrecionales del magistrado, se manifiestan en diversas cuestiones de vital importancia para la resolución del concurso y la vida de la empresa, como ser: a) la adopción de medidas cautelares; b) la suspensión de la ejecución de un crédito con garantía real; c) la ampliación del régimen de publicidad; d) la declaración de pequeño o concurso ordinario; e) la acumulación de concursos (el garante o el del agrupamiento); f) el nombramiento y la separación de los administradores concursales; f) la graduación de los créditos, entre otras medidas.

Admitiéndose que el concurso sigue siendo una ejecución colectiva por antonomasia –aunque lleve a una solución concordataria que tienda a la satisfacción de todos los acreedores en igual medida o proporción, con todo el patrimonio del deudor– se debe compartir que ese sólo juez es el que debe intervenir en la realización de los bienes o en el agravamiento de la insolvencia (quiebra) lo que se comprende, únicamente, en el entendimiento de que los acreedores quedan privados de toda iniciativa individual que tienda a agredir los bienes del deudor, por fuera del trámite concursal.

Se sostiene que, no es que el acreedor (de causa o título posterior a la presentación concursal) quede sometido al trámite verificatorio o que deba promover la acción para el reconocimiento de su crédito ante el juez concursal, lo que se alega es que el magistrado que entiende en el proceso

universal sea quien, en definitiva, conceda u otorgue al deudor la posibilidad de entregar otros bienes o de indicar cual es la mejor solución para dicha acreencia en aras de la conservación de la fuente productiva. De esta solución podrían participar el síndico y, eventualmente, los *accipiens* a través del comité (art. 260, LCQ).

El juez del proceso colectivo –a mérito de lo dispuesto en el art. 1º de la ley 24.522– resulta competente para entender en todas aquellas cuestiones que atenten contra el patrimonio del *cessatus* (cuando se encuentre acreditada la existencia de una empresa; art. 5, LCT), o bien tienden a agravar el estado de cesación de pagos (pedido de quiebra); ya que se encuentra en inmejorables condiciones para evitar alargar la agonía del deudor y, directamente, declarar la quiebra; o bien, encontrar juntamente con el síndico y, eventualmente, con el comité de control (si estuviere conformado), las mejores alternativas para superar el estado de crisis, evitando de esta forma la realización o dispersión de bienes que puedan atentar contra la continuación de la actividad de la empresa.

El principio de concursabilidad puede precisarse como “el presupuesto enunciativo conforme al cual, los acreedores, únicamente, pueden hacer efectivas sus pretensiones concurriendo a un único proceso, en el cual se dispondrá la forma en que obtendrán la satisfacción de sus acreencias”. El concepto es comprensivo tanto para el supuesto de concurso preventivo cuanto para la quiebra y se aparta de las concepciones tradicionales que lo vinculan con la verificación de créditos y con la realizabilidad de los bienes. Este criterio se incardina hacia una concepción más amplia de la concursabilidad, ya que pueden existir supuestos en los que, no solamente a través de la verificación se incorpora un sujeto al pasivo (v. *gr.* art. 14 inc. 11.b de la ley 24.522, créditos laborales comprendidos en el pronto pago) como que, asimismo, no exclusivamente, a través de la realización de bienes, se obtiene alguna satisfacción a la pretensión creditoria.

El principio de concurrencia puede señalarse como: “el dispositivo normativo que induce al titular de un crédito –de causa o título anterior a la fecha de presentación en concurso del deudor– a requerir la admisión de su pretensión y el reconocimiento de su condición de acreedor, a los fines de participar del proceso universal”.

Los acreedores concurrentes, pueden ser de dos clases: a) aquellos que logran la admisión de tal condición en el procedimiento de verificación normal o tempestiva (art. 14 inc. 3º y 36, LCQ) y b) los que lo hacen

después de vencido el plazo para verificar sus acreencias y antes de que opere la prescripción concursal (arts. 32 y 56, LCQ). Los primeros quedan habilitados desde la sentencia que los declara verificados o admitidos, a los efectos de participar en la votación del acuerdo (art. 36, LCQ), mientras que los segundos –una vez obtenido el reconocimiento de su acreencia– podrán percibir la cuota correspondiente a su crédito, aunque no hubieren participado del referéndum (art. 56, LCQ).

Podría definirse al principio de unidad concursal como: “el precepto enunciativo que logra por aplicación de una normativa de carácter general concentrar en un mismo procedimiento y bajo un mismo órgano la solución de la insolvencia”.

Debe aceptarse que la necesidad de que un único juez entienda en la forma en que los acreedores percibirán sus acreencias, la continuidad de la explotación, la remoción de los administradores y su responsabilidad, el esclarecimiento de su situación patrimonial, la extensión de quiebra, la defensa de los intereses del concurso, el interés de los acreedores y, por último, (sin que la enunciación se considere un *numerus clausus*) la conservación de la empresa, hasta llegar, inclusive, a la liquidación y forma de distribución del activo, caracterizan a la unidad del procedimiento y potencian la jurisdicción concursal.

En relación a la competencia concursal cuando el deudor sea persona física y posea varios establecimientos, se estima que para solucionar el enigma acerca de que juez debe ser competente para determinar cuál es el establecimiento principal ante un supuesto de concurso del deudor con varias administraciones, deberían seguirse las siguientes pautas: a) cantidad de personal en relación de dependencia; b) importancia del establecimiento en el medio o localidad y sus áreas de influencia; c) activo más importante; d) volumen de facturación mensual; e) monto del pasivo comprometido.

En relación a la competencia concursal establecida por el domicilio social –en caso de personas jurídicas regularmente constituidas (art. 3 inc. 3º, LCQ)– se afirma que el mismo representa un desacierto legal que debería corregirse recurriendo a la protección adecuada del crédito y de la empresa; por lo que se entiende que existir una reforma del régimen de quiebras y en hipótesis de concurso de personas jurídicas regularmente constituidas debe estarse al domicilio donde se encuentra asentado el es-

tablecimiento o explotación principal. De esta forma, se garantizará la continuación del negocio y la conservación del patrimonio.

En el caso de las personas jurídicas regulamente constituidas, existen una serie de motivaciones para fundamentar la inconveniencia de atribuir al domicilio social, competencia concursal, entre los que pueden mencionarse los siguientes:

a) los inconvenientes que se generan para un juez que se encuentra distante del establecimiento donde se desarrolla la actividad de la hacienda, la resolución que disponga la inmediata prosecución de las actividades de la empresa, sobre todo si de su interrupción pudiere resultar un daño grave al interés de los acreedores (art. 189, LCQ);

b) la existencia de ejecuciones de garantías reales en un lugar distinto de aquél donde tramita el concurso, podrían impedir el efectivo conocimiento acerca de la importancia de dichos bienes y la necesidad de conservarlos en pos de la protección del patrimonio (art. 126, LCQ);

c) la cantidad y calificación del personal que continuará en la explotación durante la quiebra (art. 191, LCQ);

d) los costes que demandarán las presentaciones de los acreedores para obtener el reconocimiento de sus créditos (art. 32, LCQ) o la sentencia obtenida en el fuero especializado (art. 56, LCQ) a los fines de su incorporación al pasivo;

e) la conveniencia de la enajenación de la empresa como unidad o en bloque (art. 205, LCQ).

De *legge ferenda* se propone modificar la norma que establece competencia al domicilio social en caso de personas jurídicas regularmente constituidas (art. 3 inc. 3º, LCQ), por cuanto dicho criterio atenta contra la integridad patrimonial, el interés en la conservación de la empresa y el interés público concursal.

En relación a las discusiones que se presentaron en referencia al concurso por sobreendeudamiento del consumidor, se asevera que el concurso preventivo no resulta un procedimiento adecuado para remediar el problema que plantea el exceso de consumo, siendo necesario implementar mecanismos aptos para sortear esta problemática: *i. e.* arbitraje.

CAPÍTULO VIII (*Par condicio creditorum* y privilegios)

Se concluye que existe una tendencia casi generalizada en la legislación extranjera a mirar con disfavor el tratamiento igualitario de los acreedores en situaciones de insolvencia, priorizando en este sentido otros intereses, como ser: la continuidad de la explotación o el condicionamiento a la existencia previa de un plan de saneamiento.

Debe aceptarse que, más allá de posiciones dogmáticas, frente al reconocimiento que históricamente tuvo la *par condicio creditorum*, el legislador nacional ha priorizado otros institutos del derecho concursal como es el de la conservación de la empresa, por la importancia que el mismo representa para la economía y el Estado. Por ende, se advierte la existencia de serias dificultades, el poder retornar a los viejos estatutos medievales, que juzgaban a la *par condicio creditorum* como línea directriz del ordenamiento falimentario y cuya regla era la *solutio per soldum et libram, pro rata creditorum*: pagar cada crédito, es decir, en proporción a la capacidad del patrimonio.

La igualdad de acreedores frente al concurso del deudor presenta diversas excepciones, al punto que –en algunos supuestos– resulta necesario apartarse de ella para lograr soluciones más justas, por lo que más que un principio sería más propicio hablar de una regla, ya que no protege la rígida igualdad en el trato de los acreedores; no se preocupa por una distribución igualitaria de sus pérdidas; está atenta a la proporcionalidad e importancia de las relaciones con la empresa; persigue de modo ostensible su permanencia y el beneficio que ello supone para la economía y, para los acreedores que de un modo u otro, necesitan un *bill* de protección y equilibrio frente a los intereses que genera el mantenimiento de una fuente de producción y trabajo.

Sin perjuicio de ello, negar la existencia de la igualdad –*lato sensu*– podría llevarnos a la discriminación y la arbitrariedad. El interés por la protección del deudor, radicalmente, podría generar situaciones disvaliosas, en las que el adagio: *pacta sunt servanda*, se pierda definitivamente como principio de los contratos; en las que la igualdad de los acreedores a ultranza pueda llevar a arbitrariedades –como la que se produciría si los trabajadores fueran colocados en igual posición que los acreedores quirografarios–; en los que un sistema, excesivamente protectorio de los acreedores, podría llevar al desequilibrio necesario entre el interés de és-

tos y el interés del concurso (el del Estado: por la percepción de tributos; el de la economía: por la diversificación de las inversiones; el del propio fallido: en la continuación de la actividad), y todo ello, representa un enorme desafío para el jurista.

Analizando el tema con objetividad, lo real es que los acreedores –maximizados en su lucha por obtener la mejor propuesta– sean privilegiados o no, llegado el momento de la votación o del cobro, no reparan un ápice en este principio (igualdad), por lo que serán en todo caso el “orden público” o el “interés general”, los verdaderos destinatarios de esta protección, impidiendo que el deudor conceda ventajas a quien no las tenía o creando beneficios a espaldas del ordenamiento.

Coligiendo, sería conveniente revisar la unificación de los privilegios como una forma de brindar seguridad jurídica e identidad de trato a sujetos que se encuentran en igualdad de situaciones: *i. e.* aquellos que celebraron un contrato con el deudor *in bonis* y persiguen su cobro, y aquellos que concertaron un acuerdo de similares características con el deudor –*ex post*– concursado.

En el caso del privilegio (art. 240, LCQ) admitido a favor del cocontratante *in bonis* (art. 20, LCQ) que ha continuado con el contrato con prestaciones recíprocas pendientes, la concesión de este beneficio se justifica en que el mismo potencia la prosecución de la explotación de la empresa en beneficio de todos los acreedores, y esta situación no puede considerarse perjudicial para el resto, desde que la igualdad de todos está dada en éste supuesto, por el acrecentamiento de los activos y prosecución de la producción de la hacienda. Una empresa en marcha, no posee el mismo valor que una discontinuada.

La categorización es la posibilidad de la que goza el deudor de poder agrupar a los acreedores en clases y ofrecer una o varias propuestas para ellos; pero, esta liberalidad de la que goza el deudor debe serlo de forma tal que, al agrupar no exista irrazonabilidad en su proposición o discriminación que entrevea arbitrariedad en su conformación y, en este sentido, será el magistrado quien tendrá en sus manos la posibilidad de ponderar que se cumplan estos designios (art. 42, LCQ).

Si partiéramos del presupuesto que la igualdad es un principio absoluto e inderogable de la ley concursal, todos los acreedores deberían ser colocados en paridad de condiciones de cobro de sus créditos, por lo que no tendría sentido la exigencia de mayoría alguna. Sería suficiente con

efectuar la presentación concursal y formalizar una propuesta de pago, para que contando con los mínimos recaudos la misma sea admitida, ya que todos cobrarían lo mismo.

Existen ciertas situaciones en las que el magistrado apartándose de la norma dicta una sentencia que se apega a la Constitución, y ésta forma de razonar –en una humilde posición– no merece reparo alguno pero, pone a las claras, que el régimen de privilegios merece ser revisado.

La expansión desmedida que tuvieron los privilegios concursales en nuestro sistema jurídico (arts. 241 y 246, LCQ) ha llevado a una tiranía legal que fuera consabida históricamente para resguardar situaciones de inequidad que se presentaban frente a un número indeterminado de sujetos que, de cara a un deudor insolvente, tomaban para sí los bienes a los fines de satisfacer sus pretensiones crediticias.

No resultaría acorde al principio de igualdad (art. 16, C.N.) la intervención de los trabajadores –por conducto de la cooperativa de trabajo– en la etapa de negociación del salvataje empresario (art. 48 bis, LCQ, ley 26.684), lo que se revelaría inconveniente para garantizar la igualdad de los sujetos intervinientes en el procedimiento y atentaría contra la conservación de la empresa.

De *lege ferenda* debe admitirse que existe una imperiosa necesidad de rediseñar el régimen de los privilegios concursales, suprimir varios de ellos y lograr –de esta forma– que la insolvencia alcance a todos en forma más equitativa, evitando de esta forma llegar al punto, como sucede en la actualidad, que la acreencia quirografaria se convierte en la excepción a la regla.

CAPÍTULO IX (El principio de suspensión de acciones, ejecuciones e intereses)

La conservación de la administración de la hacienda por parte del deudor, únicamente puede tener razonable aceptación, en la convicción de que el mismo podrá –con posterioridad a la presentación concursal– reorganizar la empresa; y ello sólo puede admitirse si existe un compás de espera que permita la tan anhelada reestructuración.

La suspensión de los pedidos de quiebra, de las acciones de contenido patrimonial, la prohibición para deducir nuevas demandas por cobro

de créditos, la paralización de las ejecuciones de garantías reales y el impedimento para dictar medidas cautelares que impidan por parte del deudor el uso de la cosa gravada, son principios capitales en todo proceso de reorganización. De esta forma, existe una convalidación, si bien no de todos, por lo menos, de algunos de estos efectos en forma casi generalizada en el derecho comparado.

El sentido de la voz “suspensión de acciones” reposa en la necesidad de que el deudor destine todos sus esfuerzos a los efectos de encontrar soluciones para sanear la empresa o bien para optimizar el recupero de créditos y pago a los acreedores, volcando sus energías a dar la mayor satisfacción posible a las pretensiones creditorias.

En caso de APE la recta interpretación del art. 72, último párrafo, de la ley 24.522 (Adla, LV-D, 4381) conduce a sostener que la suspensión prevista en dicha norma frente al pedido de homologación de un acuerdo preventivo extrajudicial, sólo alcanza a los actos de ejecución forzada o cautelares que imposibiliten la disponibilidad de bienes del deudor.

Frente al interrogante: ¿con la presentación de un APE a homologación, se suspenden también las ejecuciones por remate no judicial y otras medidas que atentan contra el patrimonio? A pesar de que no existe una remisión expresa en la norma, de *lege ferenda*, por vía analógica, correspondería la suspensión de las mismas, como si se tratara de un deudor concursado, toda vez que ello tiene asidero en la similitud de ambos procedimientos. Y, ambos procesos (concurso preventivo y APE), poseen caracteres comunes: a) tienden a lograr la reestructuración de la empresa; b) importan un acuerdo con los acreedores con iguales efectos; c) permiten la continuidad de la explotación en manos del deudor. Por ende, resulta de toda lógica sostener que el deudor que presenta un APE para su homologación desde el momento mismo en que el juez ordena la publicación (art. 74, LCQ) del acuerdo alcanzado, se suspenden las acciones y las ejecuciones de bienes de titularidad del *cessatus* (art. 72, LCQ).

En caso de concurso del deudor, conforme lo dispone el art. 21 de la ley 24.522, no existe justificativo alguno que permita la prosecución de acciones ejecutivas (hipotecarias o prendarias) en extraña jurisdicción, a mérito de las siguientes consideraciones: a) por que tal criterio de pensamiento quebranta la debida integridad del patrimonio del *cessatus*. En efecto, si el deudor puede arribar a algún acuerdo con los acreedores (avenimiento) que ponga fin a la quiebra, la realización de un bien de

significativa importancia para los *accipiens* en extraña jurisdicción podría atentar contra esta posibilidad; b) conspira contra la continuidad de la explotación de la empresa, toda vez que la realización inmediata del bien donde se asientan los elementos destinados a la producción podrían impedir la continuidad de la hacienda, desnaturalizando completamente la normativa establecida en el art. 190 de la ley 24.522; c) impide la venta de la empresa como unidad (art. 204, LCQ) lo que infringe el objetivo de obtener el mejor precio del producido de la realización de los bienes y contraviene el “interés del concurso” (art. 204, *in fine*, LCQ); d) por último, transgrede el principio de preservación de las fuentes laborales en abierta contradicción con los postulados de los arts. 189 y 190 de la ley 24.522 y art. 195 de la ley 26.684.

Debe aceptarse que el reclamo consistente en la aplicación de índices inflacionarios y/o de ajustes de capital posteriores a la presentación concursal atentan contra lo dispuesto en el art. 19 de la ley falimentaria, lo que únicamente podría reconocerse para períodos posteriores a la homologación del convenio, porque de esta forma todos contribuirán, en mayor o menor medida, a superar la insolvencia. El reproche a la aplicación de tasas de interés exorbitantes se sostiene en base a pautas de absoluta equidad entre la posición en la que quedan distintos interesados (acreedores) frente a un mismo sujeto, que no tiene para dar más que lo que surge de los bienes de los que dispone, lo cual constituye un límite a las pretensiones de cobro, puesto que tal pensamiento maximiza los principios que una ley de quiebras intenta proteger.

Un criterio pacificador de las permanentes tensiones que se generan –entre diversos intereses– como por ejemplo: la suspensión de intereses por un determinado período de tiempo (*v. gr.* un año) de todos los créditos, sin admitir excepciones, permitirá que estas desigualdades (a pesar de su arbitrariedad) puedan redundar en beneficio de todos: del deudor por la posibilidad de continuar con la explotación y reestructurar la empresa y de los acreedores quienes, en alguna medida, contribuirán a la superación de la crisis empresarial, generando mayores expectativas en el cobro de sus acreencias. De esta manera, todos se encontrarán en una situación de mayor equidad.

De *lege lata*, en caso de concurso del deudor y de existir una unidad productiva o hacienda y un acreedor con privilegio especial con garantía real hipotecaria o prendaria sobre un bien necesario para el desarrollo de

las actividades de la empresa, se deben aplicar –por vía analógica– las disposiciones establecidas en el Título III, Capítulo II, Sección IV de la Ley 24.522, habilitando a la suspensión y/o paralización de la ejecución, por un término apropiado para lograr la reestructuración del pasivo, permitiendo otras formas de solución, cuando por ejemplo el deudor hubiere ofrecido propuesta para acreedores privilegiados priorizando, de esta forma, la conservación de la empresa.

No existen razones para admitir que el acreedor laboral del deudor *in malis* se encuentre en mejor posición que ante uno *in bonis*. En efecto, el beneficio del pronto pago al que puede recurrir el trabajador está contemplado para los supuestos en que el deudor se encuentra en cesación de pagos, pero no para aquél que se halla en mejores condiciones de abonar la acreencia laboral, por no haber solicitado el inicio de un proceso colectivo (concurso o quiebra). La insolvencia y sus mecanismos superadores se basan en principios de solidaridad social, donde se relativiza el derecho de propiedad con una visión integradora que exige de todos los actores sociales un esfuerzo personal para superarla o, en su caso, impone un criterio de igualdad y protección.

El sistema concursal debe ser capaz de colocar a todos los sujetos en un pie de igualdad y a partir de ello, podrán encontrarse soluciones más equitativas y justas. Si unos pueden percibir más que los otros, si algunos pueden cobrar intereses mientras los otros ven como se diluye su crédito con el tiempo, si otros pueden percibir sus acreencias anticipadamente, debe revisarse el régimen de privilegios y el sistema concursal en su conjunto.

El principio de especialidad de la norma concursal (*lex specialis derogat legi generali*), debe ser utilizado por ser el dispositivo legal que regula una universalidad de intereses y por tal motivo junto con el principio de jerarquía legal (*lex superior derogat legi inferiori*) al que se le suma el de temporalidad o cronología de las normas (*lex posterior derogat legi priori*), permiten solucionar las discordancias. Y, teniendo en cuenta estos principios, ante la presencia de situaciones fácticas análogas, debe reconocerse que la solución más acertada sea la que proviene del mismo ordenamiento falimentario.

La ley especial (Ley de Concursos y Quiebras) supone el tránsito de una regla más amplia que afecta a todo un género (Código Civil), a una regla menos extensa que afecta exclusivamente a una especie de dicho

género. Apostillando, la aplicación de las disposiciones de la ley concursal resultan obligatorias ya que estas regulan la situación especial del deudor en dificultades en contraposición a la norma genérica.

La protección del interés de todos los acreedores nunca estuvo dada por la atracción de sus acciones al fuero concursal (numerosas iniquidades se produjeron bajo tal criterio de solución), sino en base a la igualdad en que deben ser tratados todos ellos, evitando los tan vilipendiados privilegios concursales, que generan más desigualdades que preferencias, por razones de justicia social o de otra naturaleza.

La concentración de los juicios de contenido patrimonial en contra del deudor ante un mismo fuero: concursal; en el convencimiento de que tal razonamiento permitirá adoptar un criterio unificador en relación a los reclamos individuales de los *accipiens* impidiendo, de esta forma, que los acreedores puedan obtener mayores ventajas ante los jueces naturales, más que un argumento para sostener la atracción a servido como artificio para impedir la incorporación de los acreedores al pasivo.

Las disposiciones del art. 56 reformado (t.o. ley 26.086) potencian la universalidad y el principio inquisitivo del juez concursal, impidiendo de esta forma que quien haya obtenido el reconocimiento de su crédito ante un juez foráneo al que entiende en el proceso universal, pueda incorporarse al pasivo sin pasar por el tamiz del control de admisibilidad que el magistrado concursal efectuará al resolver sobre la admisión del crédito y, en su caso, del privilegio; a punto tal, que es el juez quien fijará la forma en que se aplicarán los efectos ya ocurridos respecto de los demás acreedores en relación al acuerdo celebrado, teniendo en cuenta la naturaleza de las prestaciones (art. 56 *in fine*, LCQ).

De *lege lata*, en caso de concurso preventivo en el que se demuestre la existencia una unidad productiva o hacienda y un acreedor con privilegio especial con garantía real hipotecaria o prendaria sobre un bien necesario para el desarrollo de las actividades de la empresa, se deben aplicar las disposiciones establecidas en el Título III, Capítulo II, Sección IV de la Ley 24.522, habilitando a la suspensión y/o paralización de la ejecución, por un término apropiado para lograr la reestructuración del pasivo, permitiendo otras formas de solución cuando por ejemplo el deudor hubiere ofrecido propuesta para acreedores privilegiados, priorizando la conservación de la empresa

En caso de quiebra, si existe un pedido de suspensión de la ejecución de un bien con garantía real que resulte necesario para la explotación y el pedido proviene del síndico –en su condición de administrador de los bienes que componen los activos de la fallida– y existe una unidad económica o si de la interrupción pudiera resultar con evidencia un daño grave al interés de los acreedores y a la conservación del patrimonio, si se interrumpiera un ciclo de producción que puede concluirse o entiende que el emprendimiento resulta económicamente viable o cuando justifique la prosecución en aras de la conservación de la fuente de trabajo (art. 189, LCQ, ley 26.684), de *lege ferenda* el juez del proceso universal podrá ordenar la interrupción de la ejecución invocando estas razones y aplicar analógicamente las disposiciones del artículo 195 *in fine* (ley 26.684).

De *lege ferenda*, se propone modificar la ley 26.684 y retomar la disposición que contenía el art. 20 de la ley 24.522 (t.o. 1995), en cuanto disponía la suspensión de los convenios colectivos de trabajo, por cuanto, de esta forma, los trabajadores contribuyen sin grandes sacrificios con la recuperación de la hacienda.

Sin perjuicio de ello, de *lege lata* y en virtud del principio inquisitivo, el juez se encuentra facultado para disponer, en su caso, las reorganizaciones que resulten necesarias a los fines de poder continuar con el giro empresario, sin que ello importe agravar la situación económica del ente. Y, en esta reestructuración, no puede estar ajena la conveniencia de mantener o no el convenio colectivo aplicable a los trabajadores dependientes del sujeto concursado o declarado fallido.

El principio de universalidad y el de suspensión concursal, preservan el interés de los acreedores y fortalecen el principio de conservación de la empresa al reforzar las facultades del magistrado en relación a los acreedores denunciados por el deudor al momento de la presentación, que hayan proseguido con sus acciones individuales en extraña jurisdicción por cuanto, indisolublemente, tales principios, garantizan la integridad patrimonial y el orden público concursal.

CAPÍTULO X (El principio del interés público)

La interpretación de la ley de quiebras requiere adaptarse a la finalidad de su regulación, dentro de la cual cabe dar preeminencia a la con-

servación de la empresa y a las soluciones preventivas de la crisis, por sobre otros intereses.

Teniendo en consideración la distinción entre intereses privados y públicos (*vide* Capítulo X, § 18), debe admitirse que frente a la crisis de una empresa, los jueces no atienden exclusivamente intereses privados, sino a muchos otros aspectos, toda vez que por encima de la voluntad colectiva están el interés general y la buena fe comercial. Más allá de cualquier forma que pueda adoptar el procedimiento colectivo (concurzal o liquidativo) el interés de los acreedores está presente en cualquiera de los procesos a los que recurra el deudor, sin menoscabo de los otros intereses siempre vigentes: los del concurso, la empresa y el Estado.

De esta forma, el interés general al que refiere la ley concursal aparece como comprensivo de todos los demás bienes a los cuales orienta sus fines el Estado e intenta tutelar, ajustando las decisiones del juzgador y las pretensiones de las partes a la protección y ordenación de esos resultados, ya que el bien común es la finalidad que pretende lograr toda norma de alcance general.

Y, en este sentido, la conservación de la empresa se erige en un nivel superior. Para aceptar esta posición, resulta –objetivamente– necesario ver a la empresa con criterio de funcionalidad y operatividad. Su preservación dependerá del Derecho y su utilización de la economía. Por ende, no resultaría aceptable admitir la protección a *ultrance* del crédito, cuando dicha tutela pudiere tener entidad suficiente como para paralizar la capacidad productiva del ente.

En definitiva, el interés de los acreedores representa un bien tutelable, pero no mayor que el que requiere la conservación de la hacienda. De allí, la importancia de las facultades inquisitorias del magistrado quien actuando bajo ciertas pautas de justicia y equidad (*fair and equitable standard*) podrá arribar a la máxima: *suum cuique tribuere*.

De *lege lata*, debe admitirse que en la ley concursal confluyen diversos intereses dignos de protección. Así, cuando el legislador se refiere al interés del concurso quiere hacer mención a los bienes, créditos o procedimientos que el órgano concursal a través del cumplimiento de su función (art. 275, LCQ) puede lograr incorporar para incrementar el activo falimentario en beneficio de los *creditors*.

El interés de los socios se exterioriza en ciertos actos de relevante importancia para ellos y para el concurso. Así por ej. cuando deben ratifi-

car la continuidad del trámite concursal (art. 6, LCQ) o, cuando deben admitir una propuesta en la que puedan incorporarse nuevos socios (art. 43, LCQ) o, en caso de aceptar una propuesta por un valor menor al fijado por el juez y como correspondiente a su participación social (art. 48, LCQ). A punto tal, que el juez en aras de la protección de la empresa y la continuidad de la explotación, podría imponer el acuerdo a los accionistas disidentes (art. 52, LCQ) por conducto del *cramdown power* cuando el pago resultante de lo que los socios pretenden, equivalga a un dividendo menor que el que obtendrían por la liquidación de los bienes en la quiebra.

El interés en la continuidad de la empresa también protege a los otros intereses implicados: concurrentes y no concurrentes. Entre los primeros se puede mencionar el interés de los trabajadores que podrán mantener la fuerza laboral a disposición del empleador (aunque éste haya cambiado de titular), con lo que verán satisfechas sus necesidades básicas. Entre los no concurrentes se puede señalar aquellos que por sus vinculaciones con la hacienda: proveedores y/o clientes, ven una solución en la continuidad de las actividades de ésta, ya que de esta forma pueden proseguir con su negocio, colocando sus servicios o mercaderías.

Debe aceptarse que el régimen falencial se sostiene también en el principio de información, el que podría definirse como “el enunciado ético de carácter general que obliga a los participantes a conducirse de modo tal que permitan el conocimiento oportuno y eficiente de los datos que les sean requeridos”.

En esta tesis se afirma que, si bien varias disposiciones de la ley revisten el carácter de orden público porque los particulares están impedidos de modificar sus postulados, no toda la ley concursal posee tal carácter, en primer término, porque el legislador no le ha signado *expressis verbis* tal naturarleza y, en segundo lugar, porque con miras en el interés general se encuentran adecuadamente resguardados los demás intereses que una legislación protectoria —que se precie de tal— debe abrigar.

De *lege lata* se asevera que el interés general tiene mayor importancia que el orden público concursal, debiendo éste someterse a aquél. Como sostenía el insigne CÁMARA la tutela del interés público se cumple, en buena medida, mediante la protección del trabajo; a lo que cabe agregar: de la empresa, de los acreedores, de los proveedores, del Estado, de la comunidad en la que se encuentra inmersa y, porque no decirlo, del mer-

cado, ya que el cierre de una empresa perjudica a todos los intereses involucrados.

De nada sirven procesos en los que la protección se concentre en una sola de las partes involucradas en la insolvencia, la indemnización por despido no sirve para remediar los efectos económicos, sociales, culturales, políticos y psicológicos que la falta de empleo causan a la sociedad toda, y el trabajador frente a un deudor concursado deja de ser un simple acreedor, para convertirse en artífice de su propio destino. La continuidad de la empresa hace al interés de toda la sociedad.

Corresponde al derecho concursal cumplir también, una función social, y en esto no está comprometido el orden público, sino el interés general, ya que la ley de quiebras es un instrumento útil que posibilita la conservación de la unidad económica viable.

El interés individual de los acreedores, el reconocimiento de un privilegio, la prosecución de un contrato, el beneficio para el deudor, el interés del Estado y el juego de los diversos intereses ceden frente a un proceso colectivo en el que si bien no se dejan totalmente de lado los intereses particulares, sí se torna preponderante la atención y cuidado del debido proceso, el interés general comprometido y la continuidad de la explotación.

Una adecuada correlación de los diversos intereses y de preceptos –algunos de ellos indisponibles– debe cobrar mayor vigor e importancia frente a situaciones en las que confluyen una comunidad de intereses que trascienden lo particular y comprometen sensiblemente el interés general, máxima de protección, del ordenamiento concursal. De allí, que sea más importante el interés público presente en la ley de quiebras, que perseverar en el carácter de orden público de algunas de sus premisas. Persistiendo en tal postura, no será posible superar la insolvencia.

Debe aceptarse que la buena fe es un principio que se encuentra presente en cualquier ordenamiento y, en particular, en la ley concursal está reflejada no en normas de conducta a seguir sino en la sanción que de ellas realiza el ordenamiento ante la inobservancia del deudor al comportamiento que le es exigible. Las cuestiones relacionadas con la buena fe cada vez se presentan con mayor interés, convirtiéndose el *principle* en un elemento informador e integrador del ordenamiento falencial.

CAPÍTULOS XI Y XII (El principio de conservación de la empresa como actual principio rector de los concursos)

Se asevera que en la actualidad, la protección y prosecución de las actividades de la hacienda se erigen en las ideas directrices, en los principios fundamentales que debe sostener cualquier ordenamiento que regule la insolvencia, más allá de las concepciones económicas y de los conflictos que puedan presentarse.

En el ámbito del derecho concursal, la empresa es objeto de protección ya sea por vía del concordato (arts. 43, 48 y 69, LCQ) como por conducto de su continuación en la quiebra (arts. 189 y 190, LCQ), por lo que existe un sistema de protección de la hacienda que la exhibe como objeto transaccional. De esta forma, la empresa –no el empresario– es objeto de transacción y la razón de ello se encuentra en el principio de conservación.

La participación activa e intervención adecuada de los órganos de la empresa (empresario: persona física u órgano de administración, en el caso de la persona jurídica, con un adecuado régimen de información hacia los socios o accionistas) así como del Estado (en el sentido de proporcionar el marco legal adecuado para la apertura del proceso o la protección necesaria de la empresa), aparecen como los elementos necesarios sobre los cuales se edificará la reorganización y la recuperación de la hacienda.

El desafío del derecho actual (en especial el del derecho concursal) reside en el esfuerzo por tratar de frenar las complicaciones que se vayan presentando en la empresa, en orden a su reestructuración; reencausar las negociaciones con los diversos sectores: trabajadores, acreedores (comerciales, financieros) y restaurar a la normalidad la actividad serán, principalmente, los objetivos a concretar en el mediano plazo.

En una modesta posición podría sostenerse, que no debe confundirse actividad como concepto de empresa con actividad como presupuesto de continuidad del trámite concursal. Una hace a la definición económica de la hacienda, la cual puede ser motivo de controversias; la otra se relaciona con la organización de la actividad y las posibilidades de recuperación, lo cual se aleja de la cuestión conceptual.

De *legge lata* debe admitirse que cuando la ley concursal pone en movimiento su sistema protectorio lo hace en apoyo de la empresa que tenga virtualidad de poder funcionar sin que sea recaudo de admisibilidad



que la misma se encuentre detenida o momentáneamente paralizada; mientras que acredite que dicho estado puede ser revertido. Por ende, la protección que otorga la ley concursal se concentra mayormente en la empresa y no en el patrimonio, al cual ve, únicamente, como prenda común de los acreedores sobre el cual se harán efectivas las pretensiones de cobro, una vez que este se haya liquidado.

La conservación de la empresa no significa desterrar que esta –a mérito de la vinculación con las cosas que se rigen por la ley natural– no pueda mutar, transformarse o simplemente, quebrar y liquidarse. La idea es que ello sea la última *ratio* a la que deba recurrirse para salvaguardar una actividad económica.

Tal como se exigen ciertos recaudos indispensables en caso de quiebra para poder continuar con el negocio –al punto de requerir de un plan para cancelar el pasivo existente a la fecha de declaración de falencia (art. 190 inc. 8º, LCQ); el que pocas veces se ha podido comprobar en la praxis– de igual forma se hace necesario implementar un proyecto de tareas al momento de la solicitud de apertura del preventivo. Tales recaudos de admisibilidad para la prosecución de la explotación tornan inadmisibles la diferenciación existente entre la empresa fallida, de aquella otra en la que el empresario, simplemente, con una breve referencia a la contabilidad con que cuenta obtiene protección legal (arts. 11 y 14, LCQ).

De *lege lata*, debe requerirse al deudor que peticiona su concurso la presentación de un plan de explotación del negocio similar al que se requiere al síndico en caso de continuación de la explotación frente a la declaración de quiebra del deudor. De tal forma, la preservación de la empresa en nuestro sistema concursal se sustenta sobre dos pilares fundamentales: a) el concurso preventivo o APE y b) la quiebra con continuidad de la explotación.

Ahora bien, existiría alguna antinomia en la ley concursal. En efecto, mientras en el concurso preventivo el convenio colectivo que rige la especialidad cede, en caso de quiebra con continuación de la explotación (hipótesis de mayor agravamiento de la situación de insolvencia de la empresa), el convenio se mantiene vigente; lo cual resultaría, cuanto menos, un contrasentido, toda vez que el recrudecimiento de la situación de insolvencia de la hacienda obliga a adoptar todas las medidas necesarias para mantener la empresa en marcha. Entre ellas, la renegociación del convenio colectivo de trabajo. De *lege lata*, se estima conveniente que,



en este supuesto, el juez convoque a la asociación gremial y la sindicatura a los fines de que en audiencia –que fijará al efecto– procedan a acordar las modalidades de la prestación laboral: jornada, salario, plus, adicionales, reducción horaria, etc., lo que deberá ser luego homologado por el magistrado que entiende en el juicio universal.

El futuro de los trabajadores y la supervivencia de la hacienda también dependen de la suerte que corra la empresa en esta fase del proceso universal, toda vez que el sobredimensionamiento de la empresa en relación a su capacidad productiva –desde el punto de vista laboral– podría incidir negativamente, sobre la suerte de esta.

Por ello, de *lege lata*, sería conveniente que el deudor –no solamente presente un plan de reorganización– sino que, asimismo, acompañe un proyecto de redistribución del personal en relación de dependencia que se mantendrá afectado a la explotación durante el trámite del concurso.

De *lege ferenda*, para la etapa de concurso preventivo, sería conveniente implementar algún sistema de garantía –como el que se había diseñado en la ley 23.472 (Adla, 1987-A-103)– para los acreedores despedidos por empresas concursadas, que permitan resguardar el interés de los acreedores laborales frente a la insolvencia empresarial. De esta forma, se protegerá al acreedor y ello redundará en beneficio de la hacienda potenciando sus chances de recuperación. Otra solución podría encontrarse en la suspensión temporaria de algunos trabajadores o una reducción proporcional de salarios, comenzando por el personal jerárquico, lo que conllevará la preservación de los puestos de trabajo reduciendo de esta forma el costo laboral. En definitiva, encontrar soluciones reales para situaciones, muchas veces ideales, es el gran desafío que el deudor o el síndico y el juez deben afrontar en todo procedimiento que pretenda la tan anhelada recomposición del pasivo y superación de la crisis empresarial.

La facultad del magistrado (de disponer de oficio la continuidad de la explotación) fue eliminada en la ley 24.522, restringiendo de esta forma la potestad del *iudex* de ordenar la inmediata prosecución de la explotación sin contar con el informe previo por parte del órgano concursal. Sin perjuicio del criterio del legislador sería un verdadero desacierto, no solamente por restringir las potestades oficiosas del magistrado, sino también porque ello atenta contra la preservación de la hacienda; no obstante, de *lege lata*, podría sostenerse en base al principio inquisitivo, que tales facultades del juez se mantienen incólumes cuando el síndico no

hubiere resuelto continuar con la explotación, por lo que el magistrado apelando a idénticas razones puede resolver continuar en forma inmediata con la explotación del negocio (art. 159, LCQ), lo que podrá ordenar por un breve período de tiempo, hasta que concluya un ciclo de producción o de comercialización, conforme a su actividad (art. 191, LCQ).

Si bien es cierto que el deudor puede requerir medidas tendientes a preservar los bienes, así como colaborar con la integridad patrimonial realizando o requiriendo todas las providencias necesarias para cumplir tales fines cuando el síndico prescinda de realizarlas, el mismo, no puede formular oposición a la continuidad de la explotación. De *lege lata*, así como el deudor no puede resistirse al inicio y trámite del salvataje por tercero o, por él mismo si tiene posibilidades de ofrecerles algo a los acreedores y obtener de éstos las conformidades bajo el régimen de mayorías (arts. 45 y 48, LCQ); de la misma forma, no posee capacidad para oponerse a la prosecución de las actividades de la hacienda, cuando está en juego precisamente, la conservación de ésta.

En hipótesis de continuación de la explotación, la exigencia contenida en el art. 190 inc. 8° de la ley concursal, no debe entenderse que resulta una exigencia legal, que el síndico se haga cargo del pasivo, o bien que la ley exija esto como una *condicio iuris* para la continuidad de la explotación sino, simplemente, se le requiere que en caso de continuar con la actividad manifieste de que forma podría cancelarse el pasivo, a los fines sanear la empresa. El decálogo de exigencias previstas en el art. 190 del ordenamiento, no deben ser tomados literalmente para admitir la continuación, por cuanto tal criterio de razonamiento podría llevar a situaciones ideales inexistentes en la práctica.

El programa que elabore el síndico debe contener –como sucede con las enfermedades– primeramente, un diagnóstico, un pronóstico y, por último, un tratamiento; por cuanto de ello dependerá la viabilidad futura del negocio, su mantenimiento en el tiempo sin comprometer el futuro de la actividad y, por último, las posibilidades de enajenar la hacienda en marcha, lo cual constituye una herramienta estratégica para ordenar las distintas variables a las que deberá sujetarse la empresa durante el período de continuación, permitiendo la realización de controles periódicos y adecuados (tanto por el síndico como por el comité de control) para conocer el avance de la gestión, evitando posibles desviaciones.

Contar con los fondos necesarios para la financiación del emprendimiento es recaudo indispensable también, para que el plan tenga sustentabilidad. El negocio no podrá mantenerse si éste no tiene previsibilidad financiera y económica. Por tanto, el síndico al elaborar el plan de tareas, deberá precisar como obtendrá esos recursos y de que forma procederá a invertirlos para proseguir con la explotación de la hacienda.

La continuación –bajo la dirección de la “cooperativa de trabajo”– no impide ni desobliga al síndico de sus obligaciones de información, quien deberá mantener permanente contacto con los titulares del consejo de administración a los efectos de evaluar en forma permanente la prosecución de las actividades y el cumplimiento de los objetivos trazados en el plan de tareas que deberá elaborarse a tales efectos.

El interés social en la conservación de la empresa se sustenta en las políticas implementadas por el Estado que a través de la sanción de diversas leyes de protección de la hacienda, dan vida a la salvaguardia de la hacienda como principio general de todo el ordenamiento mercantil. No obstante, ésta tarea no es patrimonio exclusivo del Poder Legislativo, los otros dos poderes: Ejecutivo y Judicial, están forzados a encontrar soluciones tendientes a resguardar las unidades productivas. Aunque, esto no significa que las acciones implementadas desde los otros poderes del Estado tengan idéntica entidad.

Anticiparse a la fase liquidativa preservando la integridad patrimonial, no solamente contribuye a evitar el desmembramiento patrimonial –lo cual representa como refieren los ingleses: *a timing problem*– sino que ello también permite evitar las indeseadas conclusiones anticipadas. En este sentido, el art. 159 de la ley falencial es un dispositivo llave, puesto que el mismo se encuentra previsto para reglar las relaciones patrimoniales no contempladas expresamente, con lo que los criterios axiológicos: debida protección del crédito; integridad patrimonial del deudor y de su empresa e interés general, quedan a buen resguardo.

Sostener que la conservación de la empresa representa el único bien protegido por el ordenamiento, importaría admitir la existencia de un solo principio del ordenamiento en una suerte de pirámide de valores. Existen otras formas de conservación en la ley concursal que se vinculan estrechamente con el interés de los acreedores, del patrimonio, del concurso; los cuales también son objeto de amparo.

Nuestro régimen concursal tiene previsto un procedimiento cerrado de liquidación de los bienes del activo, lo que ciertamente atenta contra la libertad que pueden tener los sujetos interesados en proponer otras formas de realización, el que no admite otras alternativas de conclusión de la quiebra que las que están previstas en la ley: avenimiento, pago total o la modalidad de clausura del procedimiento por distribución final; lo cual se revela insuficiente para admitir otras formas de solución como es la conversión de los créditos en participaciones sociales y el arreglo del pasivo, por lo que debe admitirse por vía analógica la posibilidad de aplicar otras salidas, en particular y especial aquellas que permitan la conservación de la hacienda y la satisfacción del interés de los acreedores.

La conversión de créditos en acciones, cuotas o partes de interés –en particular en hipótesis de quiebra– permitirá transformar a los acreedores en accionistas, cuotapartistas o socios, lo que incentivará a éstos a efectuar nuevas inyecciones de capital a la entidad y acordar con los acreedores disidentes o que no deseen participar en la reconversión de créditos, con lo que la empresa fallida dispondrá de dinero fresco, sin el cual, no podría mantenerse en funcionamiento, lo que reviste carácter indispensable para el éxito de la solución.

De lege lata, debe admitirse que el proceso de liquidación establecido en el Capítulo VI del Título III de la Ley 24.522, no representa el único medio idóneo para la liquidación del activo falencial, ni atenta contra el orden público admitir otras formas de realización de los bienes, pudiendo consistir inclusive en acuerdos de pago, que impidan de una u otra forma la venta de la empresa en forma separada de los bienes que integran el patrimonio, conforme lo tiene previsto el ordenamiento falencial.

Debe aceptarse que las entidades de crédito (con los instrumentos financieros y autorizaciones correspondientes por la autoridad de control: BCRA) y el Estado a través de herramientas que permitan aceptar ciertos acuerdos, pueden convertirse en artífices de remedios concursales. Para ello, podrán asumir algunos de los siguientes compromisos: 1) renuncia a los intereses ya devengados y al privilegio (art. 43, LCQ); 2) acuerdo irrevocable de no exigir el pago del crédito por cierto tiempo o hasta que se verifiquen determinadas circunstancias; 3) conversión de los créditos en participaciones sociales; 4) reestructuración de los mecanismos de financiación.

De *lege lata*, debe existir cierta correlación entre diversos elementos integradores de la continuidad de la explotación y que hacen a la conservación de la empresa como unidad económica: 1) la previa elaboración de un plan de explotación; 2) el plazo al que se sujetará la continuación; 3) los beneficios que ello deparará para el interés de los acreedores; 4) la ventaja que ello suponga para terceros y, por último, 5) la forma en que la continuación permitiría contribuir a cancelar el pasivo existente o superar la insolvencia patrimonial.

De *lege ferenda* deben incorporarse al régimen concursal procedimientos que, por conducto de la paralización de ejecuciones, se permita al empresario (siempre y cuando, se encuentre suficientemente justificado) recomponer el pasivo, reestructurar la empresa y reordenar los negocios a los efectos de permitir la continuación de las actividades.

En la actualidad, el derecho asiste a un cambio de concepción profunda y es que la empresa representa un valor superior que el que ostenta el interés de los acreedores. La superación de la dicotomía: deudor vs. empresa, llevó a un nuevo pensamiento el de que ya no estamos en presencia de un derecho mercantil o un derecho concursal del deudor, sino asistimos a un derecho privado en el que la empresa trasciende a la persona. En puridad de verdad, el sistema resulta útil y depara todos sus beneficios, siempre y cuando sea empleado en procesos en los que exista una empresa socialmente útil o económicamente viable. De lo contrario, se estaría conservando un proceso judicial más que un emprendimiento económico.

De *lege lata*, en este delicado equilibrio entre diversos intereses en juego, únicamente, la veracidad en la información, adecuados sistemas de control y una conveniente y elaborada planificación, permitirán hacer realidad la protección del crédito sin menoscabo de la conservación de la empresa.

De *lege ferenda* sería conveniente incorporar mecanismos o disposiciones legales que permitan conceder ciertas ventajas a deudores concursados a partir de la declaración de falencia, en especial a aquellas empresas que prosigan con la continuación de la explotación, tales como: reducción de aranceles, disminución de la carga tributaria, excención de aportes patronales durante un determinado período de tiempo, asistencia crediticia con tasas diferenciales, designación de expertos que contribuyan con el síndico o la cooperativa de trabajo en la implementación de

políticas de ajuste que permitan la recuperación económica de la hacienda y la cancelación del pasivo.

Frente a la declaración de quiebra de una persona jurídica, cabe interrogarse: ¿si el fallido (titular de las acciones o cuotas representativas del capital), puede transferir sus participaciones sociales a un tercero interesado en la administración y continuidad del negocio? En puridad de verdad, no se advierte que exista impedimento alguno, por los siguientes motivos:

a) la persona jurídica fallida se encuentra desapoderada de la administración de sus bienes, pero los socios o accionistas titulares del capital social, no se encuentran impedidos de disponer de sus participaciones sociales (salvo que por otras razones, se encuentren imposibilitados, por ej. prenda de las acciones o cuotas), por lo que perfectamente pueden negociar una transferencia de la parte de interés que les corresponde;

b) debe valorarse la conveniencia del negocio para la continuidad de la empresa, esto es, que el adquirente del capital social asuma el compromiso de mantener la actividad y brinde las garantías suficientes (propias o de terceros) en orden a cancelar el pasivo de la empresa concursada;

c) si la empresa no estuviere en pleno funcionamiento, deberá solicitarse que la interesada realice los desembolsos necesarios para ponerla en marcha y, por último,

d) establecer un eficiente y permanente régimen de información de las actividades realizadas por la adquirente en beneficio de la actividad de la hacienda y del interés de los acreedores con una activa participación del síndico y del comité de control.

Por este motivo, es que se considera conveniente que el plan implementado por el fisco nacional sea modificado *aggiornandolo* a las reales necesidades de la empresa por un período de tiempo prudencial que permita, verdaderamente, su recuperación. Así también, se estima útil las facilidades y reducciones que puedan ser implementados por el fisco provincial (ingresos brutos) o inclusive, por otros organismos, los que serán necesarios para que la hacienda pueda rescatarse completamente.



BIBLIOGRAFÍA

A

- AARNIO, Aulis, *Lo racional como razonable. Un tratado sobre la justificación jurídica*, ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, (1991).
- ABBAGNANO, Nicolas, *Historia de la filosofía*, 4ª edic., Barcelona, ed. Hora, (1996).
- ACKERMAN, Mario E. y TOSCA, Diego M., *Las transformaciones de la empresa en el derecho del trabajo*, ed. Rubinzal-Culzoni, Sta. Fe, (2007).
- ACUÑA ANZORENA, Arturo, *El derecho de retención*, L.L. 14-386.
- AFTALION, Enrique R. - GARCÍA OLANO, Fernando y VILANOVA, José, *Introducción al Derecho*, 9ª edición, ed. Coop. de Derecho y Ciencias Sociales, Bs. As., (1972).
- ALBANESE, Umberto, *Máxime, Enunciazioni e Formule Giuridiche Latine*, ed. Hoepli, Milano, (1993).
- ALBERDI, Juan B., *Manual de Ejecuciones y Quiebras* en Obras Completas, ed. La Tribuna Nacional, (1886).
- ALBERTI, Edgardo M. y QUINTANA FERREYRA, Francisco, *Concursos*, ed. Astrea, (1990).
- ALBERTI, Edgardo Marcelo, *Redescubrimiento del concordato extrajudicial*, L.L. 1981-D-1106.
Una contribución de Efraín Hugo Richard al derecho concursal: el plan de empresa como recaudo del concurso preventivo en “Derechos patrimoniales”, Estudios en Homenaje al Profesor Emérito Dr. Efraín Hugo Richard, Dir. por Laura FILIPPI y María Laura JUÁREZ, Ad Hoc, Bs. As., (2001)..
- ALCHOURRÓN, Carlos E. y BOULYGIN, Eugenio, *Sobre la existencia de las normas jurídicas*, Universidad de Carabobo, (1970).
Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales, (3ª reimp.), ed. Astrea, (1998).
- ALCONADA ARAMBURÚ, Carlos R. S., *Análisis de los cambios legislativos en materia concursal*, Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones, año 22, n.º 131, Bs. As., octubre, (1989).
- ALEGRÍA Héctor, *Acuerdo Preventivo Extrajudicial (Caracterización, problemas y acuerdos privados)*, en “Revista de Derecho Privado y Comunitario 2002-3: Concursos-1”, ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, (2003).
Algunas cuestiones de derecho concursal, ed. Abaco de Rodolfo Depalma, Bs. As., (1977).

- Breve apostilla sobre la flexibilidad en la interpretación de la ley concursal*, La Ley, Sup. CyQ 2004 (septiembre), Derecho Comercial - Concursos y Quiebras - Doctrinas Esenciales.
- Diálogo de economía y derecho y convergencias culturales y sociales en la insolvencia*, comunicación dada en la Academia de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires en sesión privada del 14 de setiembre de 2006, pub. en Anticipo de "Anales", año LI, segunda época n.º 44 y en L.L. 2007-C-900.
- Los llamados "pequeños concursos". Concurso de personas físicas, consumidores, patrimonios reducidos*, L.L. 2005-E-1353.
- Nueva reforma a la Ley de Concursos y Quiebras, ley 25.589*, L.L. 2002-D-1055.
- Perfiles actuales del derecho concursal*, L.L. 2005-F-1244.
- La conservación de la empresa como centro principal del derecho concursal moderno (Evolución, Panorama actual y Cuestiones Modernas)* en "Tratado de la Empresa", Dir. PIAGGI, Ana, ed. Abeledo Perrot, (2009).
- La emergencia, el derecho concursal y otros alcances. La Ley 25.563*, Sup. CyQ, pág. 1 (pub. luego en Suplemento Especial de la Revista Jurídica Argentina La Ley, "Emergencia Económica" –director: Atilio A. ALTERINI–, abril, 2002, pág.7) L.L. 2002-C-1340.
- La empresa como valor y el sistema jurídico*, L.L. 2006-D-1172.
- La intervención del Estado en el saneamiento de la empresa*, L.L. Sup. CyQ 2009 (noviembre), 1.
- Notas sobre el Acuerdo Preventivo Extrajudicial*, Revista de Derecho Privado y Comunitario, n.º 10.
- Noticia sobre la nueva ley de concursos brasileña (Lei de falencias)*, L.L. 2005-B-1366., 167, 237
- Objetivos y presupuestos concursales en el derecho actual (con especial referencia a la unidad conceptual del presupuesto objetivo)*, La Ley, Sup. CyQ 2009 (abril), 1.
- Reflexiones sobre la concursabilidad*, L.L. 2007-A-678.
- ALEXYS, Robert, *Teoría de los Derechos fundamentales*, (1ª reimp., trad. de Ernesto Garzón Valdés), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, (1997).
- Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica*, (trad. Manuel Atienza, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Universidad de Alicante), ed. Cuadernos de filosofía del Derecho, España, (1988).
- Sobre las relaciones necesarias entre el Derecho y la moral* en "Derecho y Razón Práctica", ed. Distribuciones Fontamara S.A., México, (1993).
- ALFERILLO, Pascual Eduardo, *Introducción al Derecho Civil*, ed. Facso - Universidad Nacional de San Juan, (2000).
- ALMEIDA, Jorge Ricardo, *Necesidad de una Legislación Concursal Armonizada en el Ámbito del MERCOSUR*, en "Derecho Concursal Argentino e Iberoamericano, III Congreso Argentino de Derecho Concursal, I Congreso Iberoamericano sobre la Insolvencia Cuestiones Internacionales, Grupos Empresarios, Cuestiones Interdisciplinarias", ed. Ad-Hoc y U.N.A., Bs. As., (1997).
- ALSINA, Hugo, *Tratado teórico práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*, ed. Ediar, Bs. As., (1956).

- ALTERINI, Atilio Aníbal, *El futuro de la codificación en Francia y en América Latina: ¿Por qué es necesario un nuevo código?*, L.L. 2004-C-1337.
- ALVAREZ TRONGÉ, Manuel, *La empresa comercial y el derecho Análisis del concepto y sus consecuencias*, L.L. 1990-D-1020.
- ÁLVAREZ, Georgina I., *La equidad en los contratos de consumo: máxima de protección*, D.J. 2002-3-433.
- AMADEO, José Luis - SPERONI, Alejandro, *Ley de concursos. Anotada con jurisprudencia*, ed. Librería “El Foro”, Bs. As., (1991).
- ANAYA, Jaime, *Notas sobre la empresa* en “Revista del Colegio de Abogados de La Plata, (1976), año XVIII, n.º 37, pág. 123.
- ANCHAVAL, Hugo Alberto, *Los límites de la quita concursal ¿Son recomendables para un consumidor sobreendeudado?*, Sup. CyQ (2008) (octubre), 27; L.L. 2008-E-1339.
- ANGELICI, C. - FERRI, G. B. en *Manuale di Diritto Commerciale*, 12ª edic., ed. Utet, Torino, (2006).
- ANICH, Juan A., *La actividad de la concursada y su incidencia respecto del concurso preventivo*, L.L. 2002-F-883.
- ANNOU-SAMY, David, *Pour un droit comparé appliqué: Réflexions a partir de l'interférence des lois dans l'Inde*, en “Revue internationale...” cit., 38 e. année, núm. 1.
- ANTONI PIOSSEK, Carlos Roberto y RODRÍGUEZ, Robinson, *La declaración de Quiebra sus efectos conexos*, ed. Lerner, Bs. As., (2003).
- ARAYA, Miguel, *Ley de emergencia productiva y crediticia (n.º 25.563)*, ed. Zeus OnLine, 13/03/02.
- ARBIT, Saúl José, *Derecho Concursal*, ed. Quorum, Bs. As., (2007).
- ARGERI, Saúl A. *La quiebra y demás procesos concursales*, ed. Platense, La Plata, (1972).
El Acuerdo Preventivo Extrajudicial introducido en nuestra legislación concursal, L.L. 1984-A-787.
El Síndico en el Concurso de Quiebra, ed. Ediciones Jurídicas, Bs. As., (1991).
La quiebra y demás procesos concursales, Editora Platense, Bs.As., (1980).
- ARGÜELLO, Luis Rodolfo, *Manual de Derecho Romano. Historia e instituciones*, (2ª edición), ed. Astrea, Bs. As., (1981).
- ARISTÓTELES, *Metafísica*, L. III, Cap. I, 995 a 27 – b2.
Moral, a Nicómaco, ed. Espasa – Calpe, Madrid, (1978).
- ARMOUR, J. *The law and economics of corporate insolvency: a review*, Centre for Business Research, University of Cambridge, march (2001).
- ARROYO MARTINEZ, Ignacio, *La disciplina de los procesos concursales. Criterios de reforma* en “Derecho Mercantil de la Comunidad Económica Europea. Estudios en homenaje a José Girón Tena”, ed. Civitas, Madrid, (1991).
- As. Vs., *Introduction à l'étude du droit comparé*, Recueil d'Etudes en l'honneur d'Edouard Lambert, Sirey-Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, (1938).
- ASQUINI, Alberto, *Profili dell'impresa, Rivista del Diritto Commerciale e delle Obbligazioni*, Milano, (1943).

- ATIENZA, Manuel, *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica* (2ª reimpresión), ed. Universidad Nacional Autónoma de México, (2005).
Sobre la analogía en el Derecho, ed. Civitas, Madrid, (1986).
Tras la justicia, ed. Ariel, Barcelona, (1993).
- AYALA ESPINO, José, *Instituciones y Economía-una introducción al neoinstitucionalismo económico*, FCE, México, (1999).

B

- BARACAT, Edgar J., *Medidas cautelares en los concursos*, ed. Rubinzal - Culzoni, Bs. As., (2009).
- BARBERO, Omar U., *Suspensión de ejecuciones y medidas cautelares (artículo 16 de la ley 25.563)*, L.L. 2002-C-1128.
- BARBIERI, Pablo C., *Contratos de empresa*, ed. Universidad, Bs. As., (1998).
- BARREIRO, Marcelo G. - LORENTE, Javier Armando - TRUFFAT, Edgardo Daniel, *La aplicación de la facultad prevista en el artículo 52.2."b" de la ley 24.522 (el "cramdown power" en el derecho argentino)*, L.L. 2005-D-1057.
- BARREIRO, Marcelo G., *La propuesta de acuerdo, su homologación y su cumplimiento*, L.L. 2005-E-1.
- BARREIRO, Marcelo Gustavo y LORENTE, Javier Armando, *Estado actual de algunas cuestiones sobre efectos de la pesificación en los concursos*, Sup. CyQ, L.L. 2003-D-1291.
- BARREIRO, Rafael Francisco y CAPUTO, Leandro Javier, *La prevención de las crisis empresariales: Criterios y bases para afrontar su solución* en "Derecho Concursal Argentino e Iberoamericano", ed. Ad-Hoc, Bs. As., (1997).
- BENAVIDES VELASCO, Patricia y GONZÁLEZ FERNANDEZ, María Belén, *El nuevo régimen concursal en el ordenamiento jurídico español* en "Insolvencia", Julio Cesar RIVERA (dir.), Revista de Derecho Comparado, ed Rubinzal Culzoni, (2004).
- BENHAM, Frederic, *Curso superior de economía*, traducción de V.L. Urquidi, (4ª edición), México, (1948).
- BERGEL, Salvador D., *El principio de continuación de la empresa como integrante del concepto de 'interés general' en el art. 40 de la ley 11.719*, J.A. 1966-678.
- BERTUNE, Stella M. y BOLLERO, Florencia, *Aplicación del instituto del abuso del derecho en la homologación del acuerdo preventivo extrajudicial*, III Congreso Iberoamericano sobre la Involencia, V Congreso Argentino de Derecho Concursal, ed. Ad Hoc, Bs. As., (2006).
- BETTI, E., *Interpretación de la Ley y de los actos jurídicos*, 2ª edic. 1971, trad. de J. L. de los Mozos, ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, (1975).
- BETTI, E., *Interpretazione della legge e degli atti giuridici* (2ª edic., ed. Giuffrè, Milano, (1979).
- BISBAL MÉNDEZ, Joaquín, *La Empresa en Crisis y el Derecho de Quiebras (Una aproximación económica y jurídica a los procedimientos de conservación de empresas)*, pub. del Real Colegio de España, Barcelona, (1986).
La insoportable levedad del Derecho Concursal en "Revista de Derecho Mercantil", Madrid (1994).

- BLAISE, Henry, *La situation juridique des salariés en cas de faillite de leur employeur*, Droit Social n.º 11 (1961).
- BLANCO CONSTANS, Francisco, *Estudios Elementales de Derecho Mercantil*, ed. Reus, Madrid, (1945).
- BOBBIO, Noberto, *Teoria dell'Ordinamento Giuridico*, G. Giappichelli, editore, Torino, (1960).
- Novissimo Digesto Italiano*, "Analogía", Utet, Torino, (1966).
- Principi generali dei diritto*, Novissimo Digesto Italiano, XIII, ed. Utet, Turín, (1982).
- Principi generali di diritto* en Novissimo Digesto Italiano, ed. Utet, Torino, (1966).
- Teoría general del Derecho* (trad. de E. Rozo), ed. Debate, Madrid, (1991).
- BONELLI, Gustavo, *Del Fallimento*, Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi, Milano, (1923).
- BONFANTI, Mario A., *Rehabilitación del fallido. Replotamiento de la empresa*, RDCO, (1982).
- BONNECASE, J., *La pensée juridique française de 1804 a l'heure présente*, Burdeos, (1933).
- BONSIGNORI, Angelo, *Il concordato preventivo*, Commentario Scajola-Branca, Roma, (1979).
- La naturaleza jurídica de los procedimientos concursales*, Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones, año 15, trad. de Osvaldo J. MAFFÍA, (1982).
- BORDA, Guillermo, *Concepto de ley de orden público*, L.L. 58-997.
- BOULANGER, Jean, *La méthode de l'interpretation juridique*, a la Samaine internationale de droit, Paris, octubre, (1950).
- Principes généraux du droit et droit positif*, en "Études offertes à Georges Ripert (Le droit privé français au milieu du xx^e siècle", t. I, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, (1950).
- BOWERS, James W., *The Fantastic Wisconsin Zero Bureaucratic-Cost School of Bankruptcy Theory: A Comment*, Michigan L. Rev., (1993).
- BRAUCHER, Jean, *Bankruptcy Reorganization and Economic Development*, 23 Cap. U. L. Rev. (1994).
- BUERES, Alberto J. y HIGHTON, Elena I., "Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial", ed. Hammurabi, Bs. As., (1998).
- Objeto del negocio jurídico*, ed. Hammurabi, Bs. As., (1986).
- "Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial", Parte General, ed. Hammurabi, (2003).
- BULMES, Facundo Roldán, *Dimes y directes sobre el Acuerdo Preventivo Extrajudicial*, E.D. del 8-8-2000.
- BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, *Función de la equidad en la realización de la justicia*, L.L. 1990-E-628, "Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales", t. I, pág. 261; RCyS (2006).

C

- CAFFERATTA, Néstor A., *El principio de prevención en el derecho ambiental*, Revista de Derecho Ambiental, N° 0, ed. Lexis Nexis, Bs. As., (2004).
- CALAMANDREI, Piero, *El significado constitucional de las jurisdicciones de equidad en "Estudios sobre el proceso civil"* (trad. Sentis Melendo), ed. Bibliográfica Argentina Bs. As., (1961).
- CALLEJA, Tomás, prologando a GÓMEZ PÉREZ, Rafael, *Ética Empresarial*, ed. Rialp, Madrid, (1999).
- CÁMARA, H., *El concurso preventivo y la quiebra*, ed. Depalma, Bs. As., (1990).
- El Concurso Preventivo y la Quiebra*, actualizada por Ernesto Eduardo MARTORELL, ed. LexisNexis, Bs. As., (2004).
- Transmisión de establecimientos comerciales e industriales (Ley 11.867)*, ed. Universidad, Córdoba, (1955).
- CANDIAN, Aurelio, *Il proceso di fallimento*, (2ª edición), ed. Cedam, Padova, (1939).
- CÁRDENAS MADARIAGA, Mario, *Las tasas de interés*, ed. Ad hoc, Bs. As., (1994).
- CARDOZO, Benjamín N., *Nature of the judicial proces*, (1921), cit. en 2000 Classic Legal Cuotations – Lawyers Cooperativa Publishing, New York, (1992).
- CARNELUTTI, Francesco, *Instituciones del Proceso Civil*, ed. Ejea , Bs. As., (1959).
- Processo di esecuzione*, ed. Cedam, Padova, (1931).
- Teoría General del Derecho*. "Revista de Derecho Privado", (trad. castellana de F.J. Osset), Madrid, (1955).
- Sulle nuova posizione del diritto commerciale*, "Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni", (1942).
- CARNOTA, Walter F., *Descubriendo al trabajador*, L.L. 2006-C-1453.
- CARREIRA GONZÁLEZ, Guillermo, *Determinación judicial de los intereses moratorios. Reflexiones en torno a la naturaleza solidaria de la insolvencia*, L.L. 2009-D-338.
- CARRIO, Genaro R., *Principios jurídicos y positivismo jurídico*, ed. Abeledo-Perrot, Bs. As., (1970).
- CASADÍO MARTÍNEZ, Claudio Alfredo, *Propuesta abusiva en el concurso preventivo*, comentario al fallo: "Arcángel Maggio S.A. s/conc. prev." C.S.J.N., L.L. 2007-C-560.
- Propuesta abusiva en el concurso preventivo*, L.L. 2007-C-560.
- CASTÁN, José, *Derecho Civil Español, común y foral*, Madrid, ed. Reus, (1951).
- CASTAÑO, Sergio Raúl, *La Racionalidad de la ley*, ed. Ábaco de Rodolfo Depalma, (1995).
- CASTILLO, Ramón S., *Evolución del concepto de la quiebra en el derecho argentino*, en "Cincuentenario de la reforma al Código de Comercio de la República Argentina", Bs. As., (1941).
- La quiebra en el derecho argentino*, Talleres Gráficos Ariel, Bs.As., (1940).
- CAYUSO, Susana, *El principio de igualdad en el sistema constitucional argentino*, L.L. 2003-F-1380.
- CIANCIARDO, Juan, *Derecho Constitucional de emergencia y justicia. Interpretación por analogía*, L.L. 27/01/2005.

- El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad*, Universidad Austral, ed. Ábaco de Rodolfo Depalma, Bs. As., (2004).
- CIURO CALDANI, Miguel Angel, *Filosofía y método del Derecho Comparado*, L.L. 1989-C-1080.
Lineamientos filosóficos del Derecho Universal, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, Rosario, (1979).
- COING, HELMUT, *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, (3ª edición), Berlín – New York, de Gruyter, (1976).
- COLOMBRES, Gervasio R., *Curso de Derecho Societario*, Abeledo Perrot, (1972).
- CONIL PAZ, Alberto, *Algo más sobre la “par conditio creditoris”*, L.L. 1995-B-294.
Ley concursal prevalente y normas procesales, L.L. 1993-C-346.
- CONSTANTINESCO, Leontin-Jean, *Traité de droit, comparé*, ts. 1 y 2, Librairie générale de droit et de jurisprudence, París, (1972/74).
- CÓRDOBA, Carlos D. y GIATTI, Gustavo J., *Acuerdo Preventivo Extrajudicial*, J.A. 1996-III-885.
- COROMINAS, Joaquín, *Diccionario etimológico de la lengua castellana*, ed. Gredos, Madrid, (1976).
- COSSIO, Carlos, *El Derecho en el Derecho judicial - Las lagunas del Derecho - La valoración judicial*, ed. Librería El Foro, Bs. As., (2002).
La plenitud del ordenamiento jurídico, (2ª edición), Bs. As., (1947).
Teoría de la verdad jurídica, ed. Losada, Bs. As., (1954).
- CROVI, Luis D., *Los consumidores y otros débiles contractuales*, J.A. 2003-I-1154.
- CUETO RÚA, Julio, *Fuentes del Derecho*, ed. Abeledo Perrot, Bs. As., (1971).
Lógica y experiencia en el Derecho. A propósito de Zepeda v. Zepeda, L.L. 1991-D-954.
- CULLARI, Carlos A., *Orden público y propuesta concursal*, E.D. 210-996 (1/2/2005).

Ch

- CHOMER, Héctor Osvaldo, *La convocatoria parcial de acreedores*, L.L. 1986-C-832.

D

- D'ALESSIO, Ignacio, *La realidad judicial y la insolvencia. Una reforma necesaria a la ley de concursos y quiebras. Breve comentario*, E.D. 217-807 (2006).
- DASSO, Ariel A., *Balance provisorio de la ley 25.589 Dogma y praxis - principios y realidad*, E.D. 204-992 (2003).
Derecho Concursal Comparado, inédito, ed. Legis, Bs. As., (2009).
El nuevo Régimen Concursal Italiano (2005/2006), en Jornadas Italoargentinas de Derecho. Córdoba-Argentina, ed. Alveroni, (2004-2005).

- El primer Apeado*, ponencia presentada en el V Congreso Argentino de Derecho Concursal - III Congreso Iberoamericano de la Insolvencia; ed. Ad Hoc, Mar del Plata (2003).
- La dilución del principio de colectividad o universalidad de acreedores en los procedimientos concursales menores o preventivos*, Segundo Congreso Iberoamericano de Derecho Concursal, 8, 9, 10 y 11 de noviembre, Mérida, Estado de Yucatán - México, (2006).
- La inmortalidad de la empresa por la vía de la cooperativa de trabajadores*, Revista Societaria y Concursal, ed. Errepar, julio, 2011.
- La inactividad de la empresa no es óbice al cramdown*, Sup.CyQ 2004-B-807.
- La primera respuesta del derecho concursal a la crisis global; la reforma de la Insolvenzordnung*, L.L. Sup. CyQ, febrero (2009).
- La prueba concursal del "mejor interés de los acreedores" y la exclusión de voto del disidente*, L.L. 2008-A-668.
- La reforma concursal de la ley 26.086: un remedio preventivo menos concursal y nada atractivo*, Doctrina Societaria y Concursal, ed Errepar, DSE n.º 222, mayo/06.
- La reforma de la ley de quiebras en el marco de emergencia*, L.L. 2002-B-817.
- La transferencia forzosa de la empresa insolvente*, L.L. 1994- E-1227.
- La reforma de la Ley de Quiebras en el marco de Emergencia*, L.L. 2002-B-817.
- Quiebras. Concurso Preventivo y Cramdown*, Ad-Hoc, Bs.As., (1997).
- Un "nuevo" Derecho Concursal en el Derecho Comparado. En ocasión de la reforma al régimen italiano (2005/2006)*, L.L. 2007-A-957.
- DASSO, Ariel A. y DASSO, Ariel Gustavo, *Pesificación, daño y acuerdo homologado*, Sup.Esp. Rev. y Rción. de las obligs., L.L. 2003-E-1387.
- DE CASTRO Y BRAVO, Federico, *Derecho Civil de España*, t. I lib. preliminar., ed. Casa Martín, Valladolid, (1942).
- DE DIEGO, Clemente, *El método en la aplicación del Derecho civil. Los principios generales del Derecho*, con cita de Quintus Mucius SCAEVOLA, Revista de Derecho Privado, (1916).
- DE LA FUENTE, Horacio H., *Orden público*, ed. Astrea, Bs. As., (2003).
- DE LAS MORENAS, Gabriel, *Rechazo de quiebra voluntaria por ausencia de activos. Una polémica vigente. ¿Existe un derecho a quebrar? ¿Es ejercitable ese derecho por las personas de escasos recursos?*, L.L. 2008-E-1347.
- DE PAGE, Henri, *Traité élémentaire de droit civil belge*, 3ª edic., Bruylant, Bruxelles, (1962).
- DE SEMO, Giorgio, *Diritto Fallimentare*, (5ª edizione), Cedam, Pádova, (1968).
- DE SOLA CAÑIZARES, Felipe, *El Derecho comparado y los sistemas jurídicos contemporáneos*, La Ley t. 69, ps. 750.
- DE SOTO, Fray Domingo, *De la Ley en general en De la Justicia y del Derecho*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, (1967).
- DE TEJADA, Francisco Elias, *Necesidad de sustituir los principios generales del Derecho por el Derecho natural hispánico*, vol. I en Actas del VI Congreso Internacional de Derecho Comparado, Barcelona, (1962).
- DEL VECCHIO, Giorgio, *Los principios generales del Derecho* (3ª edición, trad. J. OSORIO MORALES), ed. Bosch, Barcelona, (1979).

- DI SABATO, Franco *I fini sociali dell'impresa etica* en "Rivista delle Società", anno 51, ed. Giuffré, Milano, (2006).
- DI TULLIO, José A., *Teoría y práctica de la verificación de créditos*, Bs. As., (2006).
Retorno de la Ley de Concursos y Quiebras 24.522, E.D. 197-783 (2002).
- DIEZ-PICAZO, Luis, *Experiencias jurídicas y teoría del Derecho*, ed. Ariel, Barcelona, (1975).
- DOBSON, Juan Malcolm, *El orden público y la materia concursal*, Sup. CyQ 2009 (agosto), 1, L.L. 2009-E-947.
- DRUCAROFF AGUIAR, Alejandro, *Artículo 16: alcance y efectos de la suspensión de procesos de ejecución* en *Anales de Legislación Argentina*, L.L., Adla 2002-B-2823.
- DWORKIN, Ronald, *Los Derechos en serio*, (5ª reimp., trad. Marta Guastavino, ed. Ariel, Barcelona, (2002).

E

- EINSTEIN, Albert. *On the generalized Theory of Gravitation* en *Ideas and Opinions* by Albert Einstein, ed. Crown, New York, (1954).
- ENDEMANN, *Das deutsche handelsrecht systematich dargestellt*, Heidelberg, (1875).
- ENZ, Gustavo, *Acuerdo Preventivo Extrajudicial*, Derecho y Empresa, Rosario, (1995).
- ESCUTI, Ignacio A., *El derecho en crisis y las empresas en dificultades en el mundo globalizado*, RDCO, 2002-3.
- ESPINA, Álvaro, *Opciones de Política Legislativa para la Reforma de la Legislación Concursal Española*, pub. en *Hacienda Publica Española*, n.º 114, I (1998).
- ESSER, Josef, *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho privado*, ed. Bosch, Barcelona, (1961).
- ETCHEBARNE BULLRICH, Conrado, *El Estado empresario*, L.L. 1985-C-989.
- ETCHEVERRY, Raúl Anibal, "Derecho Comercial y Económico" Parte General, 3ª reimp., ed. Astrea, (2000).

F

- FARGOSI, Horacio, *¿Sólo reforma de la ley 24.522?*, L.L. 2002-C-995.
- FARINA, Juan M., *Contratos comerciales modernos*, ed. Astrea, (1993).
El "acuerdo preventivo extrajudicial" de la ley Argentina y la "solución amistosa de las dificultades de la empresa" de la ley francesa, L.L. 1999-F-1109.
- FASSI, Santiago C. y GEBHARDT, Marcelo, *Concursos y Quiebras*, ed. Astrea, Bs. As., (1996).
- FAVIER DUBOIS, Eduardo M. (h), *Bankruptcy Code (U.S.A.), Código de Quiebras de los Estados Unidos de América*, revisada por Eduardo M. FAVIER DUBOIS (h.), ed. Errepar, Bs. As., (2002).
La transacción de acciones en el proceso de quiebra. Una categoría muy útil de los "Negocios Concursales", L.L: Sup. CyQ, abril, (2008).
- FERNÁNDEZ MADRID, J. C., *Código de Comercio Comentado*, ed. Errepar, (2000).

- FERNÁNDEZ, Raúl, *Las empresas publicas en Argentina*, CEPAL (Comisión Económica para América Latina y el Caribe), Bs. As., junio, (1976).
- FERNÁNDEZ, Raymundo L. - GÓMEZ LEO, Osvaldo R., *La empresa*, L.L. 1979-D-837.
- FERNÁNDEZ, Raymundo L. *Fundamentos de la Quiebra*, ed. Compañía Impresora Argentina, Bs. As., (1937).
Código de Comercio comentado, 2ª reimpresión, ed. Amorrortu e Hijos, Bs. As., (1951).
- FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías*, ed. Trotta, Madrid, (1999).
- FERRARA, Francesco, *I principi generali dell'ordinamento giuridico* en Scritti giuridici, Giuffrè, Milano, (1954).
- FERRARO, Jorge Martín, *La reforma a la ley de quiebras (ley 25.563) y la suspensión de las ejecuciones con garantía prendaria*, L.L. 2002-B-891.
- FERRATER MORA, José, *Diccionario de filosofía*, ed. Sudamericana, Bs. As., (1968).
- FERREIRA RUBIO, Delia M. *Costumbre. Concepto, requisitos y elementos* en BUERES, Alberto, "Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial", Parte General, ed. Hammurabi, (2003).
La buena fe. El principio general en el Derecho civil, ed. Montecorvo, Madrid, (1984).
- FERRI, Giuseppe, *Manuale di diritto commerciale*, ed. Utet, Torino, (1980).
Manuale di diritto commerciale, ed. Utet, Torino (1991).
- FEUERBACH, Paul Johann Anselm von, *Über Philosophie und Empirie in ihrem Verhältnis zur positiven Rechtswissenschaft*, [Wissenschaftliche Buchgesellschaft](#), (1804).
- FIALE, Aldo, *Diritto fallimentare*, 11ª edición, ed. Giuridiche Simone, Napoli, (2002).
- FIELDING, Michael D., *La reforma a la ley de quiebras de los EE.UU.*, L.L. 2006-A-1034.
- FINNIS, John, *Ley Natural y Derechos Naturales*, (8ª reimp., 1980), ed. Abeledo-Perrot, Bs. As., (2000).
- FLUME, Werner, *Allgemeiner teil des bürgerlichen rechts, Das Rechtsgeschäft*, 3ª edic. Berlin, Heidelberg, New York (1979).
- FONT GALAN, Juan Ignacio; MIRANDA SERRANO, Luis M.; PAGADOR LÓPEZ, Javier y VELA TORRES, Pedro José, *Derecho concursal y constitución económica. Sobre la constitucionalidad y régimen del cierre judicial de la empresa y de otras cuestiones concursales* en "Estudios sobre la Ley Concursal. Libro en homenaje a Manuel Olivencia", Unicaja - Marcial Pons - Caja Sur, Madrid, (2004).
- FONTANARROSA, Rodolfo O., *Derecho Comercial Argentino*, Parte General, ed. Zavalía, Bs. As., (1985).
- FRASCAROLI, Santi E., *Il concordato preventivo*, ed. Cedam, Padova, (1990).
- FRIEDMAN, L. *Il sistema giuridico nella prospettiva delle scienze sociali*, trad. de G. Tarello, Il Mulino, Bolonia, (1978).
- FULLER, Lon L., *El caso de los exploradores de cavernas*, ed. LexisNexis, Bs. As., (1960).
- FUSARO, Bertelio, *Acuerdos preconcursales y su problemática*, RDCO, t. A 1993-28-47.

Concursos. Teoría y práctica de la ley 19.551, (3ª edición), ed. Depalma, Bs. As., (1988).

G

- GAGLIARDO, Mariano, *Acuerdos preventivos extrajudiciales*, "Derecho y Empresa", Universidad Austral, Rosario, 4-1995-205.
- GALÍNDEZ, Oscar, *Verificación de Créditos*, ed. Astrea, (1997).
- GALPECKE, H., *Zeitschrift ü Handelsrecht*, ed. Jena, Berlín, (1852).
- GAMES, L. M., *El "acrededor interesado" según el artículo 74 de la ley 19.551*, J.A. 1978-II-345.
- GARAGUSO Horacio P. y MORIONDO, Alberto Á., *El Proceso Concursal, El Concurso como Proceso*, ed. Ad-Hoc., Bs. As., (1999).
- GARCÍA, Horacio P., *Cuando la coherencia es una virtud. Aportes de José Iglesias a la "reforma concursal"*, E.D. 207-572.
Ineficacia concursal, ed. Depalma, Bs. As., (1981).
Verificación de créditos, Principios y régimen en la ley 24.522 en III Encuentro de Institutos de Derecho Comercial de Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires, ed. Depalma, Bs. As., (1997).
Verificación de Créditos, ed. Depalma, Bs. As., (1997).
- GARCÍA CAFFARO, José L., *Acuerdos preconcursales admitidos por la ley 22.917, propósitos, objeciones, posibilidades*, L.L. 1984-C-1236.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La Constitución, norma jurídica*, en "La Constitución Española de 1978. Estudio sistemático", Civitas, Madrid, (1980).
Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del derecho, reimp. de 1996, ed. Civitas, Madrid, (1984).
- GARCÍA MARTINEZ, R. y FERNÁNDEZ MADRID, J. C., *Concursos y quiebras*, ed. Contabilidad Moderna, Buenos Aires, (1974).
- GARCÍA MARTÍNEZ, Roberto, *Derecho Concursal*, ed. Abeledo-Perrot, Bs. As., (1997).
La conservación de la empresa en el derecho concursal, L. I., núm. 657; sep., t. 84, pág. 530.
- GARCÍA MAYNEZ, Eduardo, *Filosofía del Derecho*, 6ª edic., ed. Porrúa, México, (1989).
Filosofía del Derecho, 7ª edic., ed. Porrúa, México, (1994).
Introducción al Estudio del Derecho, México, ed. Porrúa, (1944).
- GARCÍA PAZOS, Pablo L., *Concursabilidad preventiva del grupo. Concurso del garante*, L.L. 2006-D-1314.
- GARCÍA SIERRA, Pelayo, *Diccionario filosófico. Manual de materialismo filosófico. Una introducción analítica*. ed. Biblioteca Filosofía en Español., Oviedo, (1999).
- GARCÍA VALDECASAS, Alfonso, *El problema de las fuentes del Derecho*, Bilbao, Universidad de Deusto, (1995).
- GARRIDO, José M. *La reforma del derecho concursal español. Reflexiones en torno a la propuesta de anteproyecto de ley concursal del profesor Ángel Rojo*, RDCO, (1996), Lexis n.º 0021/000039.
- GARRIGUEZ, Joaquín, "Tratado de Derecho Mercantil", Madrid, (1947/9).

- GARRONE, José Alberto y CASTRO SAMMARTINO, Mario E., *Manual de derecho Comercial*, 2ª edic., ed. Abeledo-Perrot, Bs. As., (1996).
- GELLI, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina – Comentada y Concordada*, 3ª edic., 2ª reimp., ed. La Ley, Bs. As., (2007).
- GERNAERT WILLMAR, Lucio R. R., *Diccionario de aforismos y locuciones latinas de uso forense*, ed. Abeledo-Perrot, Bs. As., (2000).
- GHERSI, Carlos A., *Reflexiones sobre la nueva 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.
- GIARDELLI, Lucas, TOLLER, Fernando y CIANCIARDO, Juan, *Los estándares para juzgar normas que realizan distinciones. Paralelismo entre la doctrina de la Corte Suprema estadounidense y del sistema interamericano sobre el derecho a la igualdad*, La Ley Sup. Const. 2008 (diciembre), 1; L.L. 2009-A-800.
- GOLDSCHMIDT, Werner, *Derecho internacional privado*, 6ª edición, ed. Depalma, Bs. As., (1988).
- Introducción filosófica al Derecho*, 6a. edición, (5ª reimp.), ed. Depalma, Bs. As., (1987).
- La ciencia de la justicia (dikelología)*, (2ª edición), ed. Depalma, Bs. As., (1986).
- GÓMEZ LA PLAZA, María Carmen, *Autonomía de la voluntad: Problemática actual*, pub. en “Prudentia Iuris”, revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Pontificia Universidad Católica Argentina Santa María de los Buenos Aires, n.º 44, sept. 97.
- GÓMEZ PÉREZ, Rafael, *Léxico filosófico en Introducción a la metafísica “Aristóteles y Santo Tomás de Aquino”*, ed. Rialp, Madrid, (1978).
- GRASSO, Eduardo, *Perspectivas de reforma de la ley de quiebras. Aspectos procesales* (trad. de Osvaldo J. Maffía), RDCO, Año 16 (1983).
- GRAZIABILE, Darío J., *Categorización de acreedores. Agrupamiento de acreedores y renunciabilidad del privilegio*, E.D. 213-698 (2005).
- La quiebra como ejecución colectiva. Notas sobre la vigencia de una postura clásica*, E.D. 207-619 (2008).
- La sanción de extensión de quiebra. Un instituto en procura de la recomposición patrimonial. Teoría y práctica*, E.D. 224-934 (2007).
- Suspensión de acciones y fuero de atracción en el concurso preventivo. Versión 2006 (ley 24.522, reformada por la ley 26.086)*, J.A. 2006-II-1345.
- GRISPO Jorge Daniel, *Tratado sobre la ley de concursos y quiebras. Ley 24.522, comentada anotada y concordada. Modificada por leyes 25.563 y 25.589*, ed. Ad-Hoc, Bs. As., (2003).
- Modificaciones a la ley de quiebras. Ley 25.563 Anotada y Comentada*, ed. Ad-Hoc, Bs. As., (2002).
- Alcance de las facultades homologatorias del magistrado: Una ecuación para resolver el límite de la razonabilidad de la propuesta*, La Ley, Sup.CyQ, julio, (2003).
- GUASTINI, R., *Produzione di norme a mezzo di norme. Un contributo all'analisi del racionamiento giuridico, Etica e Diritto*, Laterza, Bari, (1986).
- GUIBOURG, Ricardo A., *Fuentes del Derecho en “El Derecho y la Justicia”*, ed. Trota, Madrid, (1996).

- Pensar en las normas*, ed. Eudeba, Bs. As., (1999).
 GUTIÉRREZ FALLA, Laureano F., *La Empresa*, ed. Astrea, Bs. As., (2000).
 GUYENOT, Jean P., *Las innovaciones de la quiebra en relación con las empresas y sus dirigentes*, L.L. t. 142-944.

H

- HALPERIN, Isaac, *Curso de derecho comercial*, ed. Depalma, Bs. As., (1972).
Curso de derecho comercial, 4ª edic. actualizada por BUTTY, Enrique M., ed. Depalma, Bs. As., (2000).
 HART, Herbert L. A., *El concepto de Derecho*, (trad. Genaro Carrió), ed. Abeledo Perrot, Bs. As., (1963).
 HASSENPLUG, Hans Daniel Ludwig Friedrich, *Eine unter einer firma betriebene handlung ist als das rechtssurjekt anzusehen*, Themis, (1872).
 HELLER, W., *Diccionario de economía política*, 2ª edic., ed. Labor, Barcelona, (1950).
 HEREDIA, Pablo D., *El acuerdo preventivo extrajudicial, según las reformas introducidas por la ley 25.589*, J.A. 2002-III-1186.
Ley 26.086: nuevo modelo en el régimen de suspensión y prohibición de acciones y en el diseño del fuero de atracción del concurso preventivo, J.A. 2006-II-950.
Tratado Exegético de Derecho Concursal, ed. Ábaco de Rodolfo Depalma, Bs. As., (2000).
 HEUSTON, Alfred N., *Corporate Reorganizations under the Chandler Act*, ed. Columbia Law Review, (1938).
 HOLMES, Oliver W., *The common law*, a. impresión Little Brown and. Co. Boston.
 HOUIN, Roger, *Innovations de la loi française en matière de faillite et de procédures collectives, ou idées nouvelles dans le droit de la faillite*, Louvaine, Bruxelles, (1969).
 HUME, David, *Treatise of human nature*, III, “De la justicia e injusticia” cit por HART L. A. Herbert en *El concepto de Derecho* (trad. Genaro Carrió), ed. Abeledo Perrot, Bs. As., (1963).
 HUTCHESON (Jr), Joseph Chappel, *Sobre la importancia del estándar en el Derecho internacional*, Recueil Géný, París, (1977).

I

- IGLESIAS, José A, *Las tendencias del derecho concursal comparado y las reformas a nuestra legislación*, E.D. 205-684 (2003).
La filosofía de la ley de concursos y quiebras, L.L. 1995-E-1188.
Las tendencias del derecho concursal comparado y las reformas a nuestra legislación, E.D. 205-684, (2003).
 IHERING, Rudolf Von, *El fin del derecho*, 1ª edic., ed. Daniel Jorro, Madrid, (1911).

J

- JAEGER, Pier Giusto, “*L’interesse sociale*”, Milano, (1964).

- JAUREGUIBERRY, Luis M., *Antecedentes históricos de la quiebra*, 2ª edición, ed. Catellvi, Santa Fe, (1961).
- JEANTIN, Michel, *Droit commercial*, 4eme. edic., n° 529, París, (1995).
- JEANTIN, M. y LE CANNU, P., *Droit Commercial. Entreprises en difficulté*, ed. Dalloz, Francia, (1999).
- JUNYENT BAS, Francisco, *Categorización y propuesta: en el proceso concordatario de la ley 24.522*, E.D. 213-610 (2006).
- El acuerdo preventivo extrajudicial: ley 25.589, “Concursos I”, RDPC 2002-3, Rubinzal Culzoni, Santa Fe (2003).
- La reforma del ordenamiento concursal introducida por la ley 26.684*, E.D. 243 n.º 12.790, 13/07/2011.
- Reforma de la Ley de Concursos y Quiebras*, “Comentario exegético de la ley 26.086”, LexisNexis, (2006).
- Se abrió el cielo. A propósito de los daños a la salud del menor y la inconstitucionalidad del régimen de privilegios concursales*, L.L. 2007-E-552.
- JUNYENT BAS, Francisco A. y ÁLVAREZ, NORMA BEATRIZ, *La Debatida Atracción de las Ejecuciones con Garantía Real* en “Derecho Concursal Argentino e Iberoamericano, III Congreso Argentino de Derecho Concursal, I Congreso Iberoamericano sobre la Insolvencia, Quiebra, Sindicatura, Desempeño Profesional”, Directores Eduardo M. Favier Dubois (h.), Salvador D. Bergel y Ricardo A. Nissen, ed. Ad-Hoc e Instituto de Derecho Comercial N° 7, Universidad Notarial Argentina, Bs. As., (1997).
- JUNYENT BAS, Francisco y MACAGNO, Ariel G., *La igualdad de trato también rige en el acuerdo preventivo extrajudicial*, E.D. 206-895 (2004).
- JUNYENT BAS, Francisco y MOLINA SANDOVAL, Carlos A., *Nuevas reformas "provisorias" a la ley concursal. Ley 25.563*, L.L. 2002-B-1112.
- Sistema de Ineficacia Concursal, La retroacción en la quiebra*, ed. Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe (2002).
- Crisis e insolvencia de entidades financieras*, Rubinzal Culzoni, Bs. As., (2001).
- Cuestiones prácticas de la petición falencial directa por acreedor*, pub. por Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, disponible en la world wide web: <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/artpedidodequiebra/?searchterm=Junyent%20BAs> (acceso del 04/02/09).
- JUNYENT BAS, Francisco, RICHARD, Efraín H. y MUIÑO, Orlando, *El salvataje de la empresa ¿una postulación sin respuesta en la ley concursal?*, RDCO, año 30, (1997).

K

- KABAS DE MARTORELL, Elisa - MARTORELL, Ernesto E., *El principio de conservación de la empresa ante la imperiosa necesidad de su revisión crítica*, L.L. 1987-B-1021.
- KALINOWSKI, Geroges, *Philosophie et logique de l'interpretation en droit*, en A.P.D. N.º 17, París, Sirey (1972).

- KART LARENZ, *Metodología de la ciencia del Derecho* (trad. Marcelino Rodríguez Molinero), ed. Ariel, Barcelona, (1994).
- KELSEN, Hans, *Teoría General del Derecho y del Estado*, México, (1949).
Teoría pura del Derecho, 6ª reimp., (trad. Roberto Vernengo), ed. Porrúa, México, (1992).
Teoría pura del Derecho, (trad. Moisés Nilve de la 23ª edic. en Francés), Eudeba, Bs. As., (1986).
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, *El "sobreendeudamiento" del consumidor y la respuesta del legislador francés*, Acad. Nac. de Derecho (2008).
- KLEIDERMACHER, Arnoldo, *Los efectos de la Quiebra para el Fallido*, en "Derecho Concursal, Efectos universales y administración de la quiebra", (dir) Arnoldo KLEIDERMACHER, ed. Ábaco de Rodolfo Depalma, Bs. As., (1999).
- KOHLER, Josef, "*Lehrbuch des Konkursrechts*", Stuttgart, (1891).
- KOLAKOWSKI, Leszek, *La filosofía positivista*, ed. Cátedra, Madrid, (1981).
- KOROBKIN, Donald R., *Value and Rationality in Bankruptcy Decision Making*, ed. William and Mary Law Review, (1992).
- KUIYAN, María R. y RUBIO, Alberto, *¿Quiénes deben votar un acuerdo preventivo extrajudicial?*, III Congreso Iberoamericano sobre la Insolvencia, V Congreso Argentino de Derecho Concursal, ed. Ad Hoc, Bs. As., (2003).

L

- LACANTINERIE, Baudry, cit. por Guillermo A. BORDA, *Concepto de ley de orden público*, pub. L.L. 58-997.
- LAFAILLE, Héctor, *Curso de contratos*, ed. Porrúa, Bs. As., (1989).
- LAMAS, Adolfo Félix, *La experiencia jurídica*, IEF, "Santo Tomás de Aquino", Bs. As., (1991).
Percepción e inteligencia jurídicas. Los principios y los límites de la dialéctica en "Los principios y el Derecho natural en la metodología de las Ciencias Prácticas", ed. Educa, Bs. As., (2002).
Ensayo sobre el orden social, "Revista Moenia", Bs. As., (1990).
- LAPORTA, Francisco, *El principio de igualdad: Introducción a su análisis*, ed. Sistema, Madrid, (1985).
- LARENZ, Karl, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, (4ª edición) Berlin, Heidelberg, New York, Springer, (1979).
Metodología de la ciencia del Derecho, (trad. Marcelino Rodríguez Molinero), ed. Ariel, Barcelona, (1994).
- LE PERA, Sergio, *La "empresa"*, RDCO, (1970).
- LEGAZ Y LACAMBRA, Luis, *Filosofía del Derecho*, ed. Bosch, Barcelona, (1951).
Filosofía del derecho, ed. Bosch, Barcelona, (1953).
- LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F., *Derecho de retención*, ed. Astrea, Bs. As., (1991).
- LETTIERI, Carlos A., *Acuerdos preconcursales*, E.D. 109-829.
- LO CASCIO, Giovanni, *Il concordato preventivo*, ed. Giuffré, Milano, (1997).
- LÓPEZ CABANA, Roberto M., "Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado", BELLUSCIO, A. C. (dir.) ZANNONI, E. A. (coord.), ed. Astrea, Bs. As., (1981).

- LÓPEZ J. - CENTENO N. - FERNÁNDEZ MADRID, J., “Ley de Contrato de Trabajo comentada”, ed. Contabilidad Moderna, Bs. As., (1978).
- LORENTE, Javier A., *La ley de quiebras norteamericana: Panorama general con referencia a la ley argentina*, ed. Errepar, Doctrina Societaria y Comercial, DSE N° 181, Diciembre (2002).
- Ley de Concursos y Quiebras*, ed. Gowa, Bs.As., (2000).
- Nueva ley de concursos y quiebras*, ed. Gowa, Bs. As., (1995).
- Breve comentario sobre la reciente reforma a la ley concursal norteamericana, Práctica y actualidad concursal*, ed. Errepar, junio (2005).
- LORENZETTI, Ricardo, *Tratado de los contratos*, ed. Rubinzal Culzoni, Sta. Fe, (2000).
- LUZZATI, Claudio. *La vaghezza delle norme. Un’analisi del linguaggio giuridico*, ed. Giuffrè, Milano, (1990).

LL

- LLAMBÍAS, Jorge J., "Tratado de Derecho Civil", *Parte General*, Abeledo Perrot, Bs. As., (1967).
- “Código Civil anotado”, *Obligaciones en general: Extinción de las obligaciones*, ed. Abeledo Perrot, Bs. As., (1979).

M

- MAFFEI, Alberti, A., *Comentario breve alla Legge Fallimentare*, ed. Cedam, Padua, (2000).
- MAFFÍA, Osvaldo J. y MAFFÍA, María Ofelia B. De, *Legislación Concursal*, ed. Victor P. de Zavalía, Bs. As., (1979).
- MAFFÍA, Osvaldo J., *¿Qué es...? “Par conditio”, “masa”, “abstracción”, “junta”, L.L. 2007-F-1187.*
- “Prior in tempore” versus “Par conditio”, L.L. 1996-D-1609.
- Acuerdo preventivo extrajudicial: ¿la confesión a favor es contra se pronuntiatio?*, E.D. 209-689 (2004).
- Crítica de la concepción del proceso falencial como ejecución colectiva*, E.D. 113-711 (1984).
- Derecho Concursal*, ed. Depalma, Bs.As., (1988).
- El deber de indicar la causa del crédito en la etapa concursal de verificación*, L.L. 1978-C-801.
- El famoso “inciso octavo” y la maldición de la momia*, L.L. 1979-B-577.
- El juez del concurso (VIII). La supuesta ejecución colectiva y el rol discriminante del síndico*, E.D. 183-1305 (1999).
- Francia. La ley del 26/Julio/05 sobre salvaguarda de la empresa*, E.D. 214-993, (2005).
- La modificación de la Ley de Concursos*, E.D. 196-907 (2002).
- La verificación de créditos*, ed. Depalma, Bs. As., (1988).

- Leyendo un plenario. Reflexiones al pasar sobre unicidad y oficiosidad del proceso concursal*, L.L. 1980-A-1036.
- Los clubes de bancos, llamados "Acuerdos Preconcursoales" desde 1983 (I)*, E.D. 135-968 (1989).
- Los menguados poderes del magistrado en los concursos y un intervencionismo de pesadilla*, L.L. 1979-C-1092.
- Manual de concursos*, ed. La Rocca, Bs. As., (1997).
- Nueva oportunidad perdida: más de los mismo en materia concursal (IV)*, en L.L. 1996-A-978.
- Una vez más sobre "plan" de recuperación del que nuestros legisladores concursales nunca se enteraron*, E.D. 212-904 (2005).
- El no logrado régimen de exclusiones sobre votación de la propuesta de acuerdo preventivo*, L.L. 1996-E-745.
- Procedimiento especial, sólo que sin procedimiento especial para los pequeños concursos*, E.D. 165-1226 (1995).
- Semblante -no 'semblanza'- de la sedicente ley 25.563*, E.D. 196-1048 (2002).
- MAKO, William P *Corporate restructuring in East Asia: Promoting best Practices*, revista Finance & Development, marzo (2001).
- MALAGARRIGA, Carlos C., *Cien años de vigencia y de reformas*, Libro del Centenario del Código de Comercio, Bs. As., (1966).
- MANÓVIL, Rafael Mariano, *Grupos de sociedades*, ed. LexisNexis, Bs. As., (1998).
- MÁRMOL, Pablo E., *Algunos aspectos de la reforma efectuada al régimen de la ley de concursos y quiebras*, D.J. 28/06/2006, 667; L.L. 2006-D-1342.
- Alternativas al procedimiento de liquidación de bienes en la LCQ*, VI Congreso Argentino de Derecho Concursal - IV Congreso Iberoamericano sobre la Insolvencia, ed. Lux, Rosario (2006).
- Conservación de la empresa y ejecución de garantías reales. ¿Cuál es el plazo de razonabilidad para la suspensión?*, VII Congreso Argentino de Derecho Concursal - V Congreso Iberoamericano sobre la Insolvencia, Mendoza, (2009).
- De requisitos y poderes se trata. En derredor de la presentación concursal preventiva*, LLNOA., junio (2005).
- El control difuso de admisibilidad de los créditos que conforman el capital en el A.P.E. (ley 25.589)*, III Congreso Iberoamericano sobre la Inolvencia, V Congreso Argentino de Derecho Concursal, ed. Ad Hoc, Bs. As., (2003).
- MARTÍN Y HERRERA, Félix, *Estudios sobre la legislación de la quiebra*, ed. Valerio Abeledo, Bs. As., (1917).
- MARTINEZ DORAL, J. M., *La racionalidad práctica de la filosofía del Derecho en Persona y Derecho*, (1988).
- MARTÍNEZ, Roberto, *Derecho Concursal*, ed. Abeledo Perrot, Bs. As., (1997).
- MARTORELL, Ernesto Eduardo, *Breves estudios sobre concursos y quiebras ¿El crédito no verificado se extingue o no extingue?*, L.L. 1993-D-733.
- Tratado de Concursos y Quiebras*, ed. Depalma, Bs. As., (1998).
- MARTY, Gabriel – RAYNAUD, Pierre, *Droit Civil*, (2ª ad.), Paris, Sirey, (1972).
- MASSINI, Carlos I., *El juicio de equidad en el sistema jurídico argentino*, E.D. 83-836.

- La prudencia jurídica. Introducción a la gnoseología del Derecho*, Abeledo Perrot, Bs. As., (1983).
- MAZZARELLA, Giuseppe, *Le unità elementari dei sistemi giuridici*, Messina, Principato, (1922).
- MCBRYDE, W.W., FLESSNER, A., KORTMANN, S.C.J.J., *Principles of European Insolvency Law*, ed. Kluwer Legal, (2003).
- MENÉNDEZ A., *Breves reflexiones sobre la reforma del Derecho concursal*, en Estudios homenaje a J. Ma. Chico y Ortiz, Madrid, (1995).
- MICELI, Vincenzo, *I principii generali del diritto*, en Riv. Di Diritto Civile, (1923).
- MICELLI, María I., *El insoluble problema de la desnaturalización de la quiebra voluntaria*, L.L. Litoral 2008-1069
- Un límite necesario al uso antifuncional de la quiebra voluntaria*, L.L. 2007-1235.
- MIGUEL, Luis Alberto, *La reforma de la ley de concursos y su impacto en el derecho administrativo de defensa de la competencia*, L.L. 2002-C-1059.
- MIGUENS, Héctor José, *Extensión de la quiebra y responsabilidad en los grupos de sociedades*, (2ª edición), ed. LexisNexis, Bs. As., (2006).
- MILBERG, Eduardo F. M., *Acuerdos preconcursales*, en E.D. 120-880.
- MIMOLA, A. Carlo, *Per una breve storia della riforma delle procedure concorsuali en "Crisi Dell'Impresa e insolvenza"*, ed. Giuffrè, Milán, (2005).
- MIMOLA, Antonio C., *Risanamento delle imprese, mercato e parità di trattamento*, Giuffrè, Milán, (2004).
- MIRANDA SERRANO, Luis María, *Defensa de la competencia y adquisiciones de empresas en crisis en la Unión Europea*, "Revista Valenciana de Economía y Hacienda", n.º 9-III, (2003).
- MITNICK, Barry M., *La economía política de la regulación*, Fondo de Cultura Económica, México (1989).
- MOCCERO, Eduardo M., *Principios orientadores de la ley 24.522*, L.L. 1996-A-1234.
- MOISSET DE ESPANES, Luis, *Aspectos económicos y jurídicos de la Ley de Convertibilidad en "Convertibilidad del austral"*, ed. Zavallia, Bs. As., (1991).
- MOLINA SANDOVAL, Carlos A., *El cambio de las reglas de juego en el fuero de atracción concursal*, E.D. 217-630 (2006).
- MOMMSEN, Theodor, *Archivo Für Theorie und Praxis*, (1875).
- MONTEJANO, Bernardino (h), *Curso de Derecho Natural*, 7ª edición, ed. LexisNexis Abeledo-Perrot, Bs. As., (2002).
- MONTI, José Luis, *El concordato como negocio jurídico. Sobre la homologación del acuerdo y las atribuciones del juez del concurso*, L.L. 2000-F-1089.
- MORELLI, Mariano G., *Los contratos de trabajo en el concurso preventivo. Derechos sociales, dogmática jurídica y teoría general del derecho*, D.T. 1999-B-2249.
- MORELLO, Augusto M., *El derecho a la Vida*, ed. Platense, (2002).
- Estudio de la Ley de Concursos, 24522 (II)*, J.A. 1996-I-672.
- MORELLO, Augusto, PASSI LANZA, Miguel A., SOSA, Gualberto L. y BERIZONCE, Roberto O., *Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires y de la Nación comentados y anotados*, ed. Platense, (1975).

- MOSSET ITURRASPE, J., *Negocios simulados, fraudulentos y fiduciarios*, ed. Ediar, Bs. As., (1975).
Otra muestra del "Derecho Privado Constitucional": La Constitución avanza sobre los privilegios concursales, La Ley en Sup.CyQ, set (2004).
- MOSSO, Guillermo, *El "cramdown" y otras novedades concursales*, ed. Rubinzal Culzoni, Bs. As., (1998).
- MOUCHET, Carlos - ZORRAQUÍN BECÚ, Ricardo, *Introducción al Derecho*, 12ª edic., Bs.As., ed. Perrot, (1997).
- MOURLON, Frederic, *Examen critique et pratique du Commentaire de M. Troplong sur Les privilèges*", París (1855).
- MUÑOZ OLIVEIRA, Luis Humberto, *La razonabilidad como virtud*, Universitat Autònoma de Barcelona, ISBN: 9788469139165, (2007).

N

- NEGRE DE ALONSO, Liliana T., *Algunas reflexiones sobre el régimen especial de administración de las entidades deportivas con dificultades económicas. Ley 25.284 (primera parte)*, L.L. 2001-B-1001.
- NINO, Carlos Santiago, *Introducción al análisis del Derecho*, ed. Astrea, (1984).
La validez del Derecho, (2ª reimp), ed. Astrea, Bs. As., (1998).

O

- O'FARRELL, Ernesto, *Un fuerte espaldarazo al arbitraje*, L.L. 1989-B-476.
- OLIVA, Pierluigi, *La privatizzazione dell'insolvenza: inquadramento giuridico delle operazioni di ristrutturazioni*, "Il Falimento", ed. Iposa, Milano, (1999)-
- OLIVENCIA RUIZ, Manuel, *Suspensión de pagos y quiebras en el Código de Comercio*, en "Centenario del Código de comercio", Madrid, (1986).
El Derecho Concursal: Modernas Orientaciones y Perspectivas de Reforma, en "La Reforma de la Legislación Mercantil", ed. Civitas, (1979).
- OMAR, Paul J., *International Insolvency Law, Themes and Perspectives*, Sussex Institute, University of Sussex, ed. Ashgate, UK, (2008).
- ORGAZ, Alfredo, *Personas individuales*, ed. Depalma, Bs. As., (1943).
- ORIONE, Francisco, *Exposición y crítica de la ley de quiebras*, ed. El Ateneo, Bs. As., (1934).
- OROZCO PARDO, Guillermo y PEREZ-SERRABONA GONZÁLEZ, José Luis, *Sobre la unificación del derecho privado en materia de obligaciones y contratos; a propósito de la Ley Concursal*, en el Homenaje a Manuel Olivencia, ed. Marcial Pons, España, (2005).
- ORREGO SANCHEZ, C., *H.L.A. Hart, abogado del positivismo jurídico*, ed. Eunsa, Pamplona, (1997).
- OSSORIO, Manuel, *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*, 24ª edición, ed. Heliasta, (1997).

P

- PACCHI, Stefania, *La reforma del Derecho concursal italiano*, Derecho de los negocios, ISSN 1130-5711, Año n.º 17, N.º 187, (2006).
Il nuevo concordato preventivo, ed. Ipsoa, Italia, (2005).
- PAJARDI, Piero, *Derecho concursal*, ed. Ábaco, Bs. As., (1991).
El proceso de quiebra entre el pasado y el futuro y los problemas de la reforma del sistema ejecutivo concursal, RDCO, (1982).
Manuale di Diritto Fallimentare, 2ª edición, ed. Giuffrè, Milano, (1976).
Manuale di Diritto Fallimentare, Giuffrè, Milano, (1998).
- PALACIO, Lino Enrique, *Derecho Procesal Civil*, ed. Abeledo Perrot, Bs. As., (1990).
- PAPACHRISTOS, A. C., *La réception des droits privés étrangers comme phénomène de sociologie juridique*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, (1975).
- PARRY R. y PARRY A. E., *El concurso civil de acreedores*, ed. Plus Ultra, Bs. As., (1967).
- PARRY, Adolfo E., *Efectos de la quiebra en los contratos*, ed. TEA, Bs.As., (1950).
- PARSH, Norman S. (Q. C.), *Queles réflexions pratiques sur l'usage de la technique comparative dans la réforme du droit national*, en "Revue de Droit international et de Droit comparé", 47 c. année, núm. 2-3.
- PASETTI, G., *Parità di trattamento e autonomia privata*, Padova, (1970).
- PECZENIK, A., *Dimensiones morales del Derecho*, Doxa, 8, (1990).
- PEINADO GARCÍA, Juan Ignacio, *La distribución del riesgo en la insolvencia*, en homenaje a Manuel Olivencia, ed. Marcial Pons, Madrid, (2005).
- PERELMAN, Chaim, *À propos de la règle de droit. Réflexions de méthodhe* en "La règle de droit", Études publiées par C. Perelman, Bruxelles, Bruylant, (1971).
La lógica jurídica y la nueva retórica, ed. Civitas, Madrid, (1988).
La lógica jurídica y la nueva retórica, ed. Civitas, Madrid, (1979), (traducción de Luis María Díez-PICAZO), cit. por Rodolfo VIGO en *De la Ley al Derecho*, ed. Porrúa, México, (2003).
- PEREYRA, Alicia, *Los procesos concursales en los que el deudor manifiesta no poseer activos liquidables: sólo cuenta con su sueldo*, Rev. de Derecho Concursal, ed. Zeus, n° VI (2008).
- PESARESI, Guillermo Mario y PASSARÓN, Julio Federico, *Honorarios en concursos y quiebras*, ed. Astrea, Bs. As., (2002).
- PESCATORE, S., *Il rappresentante comune degli obbligazionisti*, Riv. dir. comm., (1968).
- PETEL, Philippe, *Surendettement des particuliers et difficultés des entreprises*, en "Liber amicorum Jean Calais Auloy", Etudes de droit de la consommation, Paris, ed. Dalloz, (2004).
- PIETRO SANCHIS, Luis, *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, (1992).
- PIPIA, Umberto, *Del fallimento, del concordato preventivo e dei piccoli fallimenti*, UTET, Torino, (1931).
- PISANI, Osvaldo E., *Elementos del derecho comercial*, ed. Astrea, Bs. As., (2002).

- PLANA, Carlos Horacio, *Efectos de la conclusión del procedimiento sobre los créditos no insinuados en la ley 24.522*, en Revista de Derecho Privado y Comunitario, tº 11, Concursos y Quiebras II, ed. Rubinzal-Culzoni, (2000-1).
- PLÍNER, Adolfo, *La personalidad de la sucesión, de la masa de acreedores en la quiebra y de la masa de deventuristas*, RDCO, (1968).
- PODETTI, José Ramiro, *Teoría y técnica del proceso civil*, 1ª ed., ed. Ediar, Bs. As., (1963).
- PORCELLI, Luis A., *Acciones por simulación y fraude en la reforma concursal de la ley 26.086*, L.L. 2006-C-1188.
Conservación y continuación de la empresa, L.L. 1988-C-975.
Improcedencia de las Acciones de Simulación y Pauliana dentro del Trámite del Concurso Preventivo, L.L. 1998-B-1184.
- PORTELA, Jorge Guillermo, *Aforismos y principios jurídicos*, elDial-DC231.
- POUND, Roscoe, *Jurisprudence*, vol. II, West Publishing, St Paul, Minnesota, (1959).
Philosophy of law, en *Twentieth century's philosophy*, (1943).
- PROVINCIALI, Renzo, *Trattato di diritto fallimentare*, Giuffrè Editore, Milano, (1974).
- PUIG BRUTAU, José, *Introducción al Derecho Civil*, ed. Bosch, Barcelona (1980).
- PUIG PEÑA, F, *Tratado de Derecho Civil Español*, ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, (1957).
- PULGAR EZQUERRA, J., *El proyecto de ley concursal de 2002. Una aproximación crítica* en "Actualidad Jurídica", Aranzadi, n.º 550, (2002).
La declaración del concurso de acreedores, ed. La Ley, España, (2005).

Q

- QUAGLIA, Gustavo Alfredo, *Un apunte acerca de sociedad, empresa y disolución*, RDCO, (1977).
- QUINTANTA FERREYRA, Francisco., *Concursos*, ed. Astrea, Bs. As., (1988).

R

- RABBI-BALDI CABANILLAS, Renato, *Actualidad sobre la jurisprudencia "De equidad" en la Corte Suprema de Justicia*, L.L. 1999-F-1148.
- RADBRUCH, Gustav, *Filosofía del Derecho*, ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, (1933).
- RADIN, Max, *Case law and stare decisis. Concerning Präjudienrecht in Amerika*, Columbia Law Review, t. 33, pág. 10.
- RADKIEVICH, Oscar S., *Concurso extrajudicial preventivo. ¿Los clubes de bancos son lícitos o ilícitos...?*, en L.L. 1983-B-932.
- RAGUSA MAGGIORE, G., *Instituzioni di Diritto Fallimentare*, 2ª edición, ed. Dott, Padova, (1994).
Instituzioni di Diritto Fallimentare, ed. Antonio Milani, (1994), pág. 672., 351
L'insolvenza quale presupposto delle procedure concorsuali en "Il Diritto Fallimentare e delle Società Commerciali", Padova, (1992).
- RAMELLA, Agostino, *Trattato del fallimento*, ed. Editrice Libreria, Milano, (1904).

- RAMÍREZ, José A., *La Quiebra, Derecho Concursal Español*, 2ª edición por José M. CAMINALS y CLAVE, Francisco, ed. Bosch, Barcelona, (1998).
- RASPALL, Miguel A., *La suspensión de subastas en las leyes 25563 y 25589: la vivienda del deudor en concurso preventivo y otros bienes*, J.A. 2002-III-1490. *La legitimación para formular propuestas de acuerdo preventivo en las sociedades. ¿Órgano de gobierno u órgano de administración?*, E.D. 224-810 (2007).
- RASPALL, Miguel y PEREYRA, Alicia, *Rechazo de pedidos de propia quiebra de empleados públicos. Quiebras sin activo. Limpieza de suelo. Apelación en Doc. Societaria y Concursal*, n.º 247, Junio (2008).
- RATHENAU, Walter, versión italiana en *La realtà della società per azione*”, “Rivista delle Società”, ed. Giuffré, Milán, (1960).
- RAWLS, John, *El liberalismo político*, ed. Crítica, Barcelona, (2004). *Justicia como equidad*, ed. Tecnos, Madrid, (1999).
- RAZ, Joseph, *Practical reason*, pág. 49 cit. por John FINNIS, *Ley Natural y Derechos Naturales*, (8ª reimp., 1980), ed. Abeledo-Perrot, Bs. As., (2000).
- RECASÉNS SICHES, Luis, *Introducción al estudio del Derecho* (7ª edición), ed. Porrúa, México, (1995).
- REINOSO BARBERO, Fernando, *Los principios generales del Derecho en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Madrid, ed. Dykinson, S. L., (1987).
- REZZÓNICO, Juan Carlos, *Principios fundamentales de los contratos*, ed. Astrea, Bs. As., (1999).
- RIBERA, Carlos Enrique, *El Acuerdo Preventivo Extrajudicial, antecedentes y la nueva legislación concursal*, E.D. 167-1163, 258.
- RIBICHINI, Guillermo Emilio, *Quiebra derivada de incumplimiento de acuerdo resolutorio y “conversión” en concurso preventivo: cómo colmar una laguna*, L.L.1996-C-401.
- RICHARD, Efraín H. - JUNYENT BAS, Francisco y MUIÑO, Orlando Manuel, *Salvataje de la empresa: ¿una postulación sin respuesta en la ley concursal?*, RDCO, (1997).
- RICHARD, Efraín H., *El “buen hombre de negocios” y el “plan de empresa”*, Doctrina Societaria y Concursal, ed. Errepar, (2002). *El viejo corazón del derecho concursal*, pub. por la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, disponible en la world wide web en <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/artelviejocorazondercome>, (acceso del 25/06/09). *Ensayo en torno a buena fe e insolvencia societaria* en “Tratado de la buena fe en el derecho”, Dir. Marcos M. Córdoba, ed. La Ley, (2004). *Ensayo sobre el plan de empresa y las obligaciones del empresario*, Revista Estudios de Derecho Comercial del Colegio de Abogados San Isidro, n.º 9, (1993). *Ensayo sobre la axiología del derecho concursal*, RDCO, ed. Abeledo Perrot, Bs. As., (2009). *Legalidad de la propuesta de acuerdo en el concurso societario*, J.A. t. IV, pág. 1242 (2008).

Notas en torno a la conservación de la empresa: ¿principio concursal o del derecho societario?, Ensayos de derecho empresario n.º 4, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba y de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, ed. Fespresa, Córdoba (2008).

Notas en torno a la ley 18.832 modificatoria de la ley de quiebras, L.L. t. 142, pág. 1068.

Propuesta de acuerdo preventivo. Su integración necesaria con un plan de dirección, Doctrina Societaria n.º 109, Errepar (1996).

Salvataje de la empresa y propuesta de acuerdo preventivo, Revista Derecho y Empresa de la Universidad Austral, Rosario, (1996).

Tempestividad en la presentación en concurso, ed. Astrea, ISBN: 950-508-630-X, pág. 1.

En Torno a la Concursalidad en la Nueva Ley de Concursos. Fuero de Atracción, suspensión de acciones de contenido patrimonial y verificación de créditos en “Revista de Derecho Privado y Comunitario, Concursos y Quiebras-I, Jurisprudencia civil y comercial, Mercosur”, ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, (1996).

Insolvencia societaria, LexisNexis, Bs. As., (2007).

Otra vez sobre propuesta abusiva en obra colectiva “Conflictos en la insolvencia” dirigido por Ricardo A. NISSEN y Daniel R. VITOLO, ed. Ad Hoc, Bs. As., (2005).

Asuncion de la crisis de sociedades comerciales a través del derecho específico (la conservación de la empresa es una cuestión privada, societaria), VI Congreso Argentino de Derecho Concursal - IV Congreso Iberoamericano sobre la Insolvencia, ed. Lux, Rosario (2006).

RIPERT, G - BOULANGER, J., *Tratado de Derecho Civil*, (trad. D. GARCÍA DAIREAUX con la supervisión de J. J. LLAMBIAS), Bs. As., (1963).

RIPERT, Georges, *Les forces créatrices du droit*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, (1955).

RIVA, Jorge Luis, *Los acuerdos preconcursales*, en L.L. 1983-D-1154.

RIVACOBIA Y RIVACOBIA, Manuel De, *División de las fuentes del Derecho positivo*, ed. Edeval, Valparaíso, (1968).

RIVERA, . Julio César, *Instituciones de Derecho Concursal*, ed. Rubinzal-Culzoni, Bs. As., (1996).

Concursos y Quiebras. Ley 24.522, ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, (1995).

Revista de Derecho Comparado, ed Rubinzal Culzoni, (2004).

Instituciones de Derecho Concursal, ed. Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, (1996).

“Código Civil Comentado”. Títulos preliminares. Personas, ed. Rubinzal Culzoni, Sta. Fé (2006).

Acciones integrativas del patrimonio y concurso preventivo, L.L. 1998-D-978.

Contrato resuelto: subsistencia de la cláusula arbitral y conflicto de competencia, L.L. 2005-D-156.

La emergencia productiva y crediticia. Ley 25.563 (modificaciones a la ley de concursos y quiebras), elDial - DC16B (2002).

- RIVERA, Julio César, ROITMAN, Horacio y VÍTOLO, Daniel Roque, *Concursos y Quiebras Ley 24522*, ed. Rubinzal - Culzoni, Santa Fe, (1995).
Ley de concursos y quiebras, Rubinzal-Culzoni, Bs. As., (2000).
- ROCCO, Alfredo, *Il concordato nel fallimento e prima del fallimento*, ed. Fratelli Bocca, Torino, (1902).
- ROCCO, Ugo, *Tratado de Derecho Procesal Civil. Parte Especial. Proceso Ejecutivo*, Depalma, (1976).
- RODRÍGUEZ - ARIAS BUSTAMANTE, Lino, *Ciencia y filosofía del Derecho*, ed. Ediciones jurídicas Europa – América, Bs. As., (1961).
- RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Joaquín., *Ley de quiebras y suspensión de pagos concordada y anotada*, México, Porrúa, D. F., (1943).
- ROITMAN, Horacio y DI TULLIO, José A., *Los intereses en los concursos en "Obligaciones dinerarias. Intereses"*, RDPC n.º 2001-2.
- ROITMAN, Horacio, *Concursos. Ley 19.551. Actualizada con las modificaciones de las leyes 22.917 y 22.985*, (13ª edición), ed. Depalma, Bs. As., (1984).
Efectos del concurso preventivo sobre los contratos preexistentes, ed. Rubinzal-Culzoni, Sta. Fe, (2005).
- ROJO FERÁNDEZ-RÍO, Ángel, *La reforma del derecho concursal español en "La reforma de la legislación concursal"*, ed. Marcial Pons-Registradores de España, Madrid · Barcelona, (2003).
Crisis de la empresa y procedimientos concursales, "Anuario de la Academia Matritense del Notariado", (1981).
La tramitación escrita del convenio en la quiebra y en la suspensión de pagos en "Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje a Broseta Pont", Valencia, (1995).
El estado de crisis económica en La reforma del derecho de quiebras, ed. Civitas, Madrid, (1982).
- ROSS, W. D., *Aristóteles*, (trad. de Diego F. Pró), 2ª edición, ed. Charcas, Bs. As., (1981).
- ROSSI, A. F., *La quiebra y la justicia distributiva*, E.D. 64-601 (1976).
- ROUILLÓN, A., *Código de Comercio, comentado y anotado*, ed. La Ley, Bs. As., (2005).
Régimen de Concursos y Quiebras, (15ª edición), ed. Astrea, Bs. As., (2006).
Régimen de concursos y quiebras, Ley 24.522, 11ª edición, Astrea, Bs. As., (2000).
¿Fin del concurso preventivo como instrumento de licuación judicial de pasivos?, L.L. 1987-D-1164, Derecho Comercial - Concursos y Quiebras - Doctrinas Esenciales, t. I, pág. 329.
Acuerdo preconcursales: algunas cuestiones conflictivas no legisladas, J.A. 1985-III-810, 258
Acuerdos preconcursales: el problema de la ineficacia en la quiebra, en E.D. 115-855;
El procedimiento homologatorio de los acuerdos preconcursales, L.L. 1985-C-1007
Los acuerdos preconcursales antes y después de la reforma de la ley 19.551 por la ley 22.917, en J.A. 1985-II-836

Nueva etapa para los métodos alternativos de solución de la insolvencia y de las crisis empresariales. ¿La tercera será la vencida?, “Derecho y Empresa”, Rosario 4-1995-210.

Categorización de acreedores en el concurso preventivo: el juicio de "razonabilidad" y el rol del síndico, LLLitoral 1997, 708.

Novedades concursales de fin del milenio: la clasificación de acreedores en el concurso preventivo, J.A. 80° aniv. 1998-400.

Un caso atípico de legitimación activa para demandar la extensión de quiebra, Jurisprudencia comentada, E.D. 147-369.

“Código de Comercio Comentado y Anotado”, *Ley de Concursos y Quiebras*, dir., ed. La Ley, t. IV, pag. 52.

ROUSSEAU, Jean-Jacques, *Principes généraux du droit international public I*, (1944).

RUBÍN, Miguel E. “Introducción” a la obra colectiva: “Instituciones de derecho concursal”, ed. Ad-Hoc, Bs. As., (1992).

Algunas reflexiones sobre la continuación de la actividad de la empresa en quiebra, L.L. 1987-B-913.

Las reformas a la Ley de Concursos y Quiebras del año 2011 y el fenómeno de las cooperativas de trabajo. Comprobando que más difícil que sacar al genio de la lámpara es volver a meterlo en ella, E.D. 243, n.º 12.803, 01/08/2011.

RUBIO, Jesús, *El principio de conservación de la empresa y la disolución de sociedades mercantiles en el derecho español*, Revista de Derecho Privado, Madrid, enero-diciembre (1935).

RUIZ GUIÑAZÚ, Enrique, *La quiebra en el Derecho comercial argentino*, (4ª edición), ed. América Unida, Bs. As. Aires, (1926).

S

SACCHI, Roberto, *Il principio di maggioranza nel concordato e nell'amministrazione controllata*, ed. Giuffrè, Milano (1984).

SAJÓN, Jaime V., *Concursos*, ed. Albeledo Perrot, Bs. As., (1974).

Los arreglos extrajudiciales y la ineficacia de los actos perjudiciales en el período de sospecha, E.D. 91-899.

SALVAT, Raymundo Argañaráz, *Derechos Reales IV*, (5ª edición), ed. Tea, Bs. As., (1959).

SALVAT, Raymundo y LÓPEZ OLACIREGUI, José María, “Tratado de derecho civil argentino. Parte General”, ed. Tea, Bs. As., (1964).

SANCHIS, Luis Pietro, *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, (1992).

SANCINETTI, Marcelo A., *El artículo 4º de la ley de concursos: historia e historia de una reforma*, RDCO n.º 17, (1997/98)

SANGUINETI, Juan José, *Lógica*, ed. Universidad de Navarra, (1994).

SANTO TOMÁS de Aquino, *Suma contra Gentiles*, III, 17.

SANTO TOMÁS de Aquino, *Suma Teológica*, I q. 5 a. 1c.

SANTO TOMÁS de Aquino, *Suma Teológica*, I q. 5 a. 3c.

SANTO TOMÁS de Aquino, *Suma Teológica*, I-2, q. 96, a. 6.

- SANTO TOMAS de aquino, *Suma Teológica*, I-II, q. 90, a. 4.
- SANTO TOMÁS de Aquino, *Summa Theologica*, I-II, q. 94, a. 2.
- SANTO TOMÁS De Aquino, *Suma teológica*, I, q.33, a. 1., 63.
- SATANOWSKY, Marcos, *Tratado de Derecho Comercial*, ed. Tipográfica Editora, Bs. As., (1957).
- SATTA, Salvatore, *Instituciones del Derecho de Quiebra*, (traducción y notas de Derecho Argentino de Rodolfo O. Fontanarrosa), ed. Ediciones Jurídicas Europa-América, Bs. As., (1951).
- Instituciones del derecho de quiebra*, ed. Ejea, (1951).
- L'esecuzione forzata*, Milano, (1937).
- SAVIGNY, Friedrich C., *Sistema de Derecho Romano actual* en "La ciencia del Derecho", ed. Losada, Bs. As., (1949).
- La ciencia del Derecho*, ed. Losada, Bs. As., (1949).
- SCHIANO DI PEPE, Giorgio: "La nuova revocatoria fallimentare", Riv. Il diritto fallimentare delle società commerciali, Cedam, Settembre-Ottobre, 2005 n.º 5.
- SCHÖNLE, Herbert, *Rapport suisse* en "Travaux de l'Association Henri Capitant. Journées Louisianaises. La bonne foi", t. XLIII, pág. 103.
- SCHWARZ-LIEBERMANN VON WAHLENDORF, H. A., *Droit comparé*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, (1978).
- SEGAL, Rubén, *La legislación sobre quiebras en la República Popular China*. Comentario de Marcelo Gebhardt, L.L. 1989-C-1397.
- Procedimientos de reorganización empresaria y derecho concursal contemporáneo en países de Europa del Este (Federación Rusa)*, L.L. 1995-B-1160.
- Acuerdos preventivos extrajudiciales*, Abeledo-Perrot, Bs. As., (1997).
- El régimen legal de los acuerdos preconcursales*, en L.L. 1984-D-1186.
- SEGAL, Rubén - DÍAZ CORDERO, Ezequiel - CASAZZA, María Soledad, *Sujetos activos legitimados, acreedores y mayorías requeridas en los acuerdos preventivos extrajudiciales*, L.L. 26/05/2005,
- SFORZA, Cesarini, *Filosofía del diritto*, 3ª ed. Milano, (1958).
- SIMONIUS, August, *Über Bedeutung, Herkunft und Wandlung der Grundsätze des Privatrechts. Festgabe der ZSR "100 Jahre Schweizerisches Recht"*, (1952).
- SKEEL, David A. (Jr.), *Markets, Courts and the Brave New World of Bankruptcy Theory*, Wisconsin L. Rev., (1993).
- SOLER, Sebastian, *La interpretación de la ley*, ed. Ariel, Barcelona, (1962).
- SOROS, George, *El nuevo paradigma de los mercados financieros*, ed. Taurus, Madrid, (2008).
- SOZA RIED, María de los Angeles, *El procedimiento concursal del Derecho romano clásico y algunas de sus repercusiones en el actual Derecho de quiebras*, Rev. estud. hist.-juríd. [online] (1998), n.º 20 ISSN 0716-5455 (acceso del 23-08-07).
- STATI, *Le Standard juridique*, París, (1927).
- STRATTA, Alicia J., *Apuntes sobre el Proyecto del Código Civil de la República Argentina (Comisión Decreto 685/1995). Su influencia en los contratos*, Publicaciones de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, (2001).

- SUDREAU, Pierre, *Informe del Comité de Estudios para la Reforma de la Empresa*, ed. Mapfre, París, (1975).
- SUJIYAMA, Najiro y otros, *Concepto y métodos del Derecho comparado*, trad. Joaquín RODRÍGUEZ Y RODRÍGUEZ, Compañía General Editora, Mexico, (1941).

T

- TARZIA, Giuseppe, *La parti e i terzi nelle procedure concursali*, Riv. di Diritto Proc., Cedam, Padova, (1993).
- TEPLITZCHI, Eduardo, *La posibilidad de una verdadera solución preventiva en la ley 25.589: el acuerdo extrajudicial*, L.L. 2002-D-1351.
- THALLER, Edmond, *Des faillitès en droit comparé avec une étude sur le règlement des faillitès en droit international*, Arthur Rousseau, Paris, (1887).
- TOFFLER, Alvin, *La tercera ola*, Plaza & Janes S.A. Editores, Colombia (1980).
- TOLLER, Fernando, *Propuesta para un nuevo modelo de interpretación en la resolución de conflictos entre Derechos constitucionales*; cit. por Rodolfo Luis VIGO en *Los principios jurídicos, Perspectiva jurisprudencial*, ed. Depalma, Bs. As., (2000).
- TONÓN, Antonio, *Derecho concursal I, Instituciones generales*, ed. Depalma, Bs. As., (1992).
- El acuerdo preconcursal*, RDCO 1984-17-167.
- Para una polémica entorno a la ineficacia del acuerdo preconcursal*, L.L. 1985-D-825.
- TRIGO REPRESAS, Félix A., *Ejercitación judicial del derecho de retención*, L.L. 1990-E-195.
- TRUFFAT, E. Daniel, *El nuevo acuerdo preventivo extrajudicial. Ley 25.589*, Ad-Hoc, Bs. As., (2002).
- Hoy estoy peor que ayer, pero mejor que mañana - Breve comentario sobre la novísima reforma a la Ley de Concursos 24.522 a través de la Ley 25.563*, E.D. 196-877 (2002).
- Algunas pautas para el empleo de la facultad de no homologar un concordato presuntamente abusivo*, E.D. 198-76 (2002).
- Aproximación a la Ley 25.589 modificatoria de la Ley de Concursos y Quiebras 24.522 y de la Ley 25.563*, E.D. 197-947 (2002).
- La abusividad de la propuesta y la moralización de los concursos en lo atinente – precisamente – a la oferta del deudor*, J.A. 2008-IV-1398.
- Proponiendo una polémica: los términos de renegociación de la deuda pública en default y su incidencia sobre el criterio para juzgar la abusividad de las propuestas concordatarias*, E.D. 218-908 (2006).
- Una norma contrapuesta con la solución preventiva de un importador-exportador: el art. 97 del código aduanero - Comentario Breve*, E.D. 171-204 (1997).
- Una quiebra sin acreedores. Efectos sobre la ejecución promovida por el acreedor concursal no concurrente*, E.D. 130-487 (1987).
- Otra vez sobre el inusual tema del acreedor concursal no concurrente u “omiso”*, E.D. 199-300 (2002).

Procedimientos de Admisión al Pasivo Concursal, ed. Ad-Hoc, Bs. As., (2000).
Reflexiones sobre abuso y discriminación en la propuesta de acuerdo –con motivo de un fallo tan querible como erróneo–, La Ley, Sup.CyQ 2004 (noviembre).

Los sueños de la razón engendran monstruos: el art. 16 de la ley 25.563, E.D. 196-1021 (2002).

TUNC, André y TUNC, Suzane, *El Derecho de los Estados Unidos de América*, ed. Universitaria, México, (1957).

U

ULPIANO, *Digesto*, L. I, Tit. II, fr. 10, proemio.

UZAL, María Elsa, *Panorama de la regulación de la insolvencia en el derecho comparado y en el derecho internacional privado argentino*, La Ley Sup. CyQ 2008 (abril), 1, L.L. 2008-C- 828.

V

VAISER, Lidia, *Medidas cautelares sobre la denominada “cuota Hilton” en los procesos concursales*, en Libro de Ponencias, X Jornadas Nacionales de Institutos de Derecho Comercial, Tanti-Córdoba, setiembre (2003).

Un plan infinito, E.D. 197-1062 (2002).

VARANGOT, Carlos Jorge, *Verificación de créditos*, E.D. 27-965.

Principio de conservación de la empresa, L.L. 118-307.

VELAZCO ALONSO, Angel, *La ley de sociedades anónimas*, ed. Derecho Financiero, Madrid, (1982).

VERDROSS, Alfred, *Die systematische Verknüpfung von Recht Un Moral*. Forum der Rechtsphilosophie, ed. Saber, (1950).

VERNENGO, Roberto J., *Los principios de la buena fe* en “Tratado de la buena fe en el derecho”, Dir. Marcos M. Córdoba, ed. La Ley, (2004).

VERÓN, Alberto Víctor, *Sociedades Comerciales*, ed, Astrea, Bs. As., (1998).

VIEHWEG, Theodor, *Tópica y Jurisprudencia*, (1ª edición, 1953); (5ª edición), München, Beck, (1974).

VIGO, Rodolfo L. *Interpretación jurídica*, ed. Rubinzal Culzoni, Sta. Fé, (1999).

Los principios jurídicos, Perspectiva jurisprudencial, ed. Depalma, Bs. As., (2000).

De la Ley al Derecho, ed. Porrúa, México, (2003).

Perspectivas iusfilosóficas contemporáneas, ed. Abeledo-Perrot, (1991).

Nuevos vientos de la filosofía del Derecho, en Anuario de Filosofía Jurídica y Social, ed. Abeledo-Perrot, Bs. As., (1993).

VILLANUEVA, Julia, *Privilegios*, ed. Rubinzal – Culzoni, Bs. As., (2004).

VILLEGAS, Marcelo, *Una visión financiera del derecho de la insolvencia. La reestructuración de la deuda privada* en “Acuerdo Preventivo Extrajudicial”, Suplemento Especial, La Ley, L.L. 2004, pág. 22.

VILLEY, Michel, *Compendio de filosofía del Derecho*, Los medios del Derecho, ed. Universidad de Navarra S.A., Pamplona, (1981).

- VITALE, Antonino, *La dichiarazione del fallimento*, Milano (1967).
- VÍTOLO, Daniel Roque, *Iniciación en el Estudio del Nuevo Régimen Legal de Concursos y Quiebras Ley N° 24.522*, ed. Ad-Hoc, Bs. As., (1995).
Aplicación del CER y del CVS a los créditos en las hipótesis de concursos y quiebras, L.L. 2003-B-1428.
Un incomprensible avance judicial en materia legislativa, E.D. 218-425 (2006).
Comentarios a la Ley de Concursos y Quiebras N° 24.522, Doctrina Jurisprudencia Aplicable, ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, (1996).
Descentralización concursal en la ley 26.086: un regreso sin gloria, E.D. 217-930 (2006).
El pago por subrogación y la cesión de créditos en el concurso preventivo, ed. Ad-Hoc, (2008).
Ley de Convertibilidad 23.928 y sus efectos jurídicos, ed. Ad-Hoc, Bs. As., (1991).
Un incomprensible avance judicial en materia legislativa, E.D. 218-425 (2006).

W

- WALKER, David M., *The Oxford companion to law*, Oxford, Clarendon Press, (1980).
- WIEACKER, Franz, *El principio general de la buena fe*, (trad. J. L. Carro) ed. Civitas, Madrid, (1977).
El principio general de la buena fe, prólogo de Luis DIEZ-PICAZO, (2ª edición), Cívitas, Madrid, (1986).
- WILLIAMS, Ricardo, *El concurso preventivo*, ed. Plus Ultra, Bs. As., (1975).
- WOOD, Philip R., *Principles of International Insolvency*, ed. Sweet & Maxwell, Londres (1995).
- WROBLEWSKI, J. *Sentido y hecho en el Derecho*, Universidad del País Vasco, San Sebastián (1989).

Y

- YADAROLA, Mauricio L., *Homenaje a Yadarola*, Universidad Nacional de Córdoba, (1963).
- YARGA, Iñaki, *Historia de la filosofía antigua*, ed. Universidad de Navarra, (1992).
- YMAZ VIDELA, Martín Rafael, *Los "consorcios de cooperación" ¿Son personas jurídicas?*, L.L. 2005-C-963.

Z

- ZAGREBELSKY, Gustavo, *El Derecho dúctil. Ley, Derechos, justicia*, (2ª edición, trad. Marina Gascón), ed. Trotta, Madrid, (1997).
- ZANNI, Gabriel A. - ROBLEDO, Néstor D., *Entidades financieras, APE y supervisión bancaria*, L.L. 2006-E-430.
- ZANNONI, Eduardo A., *Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos*, ed. Astrea, (1986).

980

PABLO ERNESTO MÁRMOL

ZAVALA RODRIGUEZ, Carlos J., “Código de Comercio y leyes complementarias. Comentados y concordados”, ed. Depalma, Bs. As., (1959/1975).

ZLATESCU, Víctor Dan, *Quelques aspects méthodologiques de la comparaison des droits*, en “Revue internationale de droit comparé”, 35 e. année, núm. 3, ps. 559.

ZULETA PUCEIRO, Enrique, *Paradigma dogmático y ciencia del Derecho*, ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, (1981).