

Homologación del Acuerdo Preventivo

Por Carlos Bernardo Larrouy

I. Breve introducción [arriba]

En términos contemporáneos y sin despecho de tradicionales y conocidas definiciones, quien ha dado una apropiada reseña del designo del Derecho -impregnada por cierto de bella sencillez-, ha sido Francisco Junyent Bas quien, ocupándose del costado negativo del fenómeno de la globalización dijera: “el fin primordial de la ciencia jurídica es la tutela de los derechos de la comunidad” ([1]).

No debe sorprendernos que ese moderno aforismo nos conduzca sin embargo a nociones clásicas, ya conocidas también: el inexpugnable espíritu gregario de la naturaleza humana que determina el escenario en el que transcurre la actividad de esa índole (entre la que se cuenta el quehacer mercantil) y los consecuentes dilemas que aquélla plantea.

Ese reenvío que una idea actual nos provoca a otra milenaria no es casual, ni irrelevante, y sí es obvio: los inconvenientes a que se acaba de hacer referencia poseen todos el mismo gen que los ha engendrado desde el inicio: el temperamento, la condición de humanos.

Esa parición, si bien viene demostrando ser infinita en el tiempo, resulta limitada en la especie; en otras palabras, la observación histórica permite afirmar que el comportamiento del ser humano no ha dejado nunca de generar disyuntivas ([2]), pero también permite testificar, a la vez, que son básicamente, siempre, las mismas: una suerte de elenco estable de dilemas, y que constituyen un aspecto circular del hombre cuyo tiempo, sin embargo y como sabemos, es lineal.

Y en lo que aquí interesa, la inconveniente e inveterada costumbre que aparece firme en el aludido nomenclátor de conductas humanas es la de endeudarse en demasía comprobando con su presencia, en conjunto y en definitiva, la del *afán por el dinero* o, en términos más actualizados, por la *posición patrimonial o económica* ([3]).

Constituye ello el presupuesto fáctico que a modo de sustrato yace en cuanto nos ocupa no solo hoy sino que ha inquietado a nuestros antecesores desde el instante posterior al primer reclamo de la historia.

A modo de ejemplo véase que ya las partidas ([4]) “regulaban el modo como debía proceder el deudor cuando no estaba en condiciones de pagar sus deudas y ante quien: ‘et debelos desamparar (dejar o abandonar sus bienes) delante del judgador’”.

Desde entonces ([5]) y desde allí hasta aquí y ahora, de lo que se trata es de la respuesta dada por el derecho frente a esos hechos originados por los actos humanos que repercuten en la aldea (ya primaria, ya compleja); réplica forzosa e imprescindible por cierto -“pronta y que no puede deferirse” califica Iglesias ([6]); “mutante”, vimos que dice Dasso ([7]) - a punto tal que “en toda estructura social son necesarios mecanismos de purga de pasivos, ya que sus miembros se endeudan en una proporción mayor que a la de su capacidad de pago, siendo esa purga una ‘función’ imprescindible ya que desactivan situaciones conflictivas cuyo mantenimiento afectarían a la paz ... y la tensión social se incrementaría hasta tornar imposible la vida comunitaria” ([8]).

Vida comunitaria esta cuya tutela constituye el fin primordial de la ciencia jurídica conforme viéramos recientemente; y recapitulación esta que nos conduce a su vez, identificado ya como está el percutor de nuestro *métier*, a revisar los proyectos que el derecho concursal tiene al respecto.

Premonitoriamente acaso, ya en 1882 al inaugurar los trabajos para la Reforma del Código de Comercio Italiano, el ministro Caveri decía: *Il tema dei fallimento e un problema insoluto e insolubile* ([9]).

II. Algunas particularidades del derecho concursal [arriba]

Con autorizada doctrina avizoramos la contrapartida del referido endeudamiento desmedido accediendo al concepto relativo a que “el procedimiento colectivo tiene como basamento la responsabilidad del deudor (Lasera, Responsabilità patrimoniale e fallimento, 'Dir. Fall.', 1967, I, pág. 212), que nuestro derecho positivo reconoce implícitamente ([10]) agregando Ferrara hijo ([11]) que el derecho del acreedor es un 'derecho contra el deudor, aún cuando se refleje sobre su patrimonio’”.

Empero, es Roullión ([12]) es quien a nuestro criterio refina la idea en análisis: “con la tantas veces repetida frase del ‘patrimonio como garantía (o prenda) común de los acreedores’ se quiere resaltar que cuando el deudor no satisface la prestación debida, cuando la responsabilidad ‘personal’ de éste no es suficiente para que el acreedor cobre, la seguridad o garantía de efectivización de las acreencias radica en los ‘bienes’ que integran el patrimonio del deudor”.

Sabemos por Maffía ([13]) que “la doctrina contemporánea enseña, con virtual unanimidad, que el proceso concursal pertenece al tipo procesal inquisitivo”, característica esta que el autor seguido se ocupa de reseñar prolijamente con cita a Wyness Millar ([14]). Roullión ([15]), en franca atenuación, refiere que “los procesos concursales pueden ser caracterizados como ‘predominantemente inquisitivos o inquisitorios’”; mengua esa en realidad ya prevista por Maffía en el trabajo citado renglones arriba donde, con su particular estilo, deja saber: “Señalamos, al pasar, que la pertenencia de un proceso al tipo inquisitivo no excluye algunos momentos dispositivos, y viceversa” ([16]).

La afirmación realizada por Roullión, recién apuntada, no debe eclipsar otras más tempranas de su propia autoría ([17]): en el proceso concursal (viene hablando, honrando al título de su trabajo, del principio de congruencia) “el principio de congruencia ... resulta morigerado de una manera que en el proceso típicamente dispositivo resultaría escandalosa” (y del los poderes del juez en la verificación de créditos) “su poder de investigar la correspondencia del material aportado con la realidad, y de hacer prevalecer ésta por sobre la verdad resultante de las alegaciones y probanzas de las partes, es irrestricto”.

Respecto de la tutela que profesa el derecho concursal vale anexar más opiniones del aludido Roullión ([18]) quien nos explica:

“en el siglo XX hizo eclosión el fenómeno empresarial en el campo jurídico ... la ‘empresa’ se convirtió en el centro de atención del derecho comercial y desplazó el eje de atención del derecho concursal La suerte de las actividades pasó a ser la principal preocupación, viéndose en la insolvencia de las empresas ... un problema que no era ya exclusivo de su titular y de los acreedores Al tomarse conciencia de que la desaparición por quiebra de una empresa afecta muchos más intereses que los de los acreedores inmediatos, la preocupación por salvaguardar o

rescatar las empresas en peligro dio nacimiento al llamado ‘principio de conservación de la empresa’, el cual fue elevado a categoría de principio inspirador de muchas disposiciones de legislaciones concursales a partir de mediados del siglo XX”.

Dos consideraciones conviene ser incorporadas aquí -“topográficamente” como diría el recién nombrado Maffía- antes de proseguir: una, el grado de dificultad en el pago que ostente el deudor (o en definitiva la comúnmente denominada insolvencia) no es resuelta por el derecho ([19]) el cual solo la tiene en cuenta en tanto ella genere crisis; y dos, que esta “crisis ... puede desarrollarse sin dar lugar jamás a un conflicto ya que éste tiene por objeto un derecho cuestionado o insatisfecho cuyo titular no sólo lo posee sino que además pretende que le sea cumplido” ([20]).

Instalado el conflicto derivado de la crisis el derecho concursal despliega su *objetivo* que conforme Porcelli ([21]) no es otro que “la resolución del conflicto originado por la impotencia del deudor ‘más’ la voluntad del acreedor de ser pagado, exigiendo conductas precisas para ambas partes tanto anteriores como posteriores al momento en que se desencadena el mismo; e imponiendo soluciones que deben ser acatadas por todos”.

Nos resulta ventajoso recordar, a más de lo expuesto, que “los procesos concursales ni tienen como presupuesto la existencia de un título ejecutivo, ni constituyen medios dinámicos para facilitar la percepción de los créditos, sino que son recursos técnicos contruados por el legislador para la solución de una litis de alta complejidad” ([22]).

Para el ejercicio de su función y despliegue de su tutela el derecho concursal goza de principios rectores que una de las doctrinas en cita rotula como “de no agravamiento” ([23]), “de reversión de la crisis” ([24]), y “de finalización de la crisis” ([25]).

Y también “para ello instaura la presencia de un tercero -el juez- que ejecuta esa resolución conforme a una regulación totalmente previsible y conocida por los interesados. Esa función del juez primero tiende a la pacificación, y luego, resuelve o incide en aspectos generales del conflicto, decidiendo su solución con los elementos colectados”([26]).

Es a ese juez y en procura de la respuesta que obligatoriamente ha de prestarse al conflicto suscitado por la crisis en medio de ese intrincado y múltiple proceso, que la Nación le ha dado facultades ([27]) para entenderse con esa regulación bien previsible y por todos conocida que será abordada, junto a una reseña de sus antecedentes, en el curso de la presente.

A modo de digresión final y previa al cierre de este inciso, diremos que nos resulta provechoso el aporte efectuado por Rocha Campos respecto de la responsabilidad del acreedor en la generación del crédito, y la incorporación de la idea de la Justicia como bien ecológico ([28]).

III. El Juez. Algunas nociones [arriba]

Resulta necesario para el presente que le insertemos ahora algunas consideraciones sobre ese Juez al que se ha hecho referencia; y conviene hacerlo, dado el contexto, meritando su función primordial (ya sospechada con cuanto se dijera antes) en tren de lo cual reconfortan las halladas palabras de Palacio ([29]) quien revela: “El Juez es un órgano de la comunidad. ... La función judicial se presenta como un conocimiento comprensivo de sentidos a través de la ley”.

Y siendo que “la Administración de Justicia constituye la última y más importante esperanza de la persona humana, en lo que hace a la necesidad de defender su derecho fundamental” ([30]) la

“sociedad ha confiado al Juez la tutela de sus intereses jurídicos ([31]) [resultándole a aquélla en punto a esa confianza brindada a éste] “imprescindible afianzar la transparencia de las acciones y buscar la íntima coherencia entre la acción y el mensaje que se le brinda a la sociedad, salvando la confianza en el Poder Judicial y en la justicia como reaseguro de la vida republicana” ([32]).

Baste ello por el momento (más abajo volveremos con mayor amplitud) para evocar de manera muy breve (y hasta acotada) la razón de ser de la magistratura.

Conviene detenernos aquí (puesto que es este el lapso en que el presente trabajo sufre el primer esguince que le volcará en la actual legislación) e intentar elaborar algunas reflexiones que son inherentes a ella, a la crisis que nos afecta, a los conflictos a que venimos refiriendo, y a las distintas circunstancias que aún perviviendo en los pliegues de la vida mercantil y práctica del derecho, pueden condicionar (y en algunos casos hasta determinar) delicadamente algunos aspectos del presente y del futuro de nuestra Nación.

IV. Peligro y equilibrio [arriba]

Eduardo M. Fabier Dubois hijo ([33]) haciendo una apretada síntesis de los institutos y prácticas que favorecieron el desarrollo del derecho comercial, por un lado, y la de los que hicieron de contrapesos para privilegios y excesos, por el otro, advertía que “del equilibrio entre estas dos faces en constante tensión, depende en gran medida la justicia del ordenamiento económico capitalista”.

E insistía en el mismo acto (a la vez que convocaba a la creación de la escuela de derecho comercial económico) en que “debe destacarse que la irrupción del neocapitalismo en nuestro país, vía la globalización, ha llevado a que en la actualidad predominen las creaciones, interpretaciones y prácticas del derecho comercial orientadas hacia criterios de eficiencia como es el caso de la denominada “Escuela de análisis económico del derecho”. Tal posición resulta, a nuestro juicio, inaceptable en tanto va en desmedro de aquellos criterios que atienden a la justicia, entendida como un sistema de valores que incluye la tutela de las personas, como seres humanos, con independencia de su posición ante el mercado”.

Como se advierte, el criterio del convincente magistrado y autor implica un desplazamiento del enfoque de la actividad jurisdiccional que ha primado y es consubstancial con el derecho comercial en tanto derecho especial ([34]) cuya práctica y ejercicio ha tenido siempre como principal (y casi único protagonista) al sujeto mercantil ([35]). Además, los términos de esa tesis denotan una ponderable conciencia respecto del concepto que nos narra y de la peligrosa intromisión que denuncia.

El conjunto de este nuevo encomio sin dudas complementa la tutela de los derechos de la comunidad toda en pos de la paz social ya referidos; pero a la vez representa un aumento de cargas para quienes de un modo u otro mediante la operación del derecho detentan en grados proporcionales la responsabilidad del ejercicio efectivo de ese amparo y de la preservación de un sistema que lo haga factible.

Y tanto más nítida la índole cargosa de responsabilidad a que aludimos cuando nos disponemos a profundizar el conocimiento de esa noticia de alarma que Fabier Dubois hijo nos diera sobre la Escuela del Análisis Económico del derecho (sobre los “crudos resultados de su aplicación” ya avisaba Iglesias tempranamente ([36])) y que Nallim ([37]), de quien tomamos los párrafos que siguen, presenta con el preocupante anuncio de “huida de la judicialidad en nuestra materia”.

Nos ilustra el recién nombrado: “se trata de una teoría pesimista respecto del cumplimiento de la función del Derecho Concursal. Su principal exponente es el profesor Bowers, quien nos dice que en realidad las crisis, si se resuelven, lo hacen siempre al margen del juicio de quiebra: que este juicio a la postre solo significa que los profesionales (contadores, abogados) lucren con ello. Que en realidad la mayoría de los grandes acreedores, cuando eso se produce, o ya cobraron, o constituyen hipotecas sobre los bienes más importantes, etc, y ello hace que los acreedores menores (que son los más en números) participen de un juicio ineficaz, frustrante, etc. Por ello llega a la conclusión de que las normas de la quiebra son ineficientes y desactualizadas en relación a la economía actual. Esta es una tesis altamente nihilista que tiende simplemente a borrar el Derecho Concursal del Derecho en general.

Otro gran exponente de esta teoría es Thomas H. Jackson (E.E.U.U.) quien, para negar el concepto integrista del derecho concursal lo expresa con claridad: ‘como muchas especies arruinan la sopa, muchas funciones arruinan el Derecho, opaca la verdadera función del Derecho Concursal’, con ello señala que esta materia como ejecución colectiva que siempre fue, sin aditamento alguno y ninguna otra finalidad cumplía una función mucho mejor que la que consagra con ello la única finalidad del Derecho Concursal: ejecución colectiva para satisfacer a muchos acreedores. Este autor es uno de los que más ha influido en los Estados Unidos en contra de la moderna doctrina que amplía la finalidad del Derecho Concursal.

Otros autores no llegan a la supresión y/o reducción del Derecho Concursal, pero están convencidos igualmente de la ineficiencia que muestra en la práctica este derecho”.

V. Nuevamente el Juez. Compromiso y derecho [arriba]

i. La satisfacción de la Jurisdicción.

A esta altura debemos pasar, para honrar el itinerario que nos hemos trazado, a referenciar la novedad legislativa que en la materia constituyó la sanción de la Ley N° 24.522 para intentar, *a posteriori*, un análisis casuístico de la modificación que tal digesto tuvo para lucir como lo hace hoy día, e intentar avistar su proyección funcional.

Empero, no nos resulta posible hacerlo sin recordar, a propósito de las reflexiones que nos propusiéramos párrafos arriba, las voces -autorizadas por cierto- que de manera emblemática reúnen a todas las anónimas voces consecuentes y que exhortan a preguntarnos -para respondernos inmediatamente en sentido negativo- si contiene algún valor el repaso de los poderes del juez si al hacerlo omitimos la consideración de las circunstancias y consecuencias que animan (y antes han autorizado) su actuación.

Vale que recordemos que Descartes ([38]) observaba que “un Estado está mucho mejor regido cuando tiene bien pocas leyes, pero muy estrictamente observadas”.

Vemos que con cita en jurisprudencia un sector de doctrina anuncia que el juez que no salda la exigencia de su función la está renunciando ([39]) a lo que puede aditarse el siguiente concepto extractado del dictámen del Fiscal de Cámara 76.712 en la causa "Ruggiu y Compañía S.C. s/Quiebra -expte. N°57.546-", ([40]) “... el sentenciante que con miras en el Ordenamiento jurídico en su totalidad no atienda a aquellos supuestos en que el acuerdo pudiere afectar el interés público ... estaría renunciando a cumplir con los deberes propios de la función jurisdiccional”.

Y tal renuncia de seguro trascendente, aparece a su vez como una actitud humana que desde la filosofía contemporánea hay quien la afilia a la mala fe ([41]).

Dicho todo lo cual transcribimos las opiniones ofertadas ([42]):

“La declinación, por los jueces civiles y comerciales, de aquellas facultades que constituyen atenuaciones del principio dispositivo, no es por cierto ninguna novedad. Decía Jorge Walter Peyrano hace ya dos décadas comentando el art. 21 del Cód. Procesal de Santa Fe -que enumera un cierto número de facultades concretas expresivas de la fórmula del ‘juez director’-: “No obstante la claridad meridiana de disposiciones como la precitada, que hoy resultan moneda corriente, no podemos menos que lamentarnos de que muchos de quienes están llamados a aplicarlas, hayan optado por seguir el más cómodo y seguro camino de la rutina. Ya lo apuntaba, dolido, Lascano: ‘El hecho de que nuestros tribunales hayan sido parcos en el ejercicio de esas facultades - alude a las que modernamente se han puesto en cabeza de los jueces-, al punto de que puede afirmarse que las disposiciones legales que las consagran son letra muerta en el Código, no quiere decir que se las haya encontrado incompatibles con la función que les compete y ni siquiera que repugnen al concepto tradicional del oficio de juzgar; ello se debe pura y simplemente a la inercia, abulia o comodidad de los magistrados” (‘El proceso civil’, pág. 74, Ed. Astrea, 1978)”.

ii. Reflexiones sobre nuestra conducta.

Si como anunciara Nietzsche ([43]) “el desinterés no tiene valor ni en el cielo ni en la tierra”, las nociones abordadas y los discernimientos que ellas mismas connotan, un básico temple de responsabilidad y conciencia en tanto hijos, padres, ciudadanos y ejercitadores del derecho hace que con cuanto llevamos visto no parezca factible que vayamos a salir ilesos del presente (aún en caso de haber salvado de la regularidad los rudimentos hasta ahora brindados, y todavía en el supuesto de lograr acertar en la descripción *crítica y razonada* de las actuales facultades de que está investido el juez a la fecha) a menos que logremos aprehender e incorporar a nuestro ser (aún a modo del “estímulo interior” a que alude San Agustín ([44])), para así proyectarlo en los actos que nos definen -y en esos trance y porción asistir a nuestra metamorfosis- el verdadero sentido de nuestra conducta en tanto *deber ser* ([45]).

Y no resulta una faena que se preste a ser completada ni rápida ni eficazmente.

Se nos ocurre, empero, a guisa de punto de partida *au milieu de l’océan*, recordar al filósofo francés contemporáneo que, acechado por la urgente e impostergable necesidad de asir la significación de escribir, la trascendencia de ser *escritor* en medio de las circunstancias en que le había sido dado vivir y desempeñarse, estatuyó concluyente y no sin afligida carga de desafío, que o debía escribirse con compromiso o no debía escribirse en absoluto, dando así lugar al nacimiento de cuanto fue denominado, en el género y la corriente literarios, la *literature engagée*.

En forma de glosa, nos sobreviene el agradable impulso de suponer que tal vez el compromiso sea el padre de la responsabilidad.

Cavilando, se nos ocurre (con el propósito que metiéndonos en un aprieto hemos formulado en párrafos precedentes) que sintiendo como propio el apuro del filósofo podríamos apuntar nuestros actos, en pos de los valores que deben comandarnos y que vienen siendo referidos, no ya hacia una literatura comprometida sino a una práctica del derecho que compartiendo ese calificativo no se halle exenta de la *afectio societatis* entendida en términos generales como la

constricción a nuestra tarea, como la pauta responsable de contribuir en definitiva al bien común en pos de la tutela de los derechos de la comunidad.

Tal vez asista a esa introversión el conjeturar que su contenido representa una actitud impostergable por diaria en tanto, como afirmara Oscar Wilde, son las acciones cotidianas las que conforman o aniquilan el carácter.

Y si clásica resulta la noción relativa a que el derecho consiste en dar a cada uno lo que le corresponde, entonces imprescindible -e inexcusable- puede que sea el llamado a que cada uno hagamos lo que a cada uno nos corresponde hacer como se supone que lo debemos hacer.

Y no otra cosa, ni de otro modo.

Queda aún otra mitad de océano que vadear para que nos sea posible examinar el grado de mérito o de deterioro con que este trabajo pueda haber arribado entonces.

VI. El art. 52 de la ley de concursos y quiebras, versión 1995 [arriba]

i. Aparición y reacción.

Continuando, y continuando al unísono -y al efecto- con el préstamo de palabras que hemos efectuado con José Luis Monti en el trabajo de su autoría que ya hemos individualizado, diremos que, “como se sabe, el art. 52 de la Ley N° 24.522 introdujo un cambio importante en lo atinente al rol del juez en esta materia. Ese artículo (lacónico y en apariencia terminante), para el supuesto que no se deduzcan impugnaciones en término o se rechacen las interpuestas, dice: ‘el juez dictará resolución homologatoria del acuerdo en el plazo de diez días’”.

El Mensaje de Elevación, Consideraciones Generales, puntos 5 y 6, es elocuente: “El acotamiento de sus poderes decisorios, en cuanto a la posibilidad de evaluar en orden de mérito o conveniencia, las soluciones acordadas entre acreedores y deudores, es uno de los objetivos de la nueva normativa. Por ello, en aquellos casos en que se obtengan las mayorías necesarias y se haya cumplido con el procedimiento y los requisitos formales, el juez no puede negarse a brindar homologación al acuerdo preventivo.”

Es decir, en la aparición de la ley referida “el juez carece de la facultad-deber de analizar el mérito del acuerdo aprobado por los acreedores que le conferían anteriores leyes concursales argentinas” ([46]). Así descripta la prescripción legal que nos ocupa, fue justificada por quienes son indicados autores del proyecto legislativo -Rivera y Vítole- y como nos dice Ribichini ([47]), “con razones ... [que] pivotaron sustancialmente en torno a estos tres argumentos: a) si bien los jueces ejercieron prudentemente la facultad de valorar el mérito del acuerdo, hubo algunos casos resonantes en que fue actuada de manera disfuncional; b) algunas de las pautas que la enmarcaban estaban notoriamente superadas -tal, por ejemplo, la del ‘merecimiento’ del arreglo por parte del deudor-; c) en definitiva, el meollo de la misma -valorar la posibilidad del cumplimiento- convertíase en un virtual ‘ejercicio adivinatorio o de futurología’”.

La norma en cuestión, en tanto herramienta para procurar la indefectible respuesta al conflicto concursal, trajo las controversias que iremos a revisar seguidamente pero que bien pueden ser precedidas, a modo de pórtico y en virtud de su connotación, por la relativa a que constituye el rezagamiento, la vuelta atrás, de casi cien años (en alusión directa a la Ley N° 4.156 ([48])).

Refiere Hurtado ([49]): “observamos que la ley no otorga al juez facultades para valorar si el acuerdo es bueno o malo, si el deudor es merecedor del acuerdo en relación con su conducta previa, sus posibilidades de pago, el interés general o cualquier otra consideración subjetiva”, carencia evaluativa esta de la que sólo se ocupó en rescatar la instancia de la homologación que siguió al contenido del digesto de 1995 ([50]), básicamente, lo relativo al interés general, la licitud de la causa, del objeto en tanto acto jurídico y la posibilidad de existencia de fraude o de abuso de derecho con referencia a las normas y principios encerrados en los arts. 12, 502, 953 y 1.071 del Cód. Civ..

En esa orientación fueron señeras las decisiones recaídas en los precedentes “La Naviera Línea Argentina de navegación Marítima y Fluvial s. Quiebra” ([51]), “Banco Extrader S.A.” ([52]), “Covello, Francisca s. Quiebra” ([53]), “Argentina Televisora Color s/Concurso Preventivo” ([54]) y “Frannino Industrias Metalúrgicas S.A.” ([55]) entre otros los que fueron seguidos por la recaída en el caso “Línea Vanguard S.S. s. Concurso Preventivo” ([56]) que en algún modo las resume:

“Claro está que no es posible pasar por alto que la Ley N° 24.522 ha innovado respecto de la legislación anterior, en cuanto a las facultades del juez del concurso en materia de la homologación del concordato, a tal punto que cierta doctrina considera que, de conformidad con el espíritu que atribuye a la legislación actual, serían los acreedores los únicos que estarían en situación de decidir sobre lo que mejor se ajusta a su propio interés o conveniencia, sin que los jueces se encuentren habilitados para juzgar sobre esa decisión. Empero, esto no significa que los magistrados no se encuentren facultados -y aún constreñidos- a valorar los principios que informan el orden jurídico en su integridad, porque como señala el señor fiscal de cámara en su dictamen, la legislación concursal no es una isla o un compartimento estanco, circunstancia que nos conduce a que deba siempre prevalecer el interés general del comercio, del crédito y de la comunidad en general por sobre el individual de los acreedores o del deudor”.

ii. Partículas y núcleo; heterogeneidad y heroicidad del derecho: algunas reflexiones.

De ese texto (allende su innegable valor narrativo de lo que a modo de referencia pretérita -por reciente que sea- de la cuestión sirve al presente) extraemos cuanto a modo de muestras embrionarias posibilitan (más: no se entiende sin su presencia) el epicentro de la tarea que se avecina (la prometida de dar análisis a las actuales prerrogativas judiciales en nuestra materia) dos consideraciones.

Una: la noticia relativa a que conforme “cierta doctrina” sólo los acreedores pueden decidir el remedio que van a ingerir sin que los jueces puedan emitir juicio acerca del rebaje; y dos: que nada de ello implica que los magistrados no se encuentren “constreñidos” a meritar el orden jurídico entendido como entidad integral.

Como puede evocarse son ellas observaciones que hemos avistado en el transcurso del presente: la “cierta doctrina” no es otra que la de la “Escuela de análisis económico del derecho” que pusimos sobre el tapete de la mano de Fabier Dubois hijo, Iglesias y Nallim ([57]); la “constricción” en cabeza de los jueces aparece ya volcada en los avances de esta tesina seguida de las opiniones de doctrina -judicial incluida- ya apuntadas en su decurso.

Existe, sin embargo, una tercera consideración que es secreta (en los términos de Alvarez Murena ([58])) por tácita y que también hemos ya visitado en el camino: la respuesta que venga a ocuparse de las conductas que provenientes de los miembros de la sociedad resulten trascendentes para nuestro *metiér* (munidas de la potencialidad de alteración que hemos revisado); la réplica desde el sistema concursal para con la empresa considerado un bien social

trascendente. La actitud en virtud de la cual la comunidad verá tutelada, en definitiva, la permanencia de su existencia.

Y hay también una primer pregunta temprana: ¿cuán heterogéneo puede ser nuestro derecho positivo?.

Hemos tenido oportunidad de apreciar que Iglesias ([59]) advertía acerca de los efectos de las normas provenientes de la corriente del análisis económico del derecho insertadas en nuestra Ley N° 24.522, y al hacerlo prevenía específicamente acerca de “la dislocación que en su inserción en el ordenamiento habrá de provocar”, disloque que, a la luz de cuanto sucediera desde entonces, quedara palmariamente evidenciado en nuestra realidad.

Consideramos muy provechosa la reflexión del autor apuntado, y en el eco de la misma nos cuestionamos si ese esguince posibilita la normal aplicación de nuestro derecho o si por el contrario sus cimientos y tradición (y la socializadora reforma de 1968), enfrentados a una tendencia que les es extraña, se ven sumidos en lo que parte de la doctrina ([60]) denomina el *trabajoso parto de alumbramiento judicial*, o en la *mitigación por la Jurisdicción* a que alude el mismo Iglesias en su trabajo que acabamos de citar.

Las nociones de un derecho que requiera de una manipulación heroica (entendido este término en el sentido clásico de desempeñarse con acentuado grado de permanencia en circunstancias adversas) en pos de su aplicación atentan contra la concepción sistémica e integral a que hemos accedido ya. La idea de normas que carecen de una misma raíz genética que permita su calce armónico (menos incluso: la posibilidad de discernirlas en la unidad del acto del razonamiento) sugieren la presencia de incongruencia técnica y finalista.

Y si es cierto que, como afirma Cipriano ([61]) “la impresión es una de las primeras aproximaciones al conocimiento”, pues diremos entonces ya que la impresión que nos provoca la inserción legislativa que venimos revisando es la de una materia extraña en el cuerpo de nuestro ordenamiento que, al funcionar éste, se traduce en consecuencias equiparables a las que provienen del sufrimiento de un exceso orgánico.

Y en ese orden nos resulta también emergente de la impresión referida que cuanto han hecho nuestros tribunales en los precedentes catalogados *supra* en tanto reacción al cambio legislativo que nos ocupa, no ha consistido sólo en la resolución de los casos concretos sobre los que fallaron sino que, primordialmente, esa tarea no tuvo otro objeto que la defensa de nuestro derecho.

Tal acto, loable por cierto, carece de normalidad funcional podríamos decir; la dislocación que disparara esta reflexión ha provocado, en definitiva, que tengamos a nuestro derecho ocupado en su propio resguardo en vez de en la administración de su contenido a los justiciables. El capitán del barco pasa más tiempo y gasta más energías en la demostración de su rango y coherencia que en impartir las órdenes que le son propias y, frente a ello, se nos ocurre como camino honesto a seguir el contribuir a que el capitán llegue a considerar superados sus problemas de personalidad.

Es interesante la cita ([62]) a Sigmund Freud: “todo exceso encierra en sí el germen de su propia supresión”.

iii. Antecedentes, su reseña.

Junto a ese mensaje tranquilizador conviene examinar los cuerpos legislativos que precedieron al que nos convoca en este apartado.

Lo hacemos con Porcelli ([63]) quien nos informa que:

“La Ley N° 15 (Adla, 1852-1880, 219) prescribió la ‘aprobación’ (no la homologación) como acto jurisdiccional que le daba validez al concordato. Previo a él estableció un periodo para impugnarlo y facultaba al juez a la ‘no’ aprobación si detectaba actos con vicios de ‘fraude’ (arts. 1622 a 1625).

Leyes N° 2.637, 4.156 y 11.719 (Adla, 1889-1919, 15; 1920-1940, 305): mantuvieron el sistema que fuera previsto en la Ley N° 15 (arts. 1473 a 1475, arts. 23 a 25 y arts. 38 y 39 respectivamente), con la única diferencia que la eventual alegación de ‘fraude’ no sólo le competía al juzgador sino que también, la podían denunciar los opositores o impugnantes [de la minoría] al concordato.

La Ley N° 11.719 previó además que podía existir ‘... 5° Inteligencia fraudulenta entre el deudor y uno o más acreedores’ (art. 38), introduciendo así de forma expresa, la eventualidad de ‘connivencia o complicidad entre ellos’ para lograr el concordato.

Leyes N° 19.551 (y 22.917): Introdujo el concepto de ‘homologación’ del acuerdo, descartando el de ‘aprobación’. Y para homologar estableció una decisión de ‘mérito’ sobre una serie de rubros enumerados precisamente (art. 61). En lo demás, continuó con los criterios de las leyes anteriores”.

iv. Movimientos para su reforma.

La norma que preside esta sección -precedida como ha quedado expuesto- aún como componente indiscutible de nuestro derecho positivo lo peor que tuvo, en opinión doctrinaria, no fue su presencia sino la ausencia “de la más elemental pauta regulatoria de su ejercicio” ([64]) respecto de lo cual también Monti([65]), anhelaba “recuperar las pautas esenciales que contenía la legislación anterior[se refería a la Ley N° 19.551], aunque sería recomendable que algunas de ellas (incs. 1, 2 Y 4 del art. 61 de la Ley N° 19.551), adaptadas o remozadas si se quiere, volvieran a ... la ley, a fin de precisar la incidencia de aquellos principios generales en el específico marco concursal”.

También recordaba este la existencia de “un anteproyecto de reformas a la Ley N° 24.522, elaborado por un nutrido grupo de especialistas a fines de 1997, que encaró una extensa revisión de esa ley y, en cuanto interesa, propuso modificar el art. 52 para explicitar las facultades del juez en punto a la homologación del acuerdo. En varios incisos fijó las pautas a tal fin, contemplando las hipótesis en que hubiese una o más propuestas sujetas a consideración, y en cualquier caso dejó a salvo que el juez ‘la encuentre contraria al orden público o a la moral, o en fraude a la ley’ (inc. 1°), como óbices para su aprobación”; a su vez, él mismo aludía a una futura reforma:

“... sería útil retomar la idea ... [de] Malagarriga ... plasmada en el proyecto de ... 1993 ... conferir -acotadamente- al órgano jurisdiccional la facultad de homologar el acuerdo a pesar de no haberse obtenido la totalidad de las conformidades necesarias, cuando considere que ... resulta equitativo aún para los acreedores que no lo hubiesen aceptado, teniendo en cuenta las circunstancias del caso y ponderando lo que los acreedores podrían recibir en caso de liquidación en la quiebra. ... Así lo hizo también el anteproyecto de reformas a la Ley N° 24.522, ... [para] cuando con abstracción de las clases, el acuerdo hubiese obtenido en conjunto ... los dos tercios

del capital quirografario (art. 52, inc. 3 'a'); y 'en todos los casos, cuando el juez consideraba que el acuerdo es equitativo y que nos discrimina irrazonablemente contra la clase ... en la que no se logró conformidad suficiente' (art. 3 'b') ([66]).

And the romans did come ([67]) y lo hicieron dentro del artículo diecisiete de la Ley N° 25.589 ([68]) que desembarcara en nuestra tierra el pasado 16 de mayo de 2002 ([69]); vayamos a su encuentro.

Previo a ello, dada la autoridad de la cita, recordemos que para Cámara ([70]) "... las reformas concursales de 1995 y 2002 son un claro ejemplo de la influencia que la economía ejerce sobre el derecho, y muy especialmente sobre el derecho concursal, el que se insinúa como particularmente sensible a los cambios económicos. ... Esta ley [la 25.589] fue producto tanto de la exigencia, que el mismo gobierno nacional reconoció, del Fondo Monetario Internacional, como de una reivindicación de la doctrina nacional de los aspectos indebidamente alterados del ordenamiento concursal".

VII. El art. 52 de la ley de concursos y quiebras, versión 2002 [arriba]

i. El problema concursal: reflexiones sobre su composición.

"Las cosas menos ordenadas se hallan inquietas: ordénanse y descansan" refiere San Agustín ([71]); pues aprovisionémonos entonces con una prudente porción de orden proclive al entendimiento.

Y comencemos por señalar que cuanto se sitúa frente al Derecho a consecuencia del conflicto que siguiendo a la crisis activa el fenómeno de la concurrencia no constituye, en substancia, ni una materia universitaria ni un esquema de trabajo; ni tan solo puede, tampoco, confundirse con una adecuada trama para una conferencia.

Conforme hemos venido apreciando se nos ocurre que es, esencialmente, un problema.

Pero, ¿porqué?, y ¿cuál es la ubicación "topográfica" (nuevamente Maffía) del mismo?

Aún sin conocer todavía su naturaleza puede sospecharse (siguiendo el camino de las referidas "impresiones" de Cipriano ([72])) que no es sino tripartita -incluso tridimensional- la concepción escenográfica del asunto; que "problema" es interposición; lo que de algún modo obsta a la concreción, al acaecimiento de algo que, de no mediar el supuesto básico de todo dilema, habría alcanzado su existencia.

Intentando algunas reflexiones nos parece que si se conociese la solución de un problema podría quedar afirmada la inexistencia del mismo, lo que lleva a afirmar que el fallecimiento del problema consiste en la obtención de su solución, a la vez que a aventurar que la ignorancia de ésta no sólo da vida al dilema sino que se erige en el problema principal, originando en definitiva una complicación definible como la supeditación de un problema (el primario) a otro (el derivado de ignorar la solución al anterior).

En definitiva, la complicación no vendría a ser otra cosa que el desagradable fenómeno que une a un problema con la realidad.

Soltando la soga de la reflexión y siendo cierto como es que la sabiduría se conduce a través de conceptos, conviene ir a la frondosa riqueza de nuestra lengua para destacar que problema es el

“conjunto de hechos o circunstancias que dificultan la consecución de algún fin” ([73]) con lo que se confirma nuestro barrunto en el sentido obstructivo que atribuíamos en líneas superiores a la naturaleza de la voz que nos ocupa ahora.

Es decir, el problema que atañe a estas líneas se sitúa entre el derecho y su fin; y con las nociones de éstos ya revisadas como están en el presente, no nos es difícil concluir que el derecho concursal tiene por objeto un problema, que es además su progenitor: nace por y para el problema que a esta altura puede calificarse ya como "concursal" y que no tiene por presupuesto fáctico y básico sino la concurrencia masiva, actual y positiva de acreedores provocada por un deudor que ostenta una voluntad de pago (se ignora *prima facie* si la capacidad respectiva la acompaña) graduable como de "escasa" para abajo.

Y si como hemos acabamos de ensayar la ignorancia (nomás inicial) de la solución de un problema implica otro problema, entonces el derecho concursal es, desde esa óptica, un problema en sí mismo ([74]); de todo lo que puede seguirse que el problema de la aludida concurrencia se halla subordinado al problema concursal o, tal vez más felizmente expresado: el problema de la concurrencia genera el problema concursal, para subordinársele de manera coetánea.

De forma tal que si no hemos equivocado las *síntesis* podría afirmarse que el dilema de la concurrencia es preterible y que es el problema concursal el que debe atraernos hasta sus fauces ya que, discernido éste, soluciónase aquél. También puede decirse, con igual márgen de error o de acierto, que la puesta en marcha operativa del problema concursal representa una *complicación*.

Ahora bien, arrimando nuevamente certitud al trabajo con los conceptos de nuestra lengua ([75]), señalaremos que el problema puede ser determinado (“aquel que no puede tener sino una solución, o más de una en número fijo”) o indeterminado (“aquel que puede tener indefinido número de soluciones”). Es valiosa también la noción que nos brinda Porcelli quien nos refiere que “un problema es toda cuestión que aparentemente permite más de una respuesta y que requiere de forma necesaria de un entendimiento preliminar, conforme al cual torna el cariz de cuestión que hay que resolver dándole una única respuesta” ([76]).

De todo ello, y de la tasa de la ley, deriva la idea de que el problema concursal es determinado.

ii. Naturaleza de la relación entre el derecho concursal y el problema concursal; la ley: reflexiones.

Siguiendo en la procura de orden y a modo de circumspecta proclama diremos que es a ese problema determinado que el Derecho, que ve obstada (incluso hasta en una de esas amenazada como hemos visto) la consecución de su fin, comisiona al derecho concursal para que con su experticia y especialidad lo normalice, solucione, y así lo concluya.

Hemos examinado ya lo relativo al Derecho como universalidad; aporta Ciminelli ([77]) al respecto que “sin perjuicio de encontrarnos convencidos sobre la especialidad del sistema concursal ... [éste] se encuentra inmerso en el ordenamiento jurídico todo”. También Monti ([78]) con su asistencia previene sobre los riesgos de la “hiperespecialización”, y nos recuerda que “los preceptos que lo conforman [al derecho concursal] deben ser interpretados con criterio sistemático, como partes o fragmentos del orden jurídico en su integridad”.

No podemos sino coincidir con la completa generalidad de ello, por cuanto, además, nos parece que de otro modo no podría resultar congruente a menos que se deje en el camino la

perspectiva histórica, de la que extraemos la percepción relativa a que la licencia para actuar que posee el derecho concursal ha sido expedida y está así firmada y sellada por el Derecho, a punto tal que autorizada doctrina ([79]) asevera que aquél, “sin la integridad del resto de la legislación de fondo y de los principios generales de nuestro derecho resultaría un arma peligrosa y vacía de justicia”.

De lo repasado se desprende que para no constituir un “arma peligrosa” el derecho concursal no debe hacer uso de su especialidad sino “siguiendo el partido, la doctrina y la opinión” del Derecho entendido como universo, lo que lo convierte -en pureza terminológica, y sin sentido peyorativo alguno- en una suerte de secuaz ([80]) de éste.

El profesor Butty ([81]) ha sostenido reiteradamente en sus clases y en sus fallos ([82]) que el derecho es eminentemente político y en tal sentido, finalista. Y así, en pos de cuanto hemos convenido aquí atribuirle al derecho como propósito primero y último, constituye el mismo una herramienta con que horadar el vacío intangible, restituir el principio menguado, interpretar con sistema el respeto a sus normas lo que equivale a decir, siguiendo a Cipriano ([83]) interpretarse a sí mismo, puesto que “el derecho es también un sistema de respetos”([84]).

En el sentido que venimos animando, es decir, en la normalización en tanto solución y consecuente conclusión del problema, el derecho concursal posee, en calificada opinión ([85]), dos grandes proyecciones, a saber: “... el análisis valorativo de la insolvencia [que] importará facilitar su prevención y propender al logro de una solución preventiva del deudor en la medida en que haya empresa creadora de riqueza y empleo, [ó] por el contrario, en caso de quiebra, la valoración debe hacerse en el sentido de ejercitar con el máximo rigor los institutos tendientes a la recomposición, a las debidas responsabilidades y a la represión comercial del deudor insolvente”.

Creemos adecuada a la transcripción, ya que ese será siempre el eje disyuntor del problema concursal; trazar ese centro de gravedad en otras parcelas diferentes a las apuntadas importa directamente trasladar de manera ficticia geográficamente el problema, con el consecuente riesgo de yerro y de comando autista no ya sólo en la solución sino en la misma y primera aproximación del problema.

Desde la filosofía ([86]) se asevera que “todo problema necesita de un ‘gran amor’ ([87]) que solo pueden lograr los espíritus poderosos”. Tal vez sea en definitiva el amor espiritual ([88]) el que respalde la titánica faena de mantener vigente al poder de compromiso en el ejercicio de la *jurisdictio*.

Pero aún presentes esas características espirituales en los magistrados necesitan del elemento que vehicule la savia del juicio y su disposición para con el problema que nos es inherente, y es ahí donde nos topamos con la Ley, que a su vez precisa de la actitud recién calificada y ya descripta antes en el presente, para ver honrada su letra y para evitar la presencia de cuanto Aznar gusta en calificar, con convite de Ihering, como el “fantasma del Derecho” ([89]).

Parafraseando a nuestro Cód. Civ. ([90]) se nos ocurre consignar que los jueces y las leyes se *deben mutuamente fidelidad, asistencia y alimentos*.

En definitiva, promediando nuestra etapa de ordenación, veremos que es la ley específica la que contiene las alternativas y principios (sobre cuya inscripción axiológica ya hemos testificado arriba) junto a su panorama de respectivas prioridades y excepciones, que blandir sobre y contra el problema tal como lo tenemos filiado en autos.

Y así llegamos, en lo que a nosotros respecta e importa, y para contento de Monti ([91]), al actual art. 52 ya referido y transcripto *supra* con el cual, conforme nos dice Ciminelli ([92]), “se ha vuelto en aproximación a la Ley N° 19.551” ordenamiento éste con el que, al decir de Escuti hijo ([93]), “sin temor a yerro el juez concursal recibió las mayores atribuciones de nuestra historia legislativa [pero] ... más allá de que muchos se rasguen las vestiduras lo real y cierto es que tal norma casi nunca fue aplicada por nuestros jueces”.

iii. Casuística.

iii.a. Avance a modo de repaso.

Conviene entrevistarse nuevamente con algunas cuestiones, a saber: la de la filiación del contenido de la reforma, punto en el que, si nos guiamos por las palabras recién vertidas de Ciminelli, estamos en presencia de una norma ya conocida, que nos ressemble a otra; en definitiva una disposición perteneciente a lo que Maffía ([94]) llama “una especie de ‘familia’ de nociones”. Conforme vimos ya (VI. iv.) el texto de la reforma recepta los movimientos doctrinarios y aún los jurisprudenciales (VI. i.) que la propiciaron.

Consultado el código de Bancarrotas de los Estados Unidos de Norteamérica ([95]) se advierte, sin embargo, la copia casi textual del enunciado: sección 1.129.a. del capítulo 11: “El tribunal deberá confirmar un plan sólo si se cumplen todos los requisitos que se detallan a continuación”; pero adentrados en la lectura nos vemos tentados, sin poder resistirnos, a conjeturar que ahí termina cuanto puede entenderse por reproducción en tanto modelo ya que de pretenderse la existencia del mismo, a todas luces que no estaríamos en presencia de uno ni completo y, como diría Maffía ([96]) “ni lúcido ni lucido”.

Hay, bien mirado el texto, algunas remembranzas de nuestro apartado b.i. y se halla en el ítem 8. de la referida sección; reza: “Con respecto a cada clase de créditos o derechos: (A) que dicha clase haya aceptado el plan; o (B) que dicha clase no esté afectada según el plan” lo que evidentemente es extranjero a nuestro sistema sin que el salvo del inmediatamente siguiente ítem 9. ni la letra del décimo ([97]) lleguen a convencernos de lo contrario.

Que entre las posibilidades dispositivas esta nueva redacción abandonó su postura anterior, la del “seguimiento de reglas” según nos cuenta Ribichini en su concienzudo trabajo ([98]) para pasar, como un péndulo, a la tesitura de “maximización caso por caso” (no constituye un dato menor saber, por el nombrado, que “precisamente, la Ley N° 19.551 se adscribía -al menos en teoría- a este modelo al permitir que fuera el magistrado, en cada caso, quien tomara la decisión supuestamente maximizante de la eficiencia perseguida: homologar o no el acuerdo”).

Con lo que vemos de la cuestión no resulta difícil adivinar el retroceso del peligro economicista que anotáramos (IV.) ni el concitado por los disloques de inserción entonces aludidos.

Queda sí, como es natural, la cuestión relativa al equilibrio que en modo superlativo destacara allí Fabier Dubois hijo quien tuviera a bien señalarnos, también (VII. ii.) el sustrato de la fórmula para lograrlo: o la “prevención y propender al logro de una solución preventiva del deudor en la medida en que haya empresa creadora de riqueza y empleo” ó “por el contrario, en caso de quiebra, el ejercicio con el máximo rigor los institutos tendientes a la recomposición, a las debidas responsabilidades y a la represión comercial del deudor insolvente”, a lo que agregamos, por cuanto nos parece efectivamente valioso para el número cero de la cuenta regresiva en que deba ejecutarse la opción transcripta, el principio contenido en el código norteamericano ([99]): “que no sea probable que, a la confirmación del plan le siga la

liquidación, o la necesidad de una futura reestructuración de pasivos financieros, del deudor ..., salvo que dicha liquidación o reestructuración fuera propuesta por el plan”.

En definitiva, como nos dice Aznar con eficaz sencillez, el juicio del magistrado debe abarcar la solución del conflicto para discernir la efectiva posibilidad de su cumplimiento.

Revisando la recepción de la nueva norma vemos que para Maffía ([100]) “la Ley N° 25.589 puso las cosas en su lugar. ... reinstaló en la ley de concursos el instituto capital de trámite preventivo -la homologación judicial-, pero afortunadamente no reprodujo el vetusto tratamiento de la Ley N° 19.551, sino que, siguiendo de cerca un anteproyecto del Ministerio de Justicia, consagró un régimen satisfactorio que autoriza a esperar con optimismo su *ablande* jurisprudencial.”

Para otro sector de la doctrina, en cambio, “la Ley N° 25.589 de 2002 tuvo aspiraciones mucho menores en lo que a reforma del estatuto concursal se refiere, y apenas si introdujo algunos pocos cambios de los que pueden extraerse dos caracteres: 1) vuelve a confiar en la actuación oficiosa del órgano concursal, ya no sólo en punto a no homologar propuesta de acuerdo preventivo aprobadas por las mayorías legales de los acreedores (art. 52, inc. 4°), sino también, en sentido de máxima amplitud, facultándolo a homologar un acuerdo preventivo a pesar de la negativa de alguna categoría de acreedores a aceptar la propuesta del deudor (art. 52, inc. 2° b) ...” ([101]).

Corresponde apuntar que es novedad de la reforma la prescindencia de la quiebra como supuesto necesario en caso de no homologación. En efecto, la “tradicional disposición no fue mantenida. Eso significa que la homologación desestimada no conlleva la quiebra del concursado que no alcanzó las mayorías necesarias. Ni concordato ni quiebra, según era el destino bifronte de los regímenes tradicionales. Como los ángeles caídos, el cielo los rechaza y el infierno no los recibe ... algo así como la ‘octava’ de Schubert” ([102]).

Tal particularidad, así como la generalidad de la norma, posibilitaron interesantes y variados resultados en la elaboración de doctrina judicial, entre los que se inscriben los siguientes.

“Si la propuesta de acuerdo preventivo es abusiva, corresponde que el juez acuerde una instancia de mejora, que alcance estándares mínimos para que pueda ser aceptada” ([103]).

Tal es cuanto sucedió en un fallo que (si bien por motivos procesales no se ingresó en su tratamiento) superara la Alzada ([104]) y en el cual “el A Quo rechazó el pedido de homologación del acuerdo propuesto por el concursado, mas no declaró la quiebra en tanto meritó que los fundamentos de su rechazo se basan en circunstancias que podrían revertirse en una reformulación de los términos de la propuesta: consecuentemente, otorgó un plazo excepcional de sesenta día corridos e improrrogables para que la deudora mejore sustancialmente la propuesta”.

“... El control de legalidad que tiene el juez del concurso abarca no sólo las formas, sino también la sustancia del negocio sometido a homologación, y es en ejercicio de ese control que debe advertirse la palmaria insubstancialidad del negocio propuesto por la concursada, la ausencia indisputable de la causa fin que lo tipifica y valida y por cierto, cualesquiera sean los motivos ocultos de tan extraña proposición, un uso absolutamente disfuncional y abusivo del régimen concursal y de la jurisdicción. Frente a la propuesta planteada, declarar la quiebra sería tanto o más disparatado que homologar el acuerdo. Ante ello resulta procedente revocar la apertura del concurso preventivo, por desaparición sobreviniente del presupuesto sustancial objetivo que le dio sustento” ([105]).

“Desde esta perspectiva, cabe concluir que esta cláusula concordataria [se había postulado en el acuerdo que mediante la misma entrega de los bonos imprimía per se los efectos del cumplimiento del acuerdo] no puede ser convalidada en estos términos, sino que el cumplimiento del acuerdo será considerado como tal sólo cuando los tenedores de los títulos hayan convertido o, sin efectivizarlo hayan podido razonablemente realizarlo, el 100% de los documentos en acciones de la concursada. En su defecto, sólo con el cumplimiento de la última de las cuotas comprometidas en la amortización de los títulos. La definición del concepto de cumplimiento no aparece como un elemento disponible aún en un acuerdo concordatario mediante el mero imperio de las mayorías” ([106]).

iii.b. El principio implícito.

En fin, para esa tarea que venimos relatando ha venido la Ley -en acabado ejemplo de *asistencia* al Juez- con una importante ofrenda: 52.4 En ningún caso se homologará una propuesta abusiva o en fraude a la ley, con todo lo que parece posibilitarse la reciprocidad de éste para con aquélla (meditada ya en VII. ii.) a la vez que afirmarse que nuestro Derecho no estará ya abrumado primariamente, como diéramos en suponer *supra* en VII. ii., en una suerte de auto reválida.

Observando, pareciera que el nuevo texto es de algún modo la muestra de que los gérmenes de la supresión del exceso a que antes se hiciera referencia en este trabajo, se han activado.

Y que este derecho concursal (conceptualizado y circunstanciado como lo tenemos -II. y VII. ii.-) habría recuperado homogeneidad; ha dejado la convalecencia; está ahora mejor posicionado -repuesto diríamos- para acometer su misión respecto de lo cual, es momento de decirlo, si la empresa como bien social trascendente constituye un precepto, un bien jurídico que existe sobre y por encima de las partes al que ambas éstas quedan subordinadas ([107]) entonces el Juez decididamente debe tener facultades no sólo para conducir el proceso en procura de la verdad real sino también fundamentalmente (por cuanto podríamos afirmar que el art. 52 constituye la *hora de la verdad* del asunto) para realizar un juicio (entendido como valoración sustancial) del mérito del producto del *momento dispositivo* en referencia al estado de cosas existente en torno al acuerdo que el deudor y los acreedores pudieren haber, o no, alcanzado ([108]).

Precisando los alcances de este inciso vale abordar las opiniones que entre otras, venimos cotejando: así vemos la de Maffía ([109]) para quien “‘contraria al orden público, o a la moral, o en fraude a la ley’ son referencias demasiado severas para demostrarse y fundar en ellas una decisión. ... el texto que analizamos, si bien repite lo de ‘fraude a la ley’, agrega una palabra que en ese contexto es prodigiosa. ... la palabra ‘abusiva’. ... Es un término que confiere al juez apoyo *ex positivo iure* para negar la homologación de aquellos entendimientos entre deudor y acreedores que la resulten ... ‘injustos’, aún cuando ... no fuesen contrarios al orden público, ni a la moral, ni conlleven fraude a la ley. En materia de descalificación ‘abusiva’ es un término omniabarcativo.”

Martorell, por su parte, quien entiende, con cita a Leonetti y Quintana Ferreyra, que “el magistrado, en la homologación del concordato, despliega una doble función: como órgano procesal a cargo de velar por el cumplimiento de la ley, y como órgano de tutela de los intereses de los acreedores, especialmente de los no concurrentes” ([110]), y quien manifiesta su preocupación sobre el posible abuso del *imperium* del poder como destaca que ha sucedido ya ([111]) y sobre el carácter pendular de nuestros movimientos legislativos ([112]) establece que la propuesta será *abusiva* “cuando se exhiba desviada respecto de las finalidades económico-

sociales perseguidas por el legislador cuando le otorgó al concursado la posibilidad de ejercer las facultades que el mismo se encuentra actuando, o ultrapasa los límites impuestos por la buena fe, la moral o las buenas costumbres (arg. arts. 1070 y 953, Cód. Civ..) ([113] a la vez que formula una enumeración de posibles encuadres abusivos y fraudulentos.

Respecto, precisamente, de un ejercicio casuístico -y sin perjuicio del aporte de los enunciados precedentemente aludidos- otro segmento de la doctrina entiende que “si bien parece razonable que pueda adoptarse un estándar genérico, resulta poco probable que puedan fijarse a priori las hipótesis que lo comprenden. De todos modos, el juez del concurso no deberá tolerar en ningún caso el abuso y el fraude en el acuerdo, así tales pautas se encuentren reguladas expresamente o no” ([114]).

De lo que queda claro -y preciso es resaltarlo ahora- que los desbroces a realizar en este detalle, se hallan precedidos, gobernados y, en fin, posibilitados, por la disposición ya aludida inserta en el inciso cuarto, sobre la que luego de destacar como lo hemos hecho ya que constituye el resultado de las pujos jurisdiccionales y doctrinarios oportunamente señalados, expresamos nuestra aceptación de los conceptos que al respecto vertiera Ciminelli en la obra de su autoría que venimos citando ([115]).

Maffía ([116]) califica de “gran aporte el del art. 52 inc. 4º, a saber, el juez recupera el rol jurisdiccional del que lo había despojado la ocurrencia subitánea e incoercible de la Ley N° 24.522 Esa redignificación del magistrado que debemos a la Ley N° 25.589 no resulta desmerecida ... [y] además, reubica nuestro régimen, en la línea del más alto nivel que exhibe el derecho comparado.”

Nos refiere Aznar, con encomiable sentido gráfico, que el Juez trabaja con todo el derecho sobre su escritorio, de manera que explicitar la prevención de su tarea frente al fraude o al abuso no constituye sino una perogrullada.

Hemos apuntado también (III. y V.i.) que el Juez debe inexcusablemente ejercer esas facultades; no olvidemos que, como lo pone de manifiesto una de las doctrinas en cita ([117]), “el juez posee en consecuencia grandes facultades ante la ocasión de homologar, pero también grandes responsabilidades y un compromiso mayor ...”.

iii.c. El remedio primario y el alternativo.

iii.c.1. Acreedores quirografarios - acreedores con privilegio general.

Despidiendo al inciso cuarto, habiendo también abandonando previamente el resumen tal vez innecesario (pero, hecho como está, tengamos presente las nociones colectadas) y pasemos así al texto anunciado en el título para advertir -munidos de un método innominado y no del todo desprovisto de capricho- que existe a primera vista una primer distinción efectuable: unicidad de propuesta (inc. 1.) y pluralidad de propuestas (inc. 2.).

Este primer ejercicio nos permite inferir que ambos destaques poseen un lugar común que, abordado, nos da la oportunidad de ir ganando terreno en el análisis: sea una o sean varias las propuestas merecerán la aprobación judicial si alcanzan las mayorías legales (inc. 1. e inc. 2.a.).

Nos posibilita también, hasta este punto, la observación de una diferencia: el ítem primero refiere a *propuesta* a secas mientras que el segundo lo hace a través de una unión a la identidad de sus destinatarios que se encarga de destacar expresamente: los acreedores quirografarios. Nos parece que aún mediando la indicación a la previa categorización de los mismos la aludida

apostilla constituye una redundancia, al menos si nos guiamos por el enjundioso y particular trabajo de Maffía ([118]).

Pero no es solo una demasía inocua sino que, además, conforme apreciamos, desde la técnica, se enreda en sí misma obstando a que la *imposición del acuerdo* contenida en su apartado “b.” (donde se aprecia tres veces sí -b., i., ii.- y dos veces no -iii. iv.- la presencia del mencionado defecto entendido como la mención de *quirografario/s*) pueda serle aplicada, como es dable inferir de la letra del inciso tercero del artículo en comentario (en calce con lo dispuesto en el art. 47), a los acreedores con privilegio general.

De tales connotaciones debe extraerse la sospecha que si se aplicare el poder de imposición a los acreedores con privilegio general debiera preexistir una categorización de los mismos al respecto puesto que aquella facultad, como parece obvio, no sería viable frente a una propuesta única para esta clase so riesgo de colisión frontal e insalvable con la unicidad que rige para los quirografarios (en definitiva para la existencia de acuerdo preventivo) lo que llevaría sin dudas a la desnaturalización (por ampliación irrestricta) del poder de imposición a que referimos e incluso un grave y asistémico deterioro del proceso mismo.

Al respecto Barreiro, Lorente y Truffat ([119]) luego de modificar su postura original admiten haber ganado “más dudas que certezas al respecto, pues no resulta imposible pensar si ¿no podría imponerse un acuerdo a los acreedores privilegiados -sólo generales obviamente- cuando no se hubiera supeditado la aprobación del concordato a la de dicha clase?. Y en caso de que esta idea prospere resulta razonable preguntarnos si ¿tiene que haber más de una categoría de privilegiados generales para ejercer la facultad, o no? Nos inclinamos a pensar que sí, pues en el caso debe asimilarse el ejercicio de la facultad al caso del acuerdo para acreedores quirografarios que así lo exige.”

Lo que indica la presencia de la próxima bisagra (que aunque obvia sirve a los propósitos y características del método elegido ya aludido): existencia de pluralidad de propuestas mediando -al menos en una- las conformidades legales, junto a la inexistencia de tal apoyo con respecto al resto; supuesto éste al que nos abocamos no sin antes despachar, con lo que queda dicho en párrafos anteriores, y por la claridad que de su silencio -y no su habla- emerge, al inciso tercero.

iii.c.2. El debe y el puede.

Refiere el ítem “b.” del inciso “2.” que, si se dan la totalidad de los requisitos que se enumeran en los apartados i. a iv. inclusive, el juez “puede homologar el acuerdo”.

Al respecto nos dice Ribichini ([120]) y no podemos sino coincidir con él, que pudo haberse colocado, “más llanamente” (evitando la copia foránea a que se hizo ya referencia arriba) “siempre que resulten reunidos los siguientes requisitos”. Pero salvado ese preciso detalle, frondosa, y aguda, es la reflexión que del vocablo *puede* realiza el nombrado con relación al *debe* de los renglones precedentes (art. 52, *in capit*, e inc. 2.a.): hela aquí:

“... esta lectura lineal del texto no recoge la complejidad del sentido que la expresión tiene en el contexto. Me temo que lo que la ley hace -con manejo inadecuado de la técnica modalizadora- es contraponer la rígida y tasada mecanicidad de la prestación jurisdiccional homologatoria en el caso normal y reglamentario, con la excepcional *permisión* -de ahí lo de '*puede*'- si se reúnen '*la totalidad de los requisitos*' que indica. Esto es, se parangonan la homologación automática *debida* por imperio legal, a la forzada por el juez como *permisión excepcional*. Para que la decisión de homologar fuera en este último caso verdaderamente potestativa, habría que hipotetizar un supuesto en el que nadie la instara. Supuesto -se me

ocurre- de laboratorio, porque implicaría que el deudor acompañaría al expediente las conformidades insuficientes sin pedirlo. Acaso el único en el que podría funcionar de tal modo, sería aquel en el que el deudor entendiera haber reunido las necesarias, para descubrirse luego - oficiosamente o a resultas de una impugnación- que hubo errores en el cómputo o se consideraron votantes inhabilitados para sufragar. Aún en tales casos, será ciertamente excepcional que el deudor no lo pida. En todo caso, paréceme que en el bien que marginal supuesto de que el juez se encontrara, oficiosamente, con la posibilidad de homologar conforme a este régimen excepcional, podrá hablarse de una mera potestad. Pero no resulta aventurado pronosticar que su utilización será, en el común de los casos, instada por el propio deudor. Y si esto es así, si hay un pedido expreso al juez en tal sentido, y si aparece reunida 'la totalidad de los requisitos' ¿con qué argumentos va a denegar el juez su aprobación?.

iii.c.3. Impronta de la reforma. Algo acerca de las exigencias de los subítems i. y ii..

Cierto es que este inciso que nos tiene ocupados se halla presidido por la idea de proporción; la imposición del acuerdo se sustenta en un juicio de mérito del Juez quien entendiendo adecuada la propuesta para la consecución de la finalidad tutelar del derecho concursal, puede prescindir, pero hasta cierto punto, del sustrato contractual que en los sectores ya individualizados de la norma está intacto, como intacta se halla su calidad de lo que podríamos denominar remedio primario en tanto *preferido* por la ley.

El inciso en comentario es, de algún modo, una red de seguridad tejida por el derecho concursal, una segunda instancia previa a la decapitación de la empresa. Pensamos que consiste en un esfuerzo que solo tiene lugar si la primera etapa fracasa; y que esta etapa es la que existía, básicamente, y en completa solitud, en nuestra ley tal cual viniera al mundo en 1995.

Todo ello nos lleva a apreciar la bondad de la reforma que se traduce así en una unidad de socorro en la que con el Juez al frente se analizará la existencia de *utilidad* (en los precisos términos de Bentham si se quiere) que subyace en despachar una propuesta en un sentido o en otro.

Y si le sumamos el ya analizado inciso cuarto entendemos (y terminamos de abrazar al menos, y sin duda, la impronta del cambio legislativo) que además de esa suerte de asistencia en el segundo grado constituye una herramienta (ahora expresa, indudable, que no necesita energías de la Jurisdicción para afirmar su presencia que legitime a su vez a ésta en el uso de aquélla) con que estar seguros de la procedencia del primero, e impedirlo en caso en que ésta no se verifique.

Se nos ocurre que ronda al menos el eco del adagio que proclama que "la eficacia de una medicina es absolutamente independiente de las opiniones que de ella tenga el enfermo" ([121]).

Continuando, el Juez debe contar con parte, al menos, de la voluntad de los destinatarios, lo que nos lleva a la idea de proporción ya expresada antes al tiempo que, en su procura en el texto legal, coincidimos con uno de los autores en cita ([122]) que media un visible contraste entre el "requerimiento más bien modesto" (aprobación por al menos una de las categorías del ap. i.) con el "asimétricamente exigente previsto de seguido" (tres cuartas partes del capital quirografario del ap. ii.) ... "Poco en un caso, y demasiado en el otro, lo que al cabo torna irrelevante lo primero".

Luego de la crítica que con reseña en derecho comparado efectúa el autor que venimos siguiendo nos hace saber (en realidad ya lo sabíamos por Monti, ver notas 62/3) que "el

anteproyecto elaborado por la comisión 89/97 del Ministerio de Justicia, establecía que: ‘... el juez puede homologar e imponerla a una o más clases, siempre que: a) si no se ha conseguido la conformidad de una o más clases de acreedores quirografarios, cuando el acuerdo ha obtenido, en su conjunto, las conformidades de dos terceras partes del capital quirografario’ (art. 52.3 proyectado)”.

Dado el esmero de la crítica, y el eclipse que el antecedente bosquejado resultaría para con la desemejanza por aquélla apuntada, nos vemos inclinados a prestar nuestra anuencia con ambos esfuerzos.

iii.d. Subincisos *iii.* y *iv.*.

iii.d.1. Aproximación.

Para el análisis del subinciso *iii.* hemos sido nosotros quienes buscamos asistencia, hallándola en los trabajos de Ciminelli ([123]), Roullión ([124]) y Ribichini ([125]). Los dos primeros, con prolijidad, corrección y mansedumbre, extraen el significado de la letra de la ley, pero es el último quien, además, expresa la siguiente crítica; nos refiere:

Respecto del *iii.*, lo recibe con “la nadería de la ‘no discriminación’ y su kafkiana definición. Tratar de entenderlo es tomárselo en serio, y se trata de un apartado o subinciso inefable (hay que tener la paciencia y voluntad puestas de manifiesto por dos destacados publicistas: los doctores Junyent Bas y Molina Sandoval se han hecho cargo de esta insalubre tarea ...). Luego, un higiénico y piadoso silencio es lo más adecuado. En rigor, basta con el subinciso IV, que nos dice que el acuerdo puede ser impuesto, si la propuesta hecha a esos acreedores disidentes no los coloca en peor situación que la derivada de la quiebra alternativa”.

Así remitidos al apartado *iv.* cuál nuestra sorpresa al constatar las robustas observaciones que Roullión ([126]) le tenía preparadas:

“Esto supone una tarea de apreciación judicial de valores prospectivos [Ciminelli ([127]) ya nos había dicho: “cálculo para el cual deberá tomar lo informado por el órgano sindical en la oportunidad de la presentación del art. 39, inc. 2º, LCQ”] -lo que se obtendría en una liquidación del activo en la quiebra y la *ratio* de distribución que en ella correspondería a los acreedores quirografarios- que en muchos supuestos puede resultar compleja y con alta dosis de incertidumbre. A la vez, aún esclarecido ese término de la comparación, todavía faltará determinar el ‘valor presente’ (a la fecha en la cual probablemente se percibiría el dividendo falencial) de la mejor prestación concordataria a que tendría derecho el acreedor o acreedores disidentes. En épocas de alta inestabilidad económica y volatilidad de los mercados, esa tarea judicial resultará, ciertamente, muy ardua. De todos modos, el elemento que puede facilitar la comparación en pro de favorecer el llenado de este recaudo de la compensación en análisis es la circunstancia reiterada e históricamente comprobada de los exiguos, cuando no inexistentes, porcentuales de recupero de las acreencias quirografarias en las quiebras liquidativas”.

Habiéndolos seguido a ambos autores como lo hemos hecho en este trabajo, y vistas sus tesis transcritas, consideramos obligatorio de nuestra parte, para honrarles, realizar al menos una gestión que procure discernir las aristas *a priori* irreconciliables entre los vecinos subítems *iii.* y *iv.*, y su proyección funcional.

Respecto del primero de los juristas podría decirse que el subinciso cuarto le es de utilidad en tanto le permite suprimir el desagrado que le provoca el tercero al cual, dada la existencia del otro -al que remite-, lo termina reputando prescindible.

El siguiente doctrinario, desde su alto conocimiento y desarrollada y vigorosa experiencia, parece teñir a la exégesis que realiza respecto del subinciso iv. con un marcado color de una predicción, una suerte profecía ([128]) ineluctable (por cierto no del todo exenta de una buena dosis de pesimismo). Veamos.

iii.d.2. La “no discriminación”.

Consultada la ley, pensamos que en efecto la inserción del término *discriminación* no es del todo feliz. Nos lleva a ello, en primer lugar, el advertir que el propio texto se ve en la cierta obligación -que cumple- de explicar el significado del vocablo. Se nos ocurre que no constituye un buen recurso de técnica legislativa el que la ley deba andar explicando qué quiere decir.

El segundo motivo que hallamos para afirmar la infelicidad apuntada, estriba en apreciar que si voluntariamente omitimos la lectura de los dos primeros renglones y medio de este subítem *iii.* se entiende igual, incluso mejor, el mensaje legal.

Ejemplificando, si leemos: *los siguientes requisitos iii. que los acreedores comprendidos en la categoría o categorías disidentes puedan elegir ...* accedemos a la señalada acepción, como dijimos, de una manera más sencilla y más óptima a la vez; y, convencidos como estamos que cuando la eficacia se junta con la llaneza debe cuidarse la cría, es que marcamos con tilde de desacierto a la referida importación (no arancelada por cierto) del término *discriminación*.

De donde deriva la tercer razón en que fundar su rechazo: si bien se mira el vocablo, que significa “dar trato de inferioridad a una persona o colectividad por motivos raciales, religiosos, políticos, etc.” ([129]) no es idóneo para cuanto en realidad pretende la ley de concursos y quiebras que como hemos visto no es otra cosa que preservar, dejar a salvo un derecho (y ofertar una garantía en defecto de uso del mismo) en absoluto vinculado con las connotaciones de superioridad o su contraria, la raza, religión y demás cuestiones vinculadas necesariamente con convicciones íntimas enmarcadas mejor en el art. 19 de la Constitución Nacional que en el 32 de la legislación concursal.

Cámara ([130]) -quien cita a Colmo- nos refiere que éste “afirma que un código es en tal sentido una obra literaria, por lo mismo que entraña un conjunto de ideas expresado en palabras. Por eso no tiene por qué diferir de una novela o de un tratado científico cualquiera. Y por ello, hay derecho de exigirle el lleno de todas las condiciones de fondo que se pide aun obra literaria, vale decir, unidad, claridad, concisión, precisión, propiedad y hasta elegancia.”

Pero afuera ese término (sin que ello implique una discriminación a su respecto) nos queda otro para acollararlo con la soga del desatino: el acreedor *disidente*.

iii.d.3. Los acreedores disidentes: ¿nacen o se hacen?

Entendemos que se pueda hacer referencia a una *categoría disidente* en tanto expresión del resultado de la voluntad plural, pero ocurre que en el subinciso *iii.* cuanto en apariencia se pretende es preservar la elección, individual, de los acreedores que integran la clase que no ha hallado consenso regular (art. 45);

Véase que la recepción del valor *no inferior* constituye una garantía secundaria respecto del poder de elección ya que de hecho, aquélla viene a activarse *en defecto de ésta*.

En definitiva, el mismo texto del acápite en análisis corrobora lo expuesto: apenas hecho el enunciado se encarga de referir expresamente a *los acreedores comprendidos en dicha categoría puedan elegir* para más adelante llamarlos directamente los *disidentes*.

Y nos viene forzoso preguntarnos ¿se es disidente por pertenencia o por elección?

Llamar disidente a quien no ha querido, a quien ha disidido, está bien, y no lo está si nos referimos a quien ha querido, no ha disidido.

Y no nos empecinamos en una cuestión meramente terminológica sino que, además de la apuntada conveniencia de llamar a las cosas por su nombre, encontramos prudente y hasta necesario evitar los equívocos de esa naturaleza en la ley que pueda traer aparejados equívocos sobre el patrimonio de las personas.

Hipotetizamos para darnos a entender: tal vez el concursado pueda hallar válido el argumento relativo a que sus acreedores que le dieron la conformidad a la propuesta que les dirigiera (aunque luego no se obtuviera la doble mayoría) no obstante revestir por esta circunstancia la calificación de *acreedores comprendidos en una categoría disidente* deben conformarse con cuanto personalmente consintieron y se hallan por tanto privados de la elección y garantía de mejor pago que promete el acápite *iii*. toda vez que, claramente, desde su actitud jurídicamente trascendente, no constituyen *acreedores disidentes*.

iii.d.4. Sostenimiento de la compensación de voluntades: ¿la facultad de elección y garantía legal del subítem *iii*. versus la proclama del *iv*?. La *profecía* de Roullión.

Allende (por corregidos) los deméritos que señalamos en estos párrafos de arriba, la pauta contenida en este sector de la ley no nos parece en absoluto descartable: impuesto el acuerdo faculta a los acreedores de la categoría (una o más) en la que no ha acaecido la mayoría del art. 45 a elegir entre el concordato impuesto, la proposición dirigida a su propia clase, y la propuesta (una o dos, única o alternativa) que sí hubiere tenido el favor mayoritario.

De este modo la ley demuestra haber previsto ([131]) el modo de conciliar el uso del introducido instituto de la compensación de voluntades. Puede también no digamos la clase a que nos referimos (por cuanto vimos que la opción es individual) sino sus integrantes *disidentes* -si nos atenemos al texto-, no hacer nada en absoluto, en cuyo caso la misma ley, en franco guiño garantista, les asegura igual valor a la mejor propuesta (si fueran varias) de la votada con la regularidad antes aludida.

Y decimos que no nos parece en absoluto descartable la disposición legal revisada sobre todo después de leer lo que en respetuosa licencia unilateral hemos llamado la *suerte de profecía* ([132]) *ineluctable* a que refiere Roullión quien como vimos nos anuncia que, traspuesto el vestíbulo del subinciso *iv*. y conforme surge del resultado del proceso de rayos equis que hemos aplicado a sus palabras arriba transcritas (y que exponemos para mayor sensación a modo de esa poesía moderna), nos espera:

Una Apreciación judicial

frecuentemente compleja

con alta dosis de incertidumbre aún esclarecido ese término faltará determinar el ‘valor presente’ con alta inestabilidad económica y volatilidad de mercado esa tarea judicial resultará

ciertamente muy ardua de todos modos el elemento que puede facilitar la comparación es la circunstancia reiterada e históricamente comprobada de los exiguos cuando no inexistentes porcentuales de recupero de las acreencias quirografarias en las quiebras liquidativas.

Repasado todo lo cual se nos ha adentrado la sospecha que es éste, y ningún otro, el que de acuerdo a la redacción legal pone en riesgo el funcionamiento de todo el inciso *b.*

Y ello por cuanto, si como en efecto sucede deben verificarse la totalidad de los requisitos enumerados, el grado de dificultad que ofrezca la materialización de uno solo de ellos, por carácter transitivo, se convierte en el grado de dificultad de aplicabilidad, en definitiva, del instituto de la imposición.

Y según advertimos de cuanto llevamos dicho es este tramo del inciso *b.* el que evidencia una prominente dosis de engorro que se interpone como suele ser la costumbre de los problemas según hemos visto ya, entre el texto legal que prescribe la imposición del acuerdo y la posibilidad de la efectiva materialización de ello en la realidad.

Y reflexionamos acerca de si existe alguna forma que le mengue en procura de aunque más no fuere obtener mayores posibilidades de aplicación, para arribar a una precaria -pero aún valedera- conclusión: este subítem posee a todos sus agentes en otro tiempo y en otro espacio distintos a los de sus congéneres, habitantes de los demás requisitos ya enumerados.

Efectivamente, mientras el resto de los subincisos tienen por materia elementos acaecidos y su puesta en escena no traspone el presente, este subítem *iv.* es futuro; y ni siquiera es eso sólo: lo que tiene de futuro es el que se impregna la definición de *potencialidad* ([133]) resultando ésta en definitiva su característica esencial. El modo de tiempo condicional del *obtendrían* inserto en su texto así lo denota.

Y si la mera probabilidad la mezclamos como hemos dicho con agentes exógenos cuyo comportamiento se ignora sin solución, cuya misma existencia puede incluso desconocerse al momento del analizar la posibilidad de hacer uso de este poder de imposición, entonces no obtenemos otro resultado que a la probabilidad dividida por el azar multiplicada por el hado, etcétera; en definitiva incertidumbre, precariedad, inseguridad.

Y si este acápite *iv.* es también una “concepción garantista” de la ley como sostiene Ciminelli ([134]) pues es nuestro deber considerar un ejercicio regular del derecho de defensa el que los sujetos concursales afectados desistan, y se resistan, a esa garantía con semejantes porteros.

Escuti hijo ([135]) refiere que “la propia naturaleza de las funciones y atribuciones otorgadas por la legislación al juez concursal potencian la racionalidad y razonabilidad que debe regir su actuación: nunca debe perder de vista la adecuación de los medios a los fines perseguidos, conforme a las normas legales aplicables y los valores e intereses en juego. ... Pero, a mayor poder, es exigible mayor ponderación y prudencia en la aplicación de las normas legales y en el tratamiento de los hechos”.

Coincidimos con ello y nos hemos preocupado por el particular en este trabajo. Pero se nos ocurre que cuanto discurrimos acerca de la carga funcional de los magistrados tiene ínsita una condición: que ese ejercicio comporte circunstancias y elementos que están sobre la tierra y en el presente, y no nos parece que escudriñar el espacio y el tiempo en busca nada menos que de ecuaciones que le ofrezcan un número sea tarea que respete la barrera apuntada.

Promediando, diremos que vale aquí lo expuesto en oportunidad del tratamiento del subítem anterior respecto de *los acreedores disidentes*.

Pensamos también en que si la totalidad de los subincisos del apartado *b.* de este art. 52 no cumplen otra función que soportar en definitiva y por parte de la Jurisdicción el ejercicio regular, no arbitrario, de la imposición legislada en la norma, debiéramos meditar entre si aceptar que a raíz de uno de ellos ese instituto ande siempre cargando el alto grado de dificultad de aplicación ya analizado, o si el sostén procurado se logra sin el elemento conflictivo.

No sin acierto Maffía denomina a este inciso una “audaz futuridad” ([136]) a la vez que Martorell (quien se refiere a los requisitos del cramdown power como a “una verdadera y cuasiinfranqueable carrera de obstáculos”) llama al que es objeto de este acápite “fantasía tropical ... [considerándolo como] requisito de determinación prácticamente imposible” ([137]).

Otra parte de la doctrina ([138]) entiende que “de más está aclarar que estos dos últimos recaudos no son en verdad tales, aún cuando la ley los exprese con tal criterio. Se trata, en verdad, de un efecto de la propia ‘superhomologación’ que instituye -como contracara de su empleo- un mecanismo de ‘filtración’ de los integrantes de las categorías a las que se les impuso el acuerdo, respecto de la propuesta que ellos juzguen como más favorable”.

Finalizando no nos parece que quitado el punto *iv.* se desmorone la protección que a cambio del uso de voluntades para realizar la compensación la ley le ofrece al acreedor, si tenemos en cuenta la proporción apuntada que conforme el criterio expuesto debiera acercar a los subincisos *i.* y *ii.*, el abanico de posibilidades y garantía que se oferta en el *iii.* y el repasado estado actual de demérito del escrutado *iv.*.

iv. ¿Cómo se llega al art. 50?

Otra cuestión que nos ha surgido a propósito del tiempo como factor práctico es la relativa a cuándo se topa el magistrado con estas nuevas conformidades a que refiere la primera parte del enunciado del inciso *b.* del art. 52, y qué hace con ellas.

“Vítolo ha señalado que una dificultad de orden procesal se plantea con la aplicación del poder del juez para imponer el acuerdo preventivo, en tanto no parece haberse tenido en cuenta que la ley exige que el tribunal declare la existencia del acuerdo preventivo” ([139]).

Nosotros, por nuestra parte, hemos advertido que ese inciso *b.* se activa, como surge de cuanto repasamos ya, cuando no existen las regulares mayorías en todas las categorías.

Precisemos: no se lograron las mayorías necesarias en todas las clases pero sí en una o más de ellas (*52.b. in capít y i.*).

Y el andarivel concursal en que tal circunstancia se evidencia no pareciera ser el del art. 46 cuyo presupuesto es distinto por absoluto en términos negativos (*el deudor no presentara en el expediente ... las conformidades*).

Tampoco, por absoluto en términos positivos, parece el del art. 49 ya que el mismo refiere a la efectiva *presentación de conformidades correspondientes*.

Miramos y miramos y nos parece que la ley ha olvidado diseñar una tercer puerta donde entregar nuestro paquete: las conformidades *ma non tutti*.

No olvidemos que las conformidades de que hablamos deben atravesar necesariamente el sector de la impugnación (art. 50) para poder aparecer en la bandeja del art. 52 del que nos venimos ocupando.

¿Y entonces?

Sin perjuicio de señalar tal carencia como de defectuosa en tanto produce un vacío que pudo evitarse, intentaremos hallar la abertura por donde pasar las referidas conformidades y medias conformidades ya que, de seguro, entrar tienen que entrar.

Maffía nos parece, como siempre, un buen punto de partida; en este caso nos acerca la idea de que la existencia de la conducta debida puede detectarse por la correspondiente existencia de una sanción en caso de no prestarse aquélla.

La penalidad está en el aludido art. 46: cuya letra prescribe que si no se presentan conformidades hay quiebra, ó cramdown, según el sujeto, lo que nos brinda las dos hipótesis de nuestro caso: una, el concursado no presenta nada, entonces quiebra o cramdown; dos, el concursado presenta propuesta (una o más) satisfecha y otra (u otras) que no, entonces quiebra o cramdown.

Si desde el comienzo de esta tesina nos hemos atiborrado la boca apuntalando al derecho como sistema no podemos sino tildar de incongruente (so riesgo de serlo nosotros mismos) el resultado de la segunda hipótesis.

El desenlace no debe ser ese; y no lo es, si nos ponemos a pensar que de otro modo la totalidad del instituto desaparece funcionalmente del derecho concursal; los incs. 2.b. y el 3. del art. 52 adquieren su nueva condición de *fantasmas del derecho* en tanto si bien figurantes en la ley, jamás lo estarán en la realidad.

Conviene que vayamos recordando (para hacernos más conscientes de esta suerte de vértigo que produce el vacío aludido) la inapelabilidad como regla del proceso concursal, en especial respecto de la declaración de quiebra por no obtención de las mayorías necesarias ([140]).

Continuemos: se establece así un artículo secreto que une al 46 con el 49, en virtud del cual: el deudor podrá presentar su paquete mixto de propuestas conformadas y no tanto sin que por esa sola circunstancia la quiebra o el cramdown lleguen a despabilarse, y el juez deberá decidir si efectivamente los despierta, o si dicta la resolución del art. 49, para lo que cuenta con tres días. Otra cosa no vemos, francamente, que pueda hacer el magistrado.

Pero esa interlocutoria no es sino la que *hace saber la existencia de acuerdo preventivo*.

Nuevamente, ¿y entonces?.

¿Debe recorrer el juez el art. 52 incs. 2, 3 y 4 en la oportunidad del art. 49?

Se sostiene que “la resolución judicial que menciona este artículo [49] no importa aprobación ni homologación del acuerdo por parte del juez Mejor que la *existencia de acuerdo preventivo*, es proclamar la *existencia de conformidades suficientes para entender aprobada la propuesta de acuerdo preventivo*.” ([141]).

Nos vemos tentados a coincidir con la primer parte y a no hacerlo tan rápido respecto de la segunda. Contestemos la pregunta recién formulada y veamos.

Si no lo hace nos parece que tendremos, entre otros asistentes, una nueva reina en el juzgado: la causal número 1. del art. 50 (*error en el cómputo de la mayoría necesaria*).

Deberá entonces el juez, obligado, abordar los pasajes del art. 52 antes del 52, en el 51, lo que equivale a prescindir de una pieza del sistema: el 49. En hipótesis de trabajo quitemos entonces al 49 de en medio y permitamos que el inc. 1 del 50 se ocupe de notar la irregularidad respecto de la mayoría para llegar a decidir la cuestión en el 51 o, en caso de no mediar uso de esa causal, directamente el juez deberá, irremediamente, prestarle atención al particular en la oportunidad del 52.

Pero la amputación tampoco parece la mejor forma de tratar a un sistema, lo que nos obliga a pensar en la función del art. 49 y aventurar luego que consiste, como lo dice la segunda parte de la calificada doctrina transcrita párrafos arriba, en la de proclamar que “existen las conformidades suficientes (en mejoría respecto del texto legal que reza *correspondientes*) para entender aprobada la propuesta de acuerdo preventivo” a lo que entendemos debiera anexársele conceptualmente: o para que pueda decidirse la imposición del mismo, según fuere el caso. Consecuentemente la letra de la norma debiera sufrir una modificación que recepte la idea.

Al respecto reflexionan Barreiro, Lorente y Truffat: ([142]) “En definitiva, más allá de la solución que propugnamos, es evidente que el sistema no cierra (y aún podrían haber dudas respecto de su constitucionalidad, si no se otorga la posibilidad de que aquellos que van a ser sujetos pasivos de la imposición -los acreedores que no conformaron el acuerdo- se expresen). Por ello, ya sea habilitando una resolución similar a la del art. 49, LCQ, en la cual el Juez anticipa que entiende que están dadas las condiciones para aplicar el *cramdown power* a los fines de que en el plazo de cinco días los acreedores digan lo que entiendan corresponde respecto de ella, en habilitación de un sucedáneo del trámite impugnativo, o bien como postulamos nosotros, se admita la lisa y llana apelabilidad del auto homologatorio que resulte del ejercicio de tal facultad”.

VIII. Conclusiones. Algunas ideas para poner a disposición [arriba]

Nos parece que no es sino entre los saldos que deben buscarse los propósitos del presente, por cuanto pensamos que sus intenciones iniciales han quedado en manos de la tarea que las prosiguió y, en ese trance, cuanto haya existido de aquéllas no se halla ahora sino en el cuerpo de ésta.

De lo que resulta que hemos querido conocer qué preponderancias tiene hoy otorgadas nuestra ley a quienes poseen la carga de ejercer la *jurisdictio* en la oportunidad de la homologación del acuerdo preventivo judicial, y que en el intento no nos hemos podido sustraer -queremos creer que con fines de alentar cualquier posibilidad de éxito en la obtención del discernimiento requerido- de transitar otras parcelas además de la jurídica, en pos de agenciarle un complemento que le circunscriba de manera axiológica, incluyendo también al derecho y a sus agentes.

En el derrotero observado en retrospectiva, y en definitiva, se inscriben a su vez contados etcéteras que suplementan y aglutinan, sin haber expulsado el riesgo de la incorrección, los razonamientos que sostienen, junto al trabajo investigativo, la presente tesina.

Sin perjuicio de que alguna porción suya pueda en hipótesis juzgarse digna de rescate, dejamos las siguientes ideas -que esbozamos con circunspección remitiendo al segmento donde las hemos desarrollado- en calidad de escueta contribución para con los fines reseñados en su decurso:

Endeudarse más de la cuenta constituye una costumbre del género humano.

El derecho protege a la comunidad y así puede ser definido; por lo que no debiera ser concebido ni ejercido sin compromiso hacia la misma.

La justicia puede haber nacido en la abstracción, pero vive en la realidad.

Los preceptos legales no logran articulación real sin la figura del juez, ni ella se entiende sin la actitud de éste que mantenga satisfecha a su condición funcional.

El derecho concursal es problemático.

El derecho positivo argentino debe ser entendido como una unidad sistémica.

El derecho concursal actúa por orden y cuenta del Derecho.

La homogeneidad del derecho hace a su personalidad.

Cuando el derecho tutela, manda.

Artículo 52 LCQ:

* debiera ser más específico respecto de la imposición del acuerdo a los acreedores con privilegio general.

* las exigencias de proporción en la aceptación a que refieren los subincisos *i.* y *ii.* debieran gozar de una mayor cercanía.

* el término *discriminación* (y su explicación) debieran ser retirados.

* no debieran quedar dudas sobre si por acreedor disidente se entiende: el comprendido en una categoría así calificable, o aquel que efectivamente disidió.

* el subítem *iv.* debiera ser suprimido.

La/s conformidad/es legales y las que no lo son (en términos del art. 45 LCQ) debieran tener previsto en la normativa un lugar propio de ingreso.

El art. 46 LCQ debiera percibir ese ingreso.

El art. 49 LCQ debiera receptar la noción relativa a que existen conformidades suficientes como para que el Juez pueda eventualmente decidir imponer el acuerdo en la oportunidad del art. 52 LCQ.

Carlos Bernardo Larray.

[1] JUNYENT BAS, Francisco, su ponencia *El saneamiento de la empresa*, II° Congreso Iberoamericano de la Insolvencia - IV° Congreso Nacional de Derecho Concursal, La Cumbre, Córdoba, octubre de 2000, tomo I, p. 446, Fespresa editor.

[2] Dasso refiere a “cuestiones conflictivas, larvadas e insolubles, porque las respuestas son tan mutantes como las condiciones sociales y económicas que constituyen el escenario del problema jurídico” (DASSO, Ariel Angel, *El límite mínimo en la propuesta de quita y espera*, L.L., tomo 2002-A, p. 395 y sgtes.).

[3] Aparecen interesantes estos testimonios de época: ARIES, Philippe y DUBY, Georges refieren respecto de las costumbres en Roma antigua (en *Historia de la Vida Privada* tomo 1. ‘Del Imperio romano al año mil’, taurus editor, Madrid 2001, p. 139 y ss.): *Todos los seres humanos son iguales en humanidad, incluso los esclavos, pero los que poseen un patrimonio son más iguales que otros. El patrimonio juega en la economía antigua un papel tan central como entre nosotros la firma, la sociedad anónima; En Roma, andar metido en negocios no era en absoluto rebajarse; la usura o el comercio no eran atributo exclusivo de una clase ... lo que querían era aumentar su patrimonio, ganar dinero por todos los medios. ... el patrono, el jefe de empresa, era el “padre de familia”, y ... familia quiere decir casa y patrimonio. Una especulación patrimonial. ... Se gravaba con interés cualquier cosa: se prestaba a interés entre amigos, entre familiares (no hacerlo no se tenía como un mérito); un yerno le cobraba interés a su suegro si se retrasaba en el pago de la dote convenida. La usura formaba parte de la vida cotidiana de todo el mundo, Cualquier esfuerzo merecía un salario, aunque fuese ... un placer. He aquí un rasgo pintoresco de las costumbres galantes: ..., toda relación amorosa llevaba consigo que el amante pagara a la amada; la esposa que engañaba a su marido recibía de su amante una gruesa suma, sino ... una renta anual. Había tipos groseros que recuperaban su donación en caso de ruptura, lo que hacía que en ocasiones llegaran a intervenir los juristas. No se trataba de prostitución sino de salariado: la señora no se había entregado porque le pagaran, pero le pagaban por haberse entregado, y la más amante era la que quedaba menos recompensada. De modo que las mujeres corrían tras el salariado del adulterio, mientras que los hombres corrían tras las dotes. ... la mentalidad romana era económicamente muy dinámica ... Su gusto por el lucro es un rasgo étnico original que los distingue de otros muchos pueblos*

Para abreviar remitimos a convenientes evidencias prestadas por Tomás Moro, en su “Utopía” (Bureau Editor, Bs. As., 2000, p. 23), Maquiavelo, citado por Mumford (Lewis Mumford, “La condición del hombre”, Compañía general fabril editora, 1961, p. 180), el propio Mumford en su obra citada y Adam Smith, “La Riqueza de las Naciones” (ed. longseller, Bs. As. 2002).

[4] MONTI, José Luis, en *El concordato como negocio jurídico, Sobre la homologación del acuerdo y las atribuciones del juez del concurso*, LL 2000-F, p. 1.089 y sgtes..

[5] Incluso antes, como enseña Osvaldo R. GOMEZ LEO (*Introducción al Estudio del Derecho Concursal, Antecedentes históricos y derecho comparado*), R.D.C.O., nº142/144, p. 141/249, citado por José A. Iglesias en el material del M.D.E. de la Universidad Austral *Crisis, Insolvencia y cesación de pagos, introducción al Derecho Concursal*) con la noticia valiosa noticia relativa a que “la ley de las XII Tablas estableció ... la ‘manus iniectio’, que se desarrollaba ...: Todo deudor condenado por sentencia (‘iudicatus’) o que en presencia del magistrado hubiera confesado la deuda (‘confessus’) tenía un plazo de treinta días para cumplir con su obligación. Vencido dicho plazo, el acreedor ejecutaba la ‘manus iniectio’ pronunciando una fórmula sacramental, y poniendo la mano sobre el deudor lo conducía delante del magistrado. Si no pagaba o si un ‘vindex’ no se comprometía ... por él ..., era adjudicado (‘addictus’) al acreedor, quien podía retenerlo ... durante sesenta días, quedando autorizado para ligarlo con argolla, correas o cadenas de un peso no mayor de quince libras, Vencido dicho término, era conducido a la plaza pública, donde se pregonaba el monto de la deuda, posiblemente con el propósito de ... rescate. Si ello no ocurría, era entregado definitivamente al acreedor, con lo que sufría una ‘capitis diminutio’ máxima, pudiendo ser muerto o vendido como esclavo en el extranjero (‘trans Tiberim’). En el supuesto [de] pluralidad de acreedores, ... podían dividir el cuerpo del deudor, adjudicándose partes proporcionales Se ha considerado que este tratamiento igualitario entre los acreedores también debía tener lugar cuando ... el deudor o sus parientes ... pagaban la deuda. la ‘pignoris capio’ autorizaba a ciertos acreedores que la ley taxativamente enumeraba y que ahora llamamos privilegiados, a apoderarse de una cosa (‘res’) del deudor, retenerla y hasta destruirla, pero no a venderla”.

En complemento, nos refieren Ariés y Duby (*idem* nota 3., p. 164) al reflexionar sobre el derecho romano: “siendo un delito civil y sin nada que ver con la coerción penal, tendremos que ser ... los demandantes, quienes aseguremos la comparecencia de nuestro adversario ante la justicia para lo que tendremos que ir a apoderarnos de nuestro hombre ... traérselo y mantenerlo a buen recaudo en nuestra propia prisión hasta ... el juicio. Si no ... somos capaces de hacerlo comparecer ... ante el juez, el proceso no llegará nunca a entablarse (‘litis contestatio’)”.

Cabe distinguir las aludidas *manus iniectio* y la *pignoris capio* como la *litis contestatio* las desarrolla PALACIO en su *Tratado de Derecho Procesal Civil* (Tomo I, Abeledo-Perrot, 1994, p. 77 y sgtes.) y nos hace saber que por la tercera “y a través del trueque de fórmulas orales aprobadas por el magistrado quedan determinados ... los límites y el estado de la cuestión litigiosa a que ha de someterse la decisión del ‘iudex’ mientras que las dos primeras constituyen dos de las cinco acciones de la ley (legis acciones) identificadas por Gayo, y que equivalen a pretensión de ejecución”; además, Palacio nos ilustra con un dato de sumo interés para el punto que abarcamos: la época a la que pertenecen: “desde los orígenes hasta el siglo III de nuestra era”.

[6] IGLESIAS, José Antonio, *La filosofía de la ley de concursos y quiebras*, L.L., tº 1995-E p. 1.188-1.196.

[7] DASSO, A. A., *idem* nota 2.

[8] PORCELLI, Luis A., *No homologación del acuerdo preventivo, propuesta abusiva o en fraude a la ley*, LL. 10-VI-02, quien continúa ilustrándonos sobre el particular: “Las instituciones más típicas para esa funcionalidad cuyo origen es histórico, ...: la sucesiones mortis causae sin que el heredero se vea compelido para aceptar la herencia (beneficio de inventario), ...; la prescripción liberatoria; y la falencia liquidatoria con la rehabilitación del fallido”.

[9] Citado por CAMARA, Héctor, en *El Concurso Preventivo y la Quiebra Comentario a la Ley 24.522 y sus modificatorias 25.563 y 25.589 Actualizado bajo la dirección de Ernesto E. Martorell*, tomo I, segunda edición actualizada, LexisNexis 2004, p. 108.

[10] CAMARA, Héctor, *El Concurso Preventivo y la Quiebra*, vol. I, Depalma 1982, p. 229, quien continúa enseñando: “El legislador nacional no consagró este principio, quizá por considerar innecesario decirlo expresamente. Pero hay en el Código ... disposiciones que presuponen su existencia: 1) El art. 505, al enumerar los efectos de las obligaciones respecto del acreedor, le confiere en síntesis el derecho de obtener la ejecución forzada de ella, sea en natura, sea por vía de indemnización o daños e intereses. 2) El art. 2312, 2ª parte, al definir el patrimonio se ha referido a los bienes que quedan una vez deducidas sus cargas; ... el art. 3474, al hacer la partición judicial o extrajudicial de una herencia, manda separar bienes suficientes para el pago de las deudas y cargas de la sucesión; ... el art. 3922, en el concurso de una persona, supone que se han pagado todos los créditos privilegiados y establece que los no privilegiados se cubrirán a prorrata sobre el sobrante ... (Salvat, op. cit., parte General, II, p. 24). Conforme Mariani de Vidal, mencionando los arts. 3473, 3875, 3876, y 3922, aparte del 506, Código Civil, ‘Apuntes sobre privilegios’, L.L., t. 137, p. 932”.

[11] Citado por Horacio P. GARAGUSO - Alberto A. MORIONDO, *El Proceso Concursal ‘El concurso como proceso’*, tomo I, Ad-Hoc 1999, p. 30.

[12] ROULLION, Adolfo A. N., *Régimen de Concursos y Quiebras Ley 24.522*, 11ª edición actualizada y ampliada 1ª reimpresión, ed. Astrea, Bs. As., 2002, p. 26.

[13] MAFFIA, Osvaldo J., *Los poderes oficiosos del tribunal en la quiebra*, R.D.C.O. 14-84, p. 832 y sgtes..

[14] MAFFIA, O. J. *ibid*: “... en el tipo procesal inquisitivo no son las partes quienes deben alegar los hechos y suministrar pruebas al magistrado: ... rige el ‘principio de investigación judicial’, que ‘obliga al juez a averiguar de oficio -inquirir- la verdad material o absoluta; le impone así el deber de escudriñar y de considerar hechos que no le han presentado las partes. ... no puede admitir como ciertos sin inquisiciones, los hechos en cuya verdad convinieron los litigantes El principio de investigación judicial atribuye al juez el deber de reunir, por su propia actividad, el material de litigio. ... [ese principio] tiene como punto de partida la idea de que sobre y por encima de las partes existe un bien jurídico al que ambas quedan subordinadas ...: convierte, pues, a las partes, de sujetos del derecho privado en objeto del interés legal general, y su esencia radica en que aquéllas pierden el derecho de usar libremente sus facultades dispositivas a favor del aumento del poder judicial”.

[15] ROULLION, A. A. N., *idem* nota 11, p. 40.

[16] En nota refiere a PEYRANO y a REDENTI, quien hablaba de “enlaces y contaminaciones”.

[17] RROULLION, Adolfo A. N., *Poderes inquisitorios del juez y principio de congruencia en la verificación de créditos concursal*, en comentario al fallo “Miguel C. Raimundo e Hijos y Ríos Laminación S.A.”, Juzg. 1ra. civ. y com. n.º 4 de la ciudad de Paraná del 03-II-82, incluido en material de M.D.E. de la Universidad Austral *Crisis, Insolvencia y Cesación de Pagos, Aspectos Procesales del Concurso*, clase del Dr. Alfredo J. Di Iorio.

[18] ROULLION, A. A. N., *idem* nota 11, p. 36.

[19] “A la insolvencia la resuelve lo económico”, GARAGUSO, Horacio, conferencia brindada en la Universidad Atlántida, Dolores, Bs. As., en 16-XI-01.

[20] PORCELLI, L. A., *idem* nota 8, quien abunda: “en materia concursal constituye un caso claro de crisis sin conflicto, aquel en que el deudor está impotente para cumplir sus débitos pero sus acreedores no le piden la quiebra o decretada ésta, no ejercen su derecho de insinuarse en el pasivo”.

[21] PORCELLI, L. A., *ibid*.

[22] GARAGUSO, Horacio P. - MORIONDO, Alberto A. - GARAGUSO, Guillermo H. F., *El Proceso Concursal ‘El concurso como proceso’*, tomo III, Ad-Hoc 2000, p. 20.

[23] PORCELLI, L. A. *idem* nota 8: “Enseña que la situación no debe agravarse ni puede ser tolerado que alguien la agrave”.

[24] PORCELLI, L. A. *ibid*: “Es el supuesto de las soluciones o remedios para concluir el estado crítico, que en materia concursal, se basa en el consenso a conseguir entre el deudor y sus acreedores”.

[25] PORCELLI, L. A. *idib*: Se relaciona con los mecanismos de purgas de pasivos ya aludidos y es aquel en virtud del cual “para conseguir esa finalización, se le impone al acreedor por voluntad de la ley, la pérdida total o parcial, del derecho al cobro de su acreencia ‘luego’ de enajenados todos los bienes del deudor y de la distribución de su producido. Por vía del instituto de la ‘rehabilitación’ se enerva definitivamente la posibilidad de continuar persiguiendo a éste, aun cuando la satisfacción no sea completa”.

[26] PORCELLI, L. A., *ibid*.

[27] MAFFIA, O. J. *idem* nota 12, reseña que “la oficiosidad del procedimiento -o, variante usual, los poderes oficiosos del magistrado- es destacada por la doctrina como una de las características definitorias del procedimiento concursal”.

[28] ROCHA CAMPOS, Adolfo, *El Patrimonio como un requisito implícito para la apertura del concursos (art. 1º, ap. 2º, L.C., Revista de las sociedades y concursos nro. 12, septiembre octubre 2001, ed. Ad-Hoc, p. 27/8. “Argumento del acreedor responsable. ... Este tema ha quedado oscurecido porque la constante en el tema de la responsabilidad civil y ... el derecho de daños, es que todo daño sufrido por una persona puede ser transferido y obtenida una indemnización. ... Este argumento sirve para sustentar que en todo acto de crédito hay un acto voluntario de un acreedor. Cada acreedor fabrica su deudor (art. 897, Cód. Civil). ... Hay que volver al principio de ciertas responsabilidades que no pueden ser transferidas. Los tribunales no pueden ser el carro de la basura en el cual se arrojan los créditos incobrables, sustentados en una estadística fría y amorala. El acreedor que le dio crédito a un insolvente, bueno, que cargue con su responsabilidad. Y no pretenda que se abra un concurso para aterrorizar de tal forma a los demás deudores. ... Argumento ecológico. ... La justicia que se imparte desde los tribunales no es un bien inagotable. Reúne los mismos requisitos de limitación que registran el agua potable, la tierra fértil, el aire, los árboles, el petróleo y los peces del océano. Es insensato en consecuencia dilapidar tiempo, dinero y trabajo de los tribunales en expediente destinados al*

fracasado, tiempo, dinero y trabajo que se sustrae a las auténticas contiendas judiciales, en nuestro caso a los concursos viables”.

[29] PALALCIO, *op. cit.* en nota 5.

[30] S.C.B.A. JEMF LP 483 RSD-483-92 S 24-3-1993, Juez VIVANCO (SD) “G., S. A. s/ Enjuiciamiento”.

[31] S.C.B.A. B88006 JEMF LP 339 RSD-339-87 S 8-6-1988, Juez NANO (MI) “M., A. N. s/ Enjuiciamiento”.

[32] S.C.B.A. B88106 JEMF LP 697 RSD-697-89 S 20-4-1990, Juez RAVENA (MA) “B., F. s/ Enjuiciamiento”.

[33] Eduardo M. Fabier Dubois (h) ponencia titulada “La construcción e interpretación del derecho concursal: del análisis económico al análisis jurídico de la insolvencia empresarial”, II° Congreso Iberoamericano de la Insolvencia - IV° Congreso Nacional de Derecho Concursal, La Cumbre, Córdoba, octubre de 2000, tomo I, p. 1 a 4, Fespresa editor.

[34] Así lo entiende Halperin: *el derecho comercial no es una rama del derecho, resultado de una clasificación y clarificación dogmática, sino que es una categoría histórica* (HALPERIN, Isaac, BUTTY, Enrique M., *Curso de derecho comercial*, vol. I, parte general sociedades, 4ta. ed. actualizada y ampliada, Depalma, 2000, p. 3/4).

[35] Aún incluyendo en “su ámbito a quienes no lo son, a mérito de una ficción o presunción de comercialidad en virtud del negocio (Vivante)”, Halperin - Butty, *ibid*, p.8.

[36] IGLESIAS, J. A., *idem* nota 6, trabajo en que a su vez declara a la ley 24.522 “inocultablemente adscripta en la posición sustentada por aquellos autores enrolados en la utilización del análisis económico del derecho”; también marca que “al amparo de sus normas habrán de consumarse artificiosos enjuagues que eludirán la responsabilidad patrimonial del deudor, en perjuicio de los acreedores que se declama tutelar”, y prevenia acerca de “la dislocación que en su inserción en el ordenamiento habrá de provocar, sólo podrá ser mitigada por la Jurisdicción, que superando el cercenamiento de atribuciones que la ley pretende consumir, tiene a su cargo la defensa del Derecho”.

[37] NALLIM, Juan Carlos, ponencia *Objeto (fin) del derecho concursal: los acreedores (derecho) - La empresa (economía) - El empleo (sociedad). Una propuesta de ley concursal marco*, II° Congreso Iberoamericano de la Insolvencia - IV° Congreso Nacional de Derecho Concursal, La Cumbre, Córdoba, octubre de 2000, tomo I, p. 631/2, Fespresa editor.

[38] DESCARTES, René, *El discurso del método*, ed. Edicouminación S.A., Barcelona, España, 1998, traducción de Jorge Carrier Vélez, p. 52.

[39] BOQUIN, Graciela, *Las facultades homologatorias del juez: ¿el fin del ‘vale todo’ en las propuestas concursales?*, Revista de las Sociedades y Concursos, n° 12 septiembre/octubre de 2001 Ad-Hoc, p. 89 y ss.): “El juez tendrá en cuenta, a los fines de dilucidar si existe un ejercicio abusivo del derecho del deudor o de los acreedores que prestaron la conformidad, la contradicción con el objeto del concurso preventivo, su espíritu y finalidad y corroborará la necesaria subordinación al orden moral, ya que de otro modo el magistrado estaría renunciando a cumplir con los deberes-facultades, propios de su función jurisdiccional” (CNCom., Sala A, 9/4/97, “Btesch, José D.”, ED, 175-172).

[40] CNCom., Sala A, del 18-III-97-, incluido por Ariel Angel Dasso en su obra “El Concurso Preventivo y la Quiebra” Tomo I, Ad-Hoc 2000, p. 327/8.

[41] SARTE, Jean-Paul *El existencialismo es un humanismo*, ed. Losada, Bs. As., 2002, p. 14 y sgtes.: “Cuando decimos que el hombre se elige, entendemos que cada uno de nosotros se elige, pero también queremos decir con esto que al elegirse elige a todos los hombres. En efecto, no hay ninguno de nuestros actos que al crear al hombre que queremos ser, no cree al mismo tiempo una imagen del hombre tal como consideramos que debe ser. ... Así, nuestra responsabilidad es mucho mayor de lo que podríamos suponer, porque compromete a la humanidad entera. En verdad, muchos creen al obrar que sólo se comprometen así mismos, y cuando se les dice: pero ¿si todo el mundo procediera así? Se encogen de hombros y contestan: no todo el mundo procede así. Pero ... hay que preguntarse siempre: ¿qué sucedería si todo el mundo hiciera lo mismo?. Y no se escapa uno de este pensamiento inquietante sino por una especie de mala fe. El que miente y se excusa declarando: todo el mundo no procede así, es alguien que no está bien con su conciencia, porque el hecho de mentir implica un valor universal atribuido a la mentira.

[42] Tomadas de RIBICHINI, Guillermo Emilio, *El juez frente a la homologación del acuerdo: ni ‘apocalípticos’ ni ‘integrados’*, LL, t° 1997-E, p. 243 y sgtes..

[43] NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm, *Ideas Fuertes*, ed. longseller, Bs. As. 1999, p. 68.

[44] SAN AGUSTIN, *Confesiones*, Libro 7mo., capítulo 8vo. ed. Lumen 1999, p. 144).

[45] No es ocioso recordar a Alberdi (ALBERDI, Juan Bautista, *La educación: sus deficiencias en Sudamérica y su reforma*, en *Ensayos Argentinos*, edición de la Presidencia de la Nación, 2001, p. 34) quien sostiene que la capacidad que debe generar la educación que debe brindarse al pueblo “no viene por la letra, son por la repetición y dirección de los actos que componen su conducta habitual”.

[46] ROULLION, Adolfo A. N., *Régimen de Concursos y Quiebras Ley 24.522*, 9ª edición actualizada y ampliada, ed. Astrea, Bs. As., 2000, p. 128.

[47] RIBICHINI, G. E. *idem* nota 41: sostiene que tal defensa, constituye una “pirueta retórica de conceder el argumento para inmediatamente neutralizarlo” la que además “fracasa, ya que las excepciones nunca desmienten la regla general sino que la confirman: decir que en la mayoría de los casos los jueces fueron prudentes pero que en algunos casos no lo fueron, deja incólume el significado originario del enunciado”.

[48] Así lo consideran BOQUIN, MONTI y DASSO en sus obras citadas; también Ariel Angel Dasso, citados en notas 38, 4 y 2, respectivamente.

[49] HURTADO, Emilio E., *Régimen Concursal ley 24.522*, ediciones La Rocca, 2001, p. 303.

[50] Y que Roullión (ROULLION, A. A. N., *op. cit.* en nota 45, p. 128) califica como “similar a la que los jueces otorgan a los acuerdos transacciones arribados por las partes en los procesos dispositivos”.

[51] CNCom., Sala C, 27/10/95.

[52] CNCom., Sala D, 19/12/95.

[53] CNCom., Sala B, 03/09/96.

- [54] Juzg. Nac. Com. N°26, 28-XI-96, ED 174-17.
- [55] Terecer J. P. Conc. Reg. de Mendoza, 25-IX-98, LL 1999-B-364, con nota de Ariel A. Dasso.
- [56] CNCom., Sala C, 04-09-01.
- [57] Nos refiere Ribichini en RIBICHINI, Guillermo Emilio *El nuevo artículo 52 de la ley de concursos y quiebras* (L.L., 11/12/02): “Dicen Buchanan, James y Tullock, Gordon, “El cálculo del consenso”, Planeta-Agostini, 1993, cap. XII, p. 206/207: “La premisa subyacente de la moderna construcción paretiana es puramente individualista. Se supone que el individuo mismo es el único que es capaz de medir o cuantificar su propia utilidad o satisfacción. Se presume que ningún observador externo es capaz de hacer comparaciones de utilidad entre individuos distintos”.
- [58] ALVAREZ MURENA, Héctor *El Rito más primitivo*, en *Ensayos Argentinos* edición de la Presidencia de la Nación, 2001, p. 93/4) nos refiere que “Roma era el nombre ‘público’ de una ciudad cuyo nombre ‘sacerdotal’ era ‘Flor’ o ‘Florens’, Tenía un tercer nombre, que era ‘secreto’. El historiador bizantino Lydias dice que ese nombre era ‘Amor’, ¿Cuál es el sentido de estos tres nombres?. El público es de uso profano en general, corresponde al reino de la utilidad. El sacerdotal representa el aspecto exotérico de la religión, su parte abierta, eclesiástica. El nombre secreto es el fundamento de los otros dos: del sacerdotal porque, como lo indica su carácter de secreto, es la razón esotérica, mística, de lo religioso; del público, porque así lo confirma el hecho de que se vea a Roma como anagrama de Amor.
- [59] Ver nota 35.
- [60] RIBICHINI, G. E., *op. cit.* en nota 41.
- [61] CIPRIANO, Néstor Amilcar, *La seguridad jurídica, generalidades (constituyente común del concepto de persona)*, LL, 09-VIII-02.
- [62] RIBICHINI, G. E., *op. cit.* en nota 41.
- [63] PORCELLI, L. A. *op. cit.* en nota 8.
- [64] RIBICHINI, G. E., *op. cit.* en nota 41.
- [65] MONTI, J. L., *op. cit.* en nota 4.
- [66] MONTI, J. L., *ibid.*
- [67] “Y los romanos efectivamente vinieron”, nos permitimos aludir al poema en inglés narrativo de la constante preparación de un pueblo griego en defensa de la llegada de los romanos, llegada que en la copla nunca se produjo”.
- [68] “Modifícase el art. 52 de la ley 24.522 el quedará así redactado: Art. 52: Homologación. No deducidas impugnaciones en término, o al rechazar las interpuestas, el juez debe pronunciarse sobre la homologación del acuerdo. 1. Si considera una propuesta única, aprobada por las mayorías de ley, debe homologarla. 2. Si considera un acuerdo en el cual hubo categorización de acreedores quirografarios y consiguiente pluralidad de propuestas a las respectivas categorías: a) Debe homologar el acuerdo cuando se hubieran obtenido las mayorías del art. 45 o, en su caso, las del art. 67; b) Si no se hubieran logrado las mayorías necesarias en todas las categorías, el juez puede homologar el acuerdo e imponerlo a la totalidad de los acreedores quirografarios siempre que resulte reunida la totalidad de los siguientes requisitos: i) Aprobación por al menos una de las categorías de acreedores quirografarios; ii) Conformidad de por lo menos las tres cuartas partes del capital quirografario; iii) No discriminación en contra de la categoría o categorías disidentes, Entiéndese por 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 probaron expresamente. En defecto de elección expresa, los disidentes nunca recibirán un pago o un valor inferior al mejor que se hubiera acordado con la categoría o con cualquiera de las categorías que prestaron expresa conformidad a la propuesta; iv) Que el pago resultante del acuerdo impuesto equivalga a un dividendo no menor al que obtendrían en la quiebra los acreedores disidentes. 3. El acuerdo no puede ser impuesto a los acreedores con privilegio especial que no lo hubieran aceptado. 4. En ningún caso el juez homologará una propuesta abusiva o en fraude a la ley”.
- [69] Boletín Oficial n° 29.899.
- [70] CAMARA, Héctor, *op. cit.* en nota 5, p. 115/116.
- [71] SAN AGUSTIN, *op. cit.* en nota 43, Libro 13ro., capítulo 9no., p. 321.
- [72] Ver nota 58.
- [73] Real Academia Española, “Diccionario de la Lengua Española”, 21ma. edición, ed. Espasa, Madrid, 1992, voz *problema*, p. 1670.
- [74] Recuérdese que en términos funcionales problema es la “proposición dirigida a averiguar el modo de obtener un resultado cuando ciertos datos son conocidos”, *ibid*, p. 1.670.
- [75] Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, 21ma. edición, ed. Espasa, Madrid, 1992, *idem* nota 69.
- [76] PORCELLI, L. A., *op. cit.* en nota 8, agrega: “en este aspecto es esclarecedora la posición de Teodoro Viehweg (“Tópica y jurisprudencia” ed. Taurus 1964, conforme a la que la técnica del pensamiento problemático, la denomina tópica y considera al proceso judicial como el ámbito metodológico donde se resuelve el problema, en base a participación dialógica de los interesados o partes del mismo”.
- [77] CIMINELLI, Juan Carlos, *Ley 25.589 de reformas al régimen de concursos y quiebras, comentada, anotada y concordada. Su aplicación con las leyes 24.522 y 25.563*, Ad-Hoc, Bs, As. 2002, p. 94.
- [78] MONTI, J. L., *op. cit.* en nota 4.
- [79] BOQUIN, Gabriela, *idem* nota 38.
- [80] Secuaz: “Que sigue el partido, doctrina u opinión de otro”, Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, 21ma. edición, ed. Espasa, Madrid, 1992, voz “secuaz”, p. 1.854.
- [81] Enrique M. Butty, Juez de la Cámara Comercial Nacional.
- [82] Entre los más recientes, del 06-XII-02, véase “Ipomea S.R.L. s/quiebra s/extensión de quiebra s/ordinario” - CNCom., Sala B.

- [83] CIPRIANO, N. A. *op. cit.* en nota 58.
- [84] A su vez, Elías Pablo S. Guastavino (disertación sobre “Derecho Común y Derecho Federal”, al incorporarse a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias sociales, 6/8/1981, publicada en “Anales”, año XV, 2ª época, N° 18, separata, p. 23) citado por J. L. Monti en la obra que de él citamos en el presente, entiende que “el ordenamiento jurídico en su totalidad es un sistema, no existiendo ningún orden jurídico que pueda renunciar a la unidad sistemática y que aunque la decisión de una causa aparentemente sólo se aplique una norma, tal vez reglamentaria, tras ella y con ella gravita la totalidad del orden jurídico”.
- [85] Eduardo M. Fabier Dubois (h) su ponencia titulada *La construcción e interpretación del derecho concursal: del análisis económico al análisis jurídico de la insolvencia empresarial*, II° Congreso Iberoamericano de la Insolvencia - IV° Congreso Nacional de Derecho Concursal, La Cumbre, Córdoba, octubre de 2000, tomo I, p. 1 a 4, Fespresa editor.
- [86] NIETZSCHE, F. W., *op. cit.* en nota 42.
- [87] Mumford agrega que “los hombres son gobernados no solo por los tiranos que temen sino por las instituciones que aman, y a la larga el amor, y no el temor, prevalece” (MUMFORD, Lewis, *op. cit.* en nota 3, p. 192).
- [88] Recordemos que, como dice SATTÀ citado por Ignacio A. Escuti (h.) en *Algunos Límites a los poderes inquisitivos del juez concursal*, R.D.C.O. 24-139/141, p. 107 a 115, “el proceso se hace con hombres y para los hombres; es obra de las partes y del juez, hombre como éstos, también vive bajo la influencia inconsciente de las ideas y las pasiones del ambiente”.
- [89] AZNAR, Vicente (material de su clase en la Universidad Austral, M.D.E., acerca de *Crisis, Insolvencia y Cesación de Pagos: Acuerdos Concurales*, 2002, p. 6) “el Derecho SOLO EXISTE PARA REALIZARSE, pues lo que sólo se da en las leyes pero no en la realidad es sólo el fantasma del Derecho: meras palabras”; las mayúsculas son de él.
- [90] Artículo 198.
- [91] Ver nota 63.
- [92] CIMINELLI, Juan Carlos, *op. cit.* en nota 73, p. 92.
- [93] ESCUTI (h) Ignacio A., Los poderes del juez concursal en la ley 24.522, E.D., t. 164, p. 1.137 a 1.141.
- [94] MAFFIA, O. J. *op. cit.* en nota 12.
- [95] Bankruptcy Code (U.S.A.), ed. Errepar, Bs. As., 2002, p. 305 y siguientes.
- [96] MAFFIA, Osvaldo J. *Sobre la polisemia del vocablo ‘debe? Y la controvertida obligatoriedad de clasificar a los acreedores*, E.D. 02-X-01.
- [97] “Si una clase de créditos estuviera afectada según el plan, que al menos una de estas conforme al plan lo haya aceptado, y lo haya determinado sin incluir la aceptación del plan por parte de una persona que maneja información privilegiada”.
- [98] RIBICHINI, G. E., *op. cit.* en nota 54: “Como sostiene Víctor Vanberg -citando a Ronald Heiner y su ‘teoría de la elección imperfecta’-, ‘la comparación relevante es la que se realiza entre, por una parte, el riesgo y el daño esperado de elegir una alternativa ‘equivocada’ cuando se intenta maximizar caso por caso y, por otra parte, el riesgo y el daño esperado de la pérdida de las ‘excepciones preferidas’ cuando se sigue una regla. El primer riesgo está relacionado ... con ... la complejidad del problema de decisión. El segundo riesgo depende de la naturaleza de la regla de que se trate. ... ‘Una regla perfecta puede ser definida como aquella que, si se aplica de manera perfectamente fiable, conduce a elecciones óptimas en todos los casos. Consecuentemente, el grado de imperfección de una regla puede ser definida en términos del porcentaje relativo de elecciones subóptimas que resultan si es aplicada de un modo fiable o, dicho de manera diferente, en términos del porcentaje de excepciones preferidas, es decir de la frecuencia de los casos en los que sería preferible para el agente apartarse de la regla. En general, sucederá que las reglas más simples serán las más imperfectas y tendrán una mayor proporción de excepciones preferidas que las más sofisticadas. Pero, por la misma razón, es decir por su simplicidad, son aplicables de un modo más fiable y lo que les importa a los agentes imperfectos es el producto combinado de los dos aspectos”.
- [99] Bankruptcy Code (U.S.A.), ed. Errepar, Bs. As., 2002, capítulo 11, sección 1.129.a.11, p. 307.
- [100] MAFFIA, Osvaldo J., *La Ley de Concursos Comentada*, tomo II, LexisNexis Depalma, 2003, p. 428.
- [101] CAMARA, Héctor, *op. cit.* en nota nº5, p. 114.
- [102] MAFFIA, Osvaldo J., *op. cit.* en nota nº100, p. 430 y 435.
- [103] J.N.Com. nº12, 26-V-2004, *Artes Gráficas Buschi S.A. s/Conc. Prev.*
- [104] Cám. Nac. Com. Sala B, 13-III-2006, *Inta Textil Argentina S.A. s/Concurso Preventivo, expte. 163/2002.*
- [105] Juzg. 1ra. Inst. en lo Civ. y Com. Nº5 de Bahía Blanca, 14-XI-2001, *Galassi 2000 S.A. s/Concurso Preventivo*, RSyC nº14, p. 229/230.
- [106] Cám. Nac. Com. Sala D, 22-VI-2005, *Sociedad Comercial del Plata S.A. s/Concurso Preventivo*, 109.124 del Suplemento de Concursos y Quiebras de La Ley del 08 de Julio de 2005, p. 93-114.
- [107] Cfr. Maffía nota 12.
- [108] Conviene haber escrutado la naturaleza del acuerdo, para lo que nos valemos de las siguientes opiniones calificadas: MAFFIA, O. J., *op. cit.* en nota nº100, p. 417: “Esa figura [se refiere al acuerdo, o concordato], al modo tradicional se alcanza cuando se cumplen tres pasos, a saber: a) Propuesta por el deudor. B) Aceptación por los acreedores. C) Homologación judicial”. CAMARA, H. *Op. cit.* en nota 9, vol. II, p. 997 y 792: “El acuerdo -acto formal-, al igual que toda convención, tiene como basamento la iniciativa de una de las partes; esto es, la propuesta del concursado que sistematiza las relaciones creditorias (Ragusa Maggiore, fiel a su postura, niega el valor de propuesta contractual a la instancia del deudor, que individualiza como el acto que pone en movimiento el mecanismo judicial del concordato, cuya naturaleza procesal es obligada ... La Cám. Nacional Comercial (C) decidió: ‘cualquiera sea la naturaleza jurídica con que se conciba el concordato resolutorio, no puede constituirse como acto unilateral’ (L.L., 1978-B, p. 50)”. MESSINEO, Francisco, *Manual de Derecho Civil y Comercial*, traducción de Santiago Sentís Melendo, t. IV, parágrafo 117, ed. Ejea, p. 321, Bs. As. 1979 (citado por J. L. Monti en su obra aquí abordada en nota 4), manifiesta que “se habla de

‘concordato’ porque el mismo constituye un pacto que el deudor celebra ‘voluntariamente’ con los acreedores, aunque sea subordinadamente a la homologación del mismo”.

[109] MAFFIA, Osvaldo J., *op. cit.* en nota nº100, p. 436.

[110] MARTORELL, Ernesto Eduardo, *Tratado de Concursos y Quiebras*, tomo II-B, Depalma, 2001, p.653.

[111] MARTORELL, Ernesto Eduardo, *Tratado de Concursos y Quiebras*, tomo II-C, *reformas a la ley de concursos*, LexisNexis-Depalma, 2003, p. 78.

[112] *Ibidem*, p. 79.

[113] *Ibidem*, p. 81.

[114] RIVERA-ROITMAN-VITOLLO, *Ley de Concursos y Quiebras, tercera edición actualizada*, tomo II, Rubinzal-Culzoni 2005, p. 25.

[115] CIMINELLI, J. C., *op. cit.* en nota 73, p. 103 y sgtes.: “Es sabido que el instituto del abuso del derecho ha sido incorporado al derecho positivo a través del art. 1.071 conforme la ley de reformas 17.711/68 ... [y que] recepta la orden emanada del ordenamiento jurídico todo de ejercer los derechos en forma *regular*, evitando el daño que el ejercicio abusivo pudiera causar a los terceros. Constituye un principio consagrado que todo derecho subjetivo es pasible de su abusivo ejercicio tipificándose cuando se contraría los fines de protección de la ley, con las siguientes consecuencias: ... se erige en causal de invalidez del acto jurídico. ... La ‘propuesta en fraude a la ley’ ... deberá entenderse como dato objetivo del fraude ... a *aquella conducta que no se ajusta a las condiciones impuestas por la normativa vigente*.”

[116] MAFFIA, O.J., *op. cit.* en nota nº100, p. 435/6.

[117] RIVERA-ROITMAN-VITOLLO, *op. cit.* en nota nº114, p. 25.

[118] MAFFIA, O. J., *op. cit.* en nota 92.

[119] BARREIRO, MARCELO G, LORENTE, JAVIER O. y TRUFFAT, E. 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)*, en *La Ley, Suplemento de Concursos y Quiebras del 08 de Julio de 2005*, p. 43.

[120] RIBICHINI, G. E., *op. cit.* en nota 54.

[121] NIETZCHE, F W., *o. cit.* en nota 42, p. 88.

[122] RIBICHINI, G. E., *op. cit.* en nota 54.

[123] CIMINELLI, J. C., *op. cit.* en nota 73.

[124] ROULLION, A. A. N., *op. cit.* en nota 11, p. 138 y sgtes..

[125] RIBICHINI, G. E., *op. cit.* en nota 54.

[126] ROULLION, A. A. N., *op. cit.* en nota 11, p. 139 y sgtes..

[127] CIMINELLI, J. C., *op. cit.* en nota 73, p. 102.

[128] “Juicio o conjetura que se forma de una cosa por las señales que se observan en ella” Diccionario 1.673.

[129] *Diccionario ... idem* nota 76, p. 760.

[130] CAMARA, H., *op. cit.* en nota nº9, p. 198.

[131] Un lúcido aporte de Maffía (MAFFIA, O.J., *op. cit.* en nota nº100, p. 434) introduce cierta precariedad a la apuntada previsión; lo transcribimos para mejor ilustración: “La ley no consideró -tampoco el anteproyecto ministerial- un aspecto de este último problema que compromete la simplicidad aparente del remedio legal. Ese aspecto concierne a la diversidad probable -y presumible, por ser inherente a la categorización- de propuestas de arreglo. Parecería que la ley 25.589 dio por descontado que en todos los casos se trataría de ofrecimientos dinerarios, de divisibilidad sencilla. ... En suma, cuando las prestaciones que ofrezca el concursado fuesen heterogéneas se defiere, también, la elección al interesado, pero la ‘cláusula gatillo’ que cierra el subinc. *iii*) -pago ‘inferior al mejor que se hubiera acordado ...’-, podría presentar dificultades sin cuento”.

[132] “Juicio o conjetura que se forma de una cosa por las señales que se observan en ella” Real Academia

Española, *Diccionario de la Lengua Española*, 21ma. edición, ed. Espasa, Madrid, 1992, voz “profecía”, p. 1.673.

[133] “Que puede suceder o existir, en contraposición de lo que existe”, Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, 21ma. edición, ed. Espasa, Madrid, 1992, voz “potencialidad”, p. 1.649.

[134] CIMINELLI, J. C., *op. cit.* en nota 73, p. 101.

[135] ESCUTI (h.), Ignacio A. *Algunos Límites a los poderes inquisitivos del juez concursal*, R.D.C.O. 24-139/141, p. 107 a 115.

[136] MAFFIA, O.J., *op. cit.* en nota nº100, p. 435.

[137] MARTORELL, E.E., *op. cit.* en nota nº111, p. 84.

[138] BARREIRO, MARCELO G, LORENTE, JAVIER O. y TRUFFAT, E. DANIEL, *op. cit.* en nota nº119 p. 36.

[139] RIVERA-ROITMAN-VITOLLO, *op. cit.* en nota nº114, p. 24.

[140] ROULLION, A. A. N., *op. cit.* en nota 11, p. 120.

[141] ROULLION, A. A. N., *ibid*, p. 134.

[142] BARREIRO, MARCELO G, LORENTE, JAVIER O. y TRUFFAT, E. DANIEL, *op. cit.* en nota nº119, p. 38.