

## El Concurso de Acreedores en el contexto de una Reforma Judicial Integral

### *-reflexiones sobre una reforma Judicial aplicada-*

Ana Clara Pauletti

#### I. Introducción [\[arriba\]](#)

Para hablar de reformas, lo cual comporta el examen y crítica de un ordenamiento legal en crisis, es necesario e inicial efectuar la correlación entre el régimen en examen, y el contexto dado por la época en que la regulación a analizarse fue dictada. Limitándonos a nuestra historia legislativa, encontramos que, cuando en 1859 se trató por vez primera la quiebra -Libro IV del Código de Comercio-, Buenos Aires era “La Gran Aldea”, donde casi ni se pensaba en sociedades, y el comerciante, obviamente individual, se identificaba -o poco menos- con el almacenero y el carnicero. Regía entonces una ética comercial tan simple como terminante: quien dejaba impaga una obligación era objeto de una capitis deminutio, no sólo bajo el ángulo de las obligaciones de derecho propiamente dichas, sino también desde el punto de vista moral de la Aldea, lo que contribuía al simplismo de la regulación y ecuación secular incumplimiento-quiebra y explicaba la limitación subjetiva sufrida por el comerciante en orden a repercusión de su falencia. El cambio de trasfondo operado desde el primario quehacer comercial de la Buenos Aires decimonónica hasta la actual gran empresa, más todavía si pensamos en los grupos societarios -aún transnacionales-, en el creciente anonimato de los valores mobiliarios, en las constantes mutaciones operadas en el ámbito de las inversiones y en el concepto de la riqueza, en la incidencia de los ininterrumpidos avances tecnológicos y de las comunicaciones, impone reflexionar -al menos respecto de nuestro tema- sobre qué es lo que resta en pie de aquellas primeras regulaciones legales.

Sirva lo dicho al solo efecto de enunciar un hecho que estimamos primario cuando se piensa en valoración, crítica o reforma de un sistema legal, esto es, su correlación con lo que Ortega, en fórmula consagrada, llamó su circunstancia. Nos preguntamos entonces si los legisladores de 1972 y 1995 hicieron debido hincapié en que el orden normativo por entonces imperante en nuestro país giraba mayormente -todavía- en torno al comerciante individual. A la luz de los resultados normativos -de ambas reformas-, parecería concebirse a las sociedades comerciales como alternas y secundarias del comerciante individual. Quizás la más desafortunada inactualidad de nuestro régimen consiste en haber proclamado la protección de la empresa como lema -como mero lema-, sin recoger a la par la más moderna orientación universal sobre la regulación de los concursos en vista a su efectivo resguardo(1).

Hablar de reforma exige desafiar preconceptos y reflexionar inicialmente acerca del para qué del derecho concursal, intentando desentrañar los fines que lo justifican y repensarlo constructivamente desde la filosofía del derecho, para estructurar así soluciones a los problemas que presenta. No siendo el derecho concursal un sector independiente ni aislado del derecho en general, resulta entonces necesario analizar las implicancias y los alcances de la transformación pretendida, bajo la óptica de un cambio de mayor dimensión -

reclamado y hasta sobrediagnosticado-, tal la denominada reforma judicial. Esa es la línea argumental que habremos de seguir.

Esta inquietud, desarrollada en las páginas que siguen, abriga también la ilusión de un país y un Estado puesto del lado de las transacciones éticas, que condene al deudor inescrupuloso, impida el fraude y la desconfianza, brinde seguridad jurídica al crédito, a la inversión y a la producción, y, por sobre todas las cosas, elimine la brecha que aleja hoy al ciudadano de la justicia.

## **II.- Para qué del derecho concursal [\[arriba\]](#)**

En el ámbito concursal argentino no es muy frecuente encontrar ánimo para reflexionar sobre la justificación de esta rama del derecho, ni de su aptitud funcional(2). Ello a pesar de sus frecuentemente disvaliosos resultados, de las escasas empresas salvadas, la falta de acreedores satisfechos, la casi inexistencia de fuentes de trabajo preservadas y de condigna sanción para quienes quebraran la confianza de muchos, generando con ello una pluralidad de situaciones dañosas y múltiples damnificados. Por pereza se tiende a la estratificación de conceptos -o lecturas de los fenómenos jurídicos- y a la justificación teórica, sin apreciar el desfase que produce reputar como regla lo que en verdad -según la experiencia concreta muestra- ha dejado de serlo(3). Sea este el tiempo de reflexionar en aras de mejores respuestas para una materia que es parte importante de las seguridades que el derecho puede brindar al crédito y a las inversiones productivas, colocándose del lado de las transacciones éticas.

Indagar acerca del para qué del derecho concursal, intentando desentrañar los fines que lo justifican, permitirá repensarlo constructivamente con el auxilio imprescindible de la filosofía práctica, y con ello estructurar soluciones adecuadas a los problemas que la especialidad presenta. Una verdadera reforma no puede prescindir de la filosofía del derecho, porque sólo esta puede brindar variantes metodológicas y elucidación de presupuestos y fines(4), ello aunque parte de la doctrina la desatienda, cegada por la búsqueda de soluciones a los problemas del momento(5). La filosofía del derecho debería ser(6), al decir del Dworkin, “el nervio de la reflexión sobre el derecho”, y los juristas deberían capitalizar los esfuerzos realizados por la disciplina por superar sus instancias idealistas y teorizantes, para servir en definitiva al hombre con una contribución al derecho de neto corte práctico. Y si naturalmente no siempre tendremos necesidad de recurrir a nociones filosóficas con la misma intensidad, prescindir de ellas nos condenará a productos pobres, incompletos y metodológicamente erróneos.

### **II.1. La genética de nuestra legislación concursal [\[arriba\]](#)**

El repaso de las leyes concursales argentinas -y sus reformas- evidencian la modificación de las diversas directrices políticas que en cada caso las alumbraran(7), la persistencia de principios especiales (si bien con contenidos distintos según las ideas económico-sociales y jurídicas de cada tiempo), y el desacierto en la elección de las normas en relación al deseo inspirador del legislador(8). Asimismo se observa la desatención de los principios generales del derecho, aunque, como es sabido, estos no requieran de una recepción explícita en el ordenamiento por poseer respaldo ontológico(9) -se sustentan en el ser del derecho, y

valen a pesar de que se los ignore o directamente sean violados por el derecho positivo(10)-. No obstante, tal ausencia, en una sociedad donde la valoración moral parecería ser reducida, degeneró en el uso antifuncional de algunos institutos del derecho comercial -tal el proceso concursal-, y profundizó la brecha entre realidad y postulados legales. Hoy parecería primar un enamoramiento por las formas y un hipergarantismo insubstancial; así, “el concurso implica una licuación de pasivos, no sólo lograda a través de acuerdos de quita y espera, sino a través de una verificación formalista que castiga a los acreedores sin correlato alguno con sanciones al administrador o concursado que ha generado el problema”(11). No escandalizan los casos en donde se aprecia falta de buena fe en las conductas, y lo que es aún más grave, se vislumbra una pérdida del afán de pretender aquella(12). Sin buena fe, todo se confunde. El derecho de defensa, la doctrina de los actos propios, la naturaleza jurídica misma del proceso falencial y su carácter público: todo tiene una connotación distorsionada en la especialidad, transformándose la máxima “todo lo que no está prohibido está permitido” en salvoconducto para soluciones injustas, creando incluso por vía interpretativa normas de derecho concursal incompatibles con el ordenamiento legal en su conjunto(13).

Así las cosas, los principios concursales clásicos (igualdad de los acreedores, universalidad, colectividad, concurrencia, unidad, oficiosidad-inquisitorialidad, amplitud de la solución preventiva, conservación de la empresa) también deben repensarse: al tratarse de principios propios de la especialidad, éstos son influidos por las directrices políticas de la ley. A ello se suma que, desde el siglo XIX a esta parte, cada vez se espera más del derecho concursal, excediéndose no solo las expectativas del derecho comercial, sino también la típica función judicial a la que se le transfieren competencias que son propias de políticas públicas en materia de producción, del comercio, la industria, la competencia, las fuentes de trabajo, entre otras. Incluso se ha llegado a invocar el derecho de quiebras como uno de los paliativos para salir de la crisis económica.

## II.2. Métodos y objetivos [\[arriba\]](#)

¿Pueden coexistir sanamente en la normativa concursal objetivos de satisfacción del crédito con otros que tengan la mira puesta en la empresa, que fomente la prevención, su conservación, el salvataje, la conservación de las fuentes de trabajo, o que mire al interés general? Dworkin nos advertiría sobre las dificultades de la faz práctica, y, si no quedara otra salida, aconsejaría al legislador la elaboración de un tejido normativo consistente para concretar tales metas, con principios claros y suficientes para orientar al juez en la interpretación cuando el conflicto se genere. Claro que el profesor de Oxford, para medir el peso específico de cada principio en choque, contaría con su Juez Hércules, tan alejado de cualquier realidad judicial general.

Un diagnóstico de la situación local del derecho concursal, hecho desde la óptica de la filosofía, arrojaría un resultado y una previsión negativa, seguramente coincidente con la realidad: ausencia de empresas salvadas, de trabajadores tutelados, y de acreedores satisfechos. Ello se explica -si bien parcialmente- a partir de directrices que no son claras, y que carecen de un orden adecuado de prioridades para su aplicación, y de normas insuficientes que no instrumentan mecanismos eficaces para conseguir las metas propuestas. A la ausencia -esperable- de jueces Hércules que eludan la posibilidad de error, se suma la falta -no deseable- de equipos de técnicos que los asistan en las múltiples aristas que deberá evaluar frente a una empresa en crisis. En esta materia, en atención a las

diversas y complejas decisiones que deben enfrentarse cuando se evalúa la continuidad de una empresa, o la autorización para el funcionamiento de cooperativas de trabajo, el juez no sólo debería tener en su haber una sólida formación jurídico-filosófico-lógica, sino también conocimientos finos del mercado, de la economía, de contabilidad, de administración de empresas, de marketing, psicología social, etc..

Pero debemos tener presente que cuantos más propósitos se persigan con la ley concursal, más nos alejaremos del derecho comercial y del derecho privado en general, asumiendo la justicia funciones de otros sectores del Estado. También Maffía considera difícil plasmar en un código específico la satisfacción de los derechos creditorios, y a la par proteger otros intereses que podrían chocar con aquellos, por lo cual apunta a una legislación económica orgánica como un marco más adecuado a las posibles soluciones(14). Desde otras latitudes, Bermejo Gutierrez aboga por el diseño de un procedimiento concursal que fuerce la concurrencia de todos los acreedores afectados por la insolvencia con el propósito de maximizar el valor de sus créditos, lo que deja de lado cualquier otro tipo de objetivos que desborde los límites de la propia lógica del mercado: “de ser valoradas positivamente por la sociedad, serán éstas políticas públicas que habrán de llevarse a cabo a través de los canales oportunos, que, como vemos, nada tienen que ver con el derecho privado, y dentro de él, con el concurso”(15). Dos razones se apuntan para aquella exclusión: 1) la inidoneidad del concurso como instrumento de derecho privado para llevar a cabo tales políticas públicas, y 2) la realización de políticas públicas en el concurso provoca fenómenos de redistribución de valor entre distintos acreedores, lo que “da el traste con el objetivo de maximizar el valor de los créditos”. Sin embargo la mencionada autora aclara que no optar por una política de reflotamiento empresarial en el concurso, no significa que haya de condenarse a la liquidación. Todo lo contrario -dice-, “habrá reorganización en todos aquellos casos en los que el producto resultante de la actividad empresarial goce de mayor valor en el mercado de bienes afectos al desarrollo de la misma. A fin de cuentas, ésta será la solución que se encuentre en disposición de reportar mayor valor a los acreedores concurrentes”(16).

Si bien la rectificación o reorganización de empresas como prioridad predomina en el derecho comparado, la finalidad del concurso puesta en la mayor satisfacción del acreedor tiene recepción en el derecho concursal alemán, que fija en su articulado el objetivo político de satisfacer a los acreedores mediante la realización del patrimonio del deudor o bien a través de un plan de insolvencia dirigido a la conservación del ente. Por su parte el nuevo régimen francés (ley 2005-845), si bien mantiene el principio de salvaguardia de la empresa en crisis, propugna también un equilibrio en cuanto a que el salvataje no atente contra otras empresas.

### **II.3. Los fines concursales: la defensa del crédito y la condena al deudor de mala fe** [\[arriba\]](#)

Las referencias apuntadas desde el campo filosófico y jurídico abonan la primera de las conclusiones del análisis del para qué de la regulación jurídica de la insolvencia, y determinan la exigencia de un fin claro, y si fueran más de uno -los fines-, que estos por su naturaleza no se contradigan hasta al punto de anularse cuando la ley deba ser aplicada. Ello, por cuanto la legislación concursal debe atender en forma precisa la defensa del crédito, sin olvidar la condena al deudor de mala fe. Por otra parte, la separación de la suerte del empresario de la de la empresa, establecido claramente en el año 1967 en Francia con la suspensión provisoire des poursuites, permite la posibilidad de sancionar con

medidas personales la conducta reprochable del dirigente empresario, a la vez de intentar el reflote de la empresa salvable.

Así, una legislación que tenga en miras la protección del crédito, establecerá un proceso flexible y ágil, con un Juez dueño del trámite, y en el cual el acreedor perciba -en el menor tiempo posible- una proporción razonable de su derecho, ya sea a través de un acuerdo que permitirá la reconversión de la empresa deudora sin mayor costo para sus acreedores o su pronta liquidación en el caso en que la crisis fuera irreversible. Es que tal como ocurrió en sus orígenes, la relevancia del comercio y las transacciones, tiene también hoy su correlato en que el concurso deba organizar la crisis social que conlleva la cesación de pagos, intentando satisfacer a los acreedores del deudor insolvente, tanto como que éste responda personalmente por su conducta negocial, en tutela de la confianza y la buena fe que deben ser resguardadas a través de la ejemplariedad. Ampliar las directrices de una nueva ley a la protección de la empresa sin importar su estado o aptitud de ser conservada, significaría reincidir en el error de insistir en buenas intenciones, que como hemos visto de 1972 a esta parte, pavimentan el camino al fracaso.

Pensar en los intereses del acreedor no genera, por sí, un retorno al privatismo. La seguridad jurídica, el respeto a los contratos, a la competencia y la condena a la estafa, no son patrimonio exclusivo de los acreedores: son las condiciones que la sociedad requiere para fomentar la inversión, proteger empresas y fuentes de trabajo. De allí que la faz pública del proceso concursal demande la presencia de un Juez pleno en poderes, que preserve en las distintas etapas del trámite los fines pretendidos por la ley, evite su uso antifuncional, y exalte por sobre las pretensiones en juego el valor justicia<sup>(17)</sup>, preservando el interés general a preservar. Este -el interés general- en el esquema valorativo propuesto se centrará en alentar la inversión productiva, brindar más ágiles y mejores condiciones y seguridades a los acreedores, y preservar la empresa útil y salvable.

El rol preponderante de la empresa y la actividad productiva en la sociedad moderna, brinda razones para una previsión legal mayor que aquella destinada al tratamiento judicial de la insolvencia. Las implicancias de la crisis empresaria deben ser evitadas, operando antes que la crisis se desate, con la intervención de organismos públicos que estén en condiciones de anticiparse, y así soslayar las consecuencias perjudiciales del problema. Tal necesidad pudiera ser atendida a partir del desarrollo de un área de prevención de crisis, que refleje aquel interés público en el tema. Es que la doctrina y los hechos han marcado la insuficiencia de una ley sólo destinada a remediar una situación de daño, que repara y condena reduciendo la jurisdicción (una ley “aposteriorística”<sup>(18)</sup>). Se impone entonces la elaboración de soluciones que trasciendan los límites tradicionales, y establezcan un sistema de seguridad que contemple la prevención de los desarreglos y la intervención terapéutica, reguladas fuera del ámbito concursal y jurisdiccional.

Acotar las metas, definir con claridad el fin de una legislación de crisis con competencias diferenciadas que, según la gravedad de la situación patrimonial, ameriten una actuación administrativa preventiva -o judicial ante el problema ya desatado-, redundará en seguridad jurídica y armonía de los principios especiales de la materia con los del derecho comercial - y los generales del derecho-, permitiendo restablecer las bases de la ética de la vinculación con una justicia rápida que pueda recomponer esas relaciones.

De las implicancias de la reforma, nos ocuparemos en los capítulos siguientes, buscando las respuestas al cómo de su realización.

### **III. Reforma al régimen concursal en el contexto de la reforma judicial integral** [\[arriba\]](#)

La reforma que exige el sistema vigente de concursamiento de acreedores debe ser encuadrado en una reforma más amplia que compete al sistema jurídico y judicial, porque sólo desde esta perspectiva podrán apreciarse los verdaderos alcances de los cambios que deben operarse en la especialidad.

En este campo mayor, no existen dudas acerca de la necesidad de la reforma. Hace décadas que existe mucha gente confundida respecto de la confiabilidad de la justicia, a partir de la lentitud de los procesos, la ausencia de inmediatez propia de la forma escrituraria - apegada a un ritualismo muchas veces vetusto-, lo excesivamente cara que resulta en relación a los resultados obtenidos e ineficiente frente a las distintas demandas sociales ¿Cómo se explica, pese a ello, el incesante requerimiento de tutela judicial?: a partir de la centralidad de la Justicia en el sistema democrático, y que se articula sustancialmente en torno a este valor y al de la libertad. Y la libertad' como capacidad de autodeterminación vital y bien supremo del hombre, sólo resulta predicable en un contexto justo: hay justicia si todas las personas cuentan con las condiciones básicas para desarrollar su proyecto vital, donde la justicia es un modo de vivir, de interactuar, de organizarse que facilita la realización de un esquema de vida, donde la felicidad es la meta de la persona y la justicia la del ciudadano, ya que actúa como garante de sus derechos fundamentales(19).

De allí la relevancia que adquiere la reforma judicial y la insistencia de algunas voces autorizadas en advertir, que la superación de los problemas que aquejan a la justicia en nuestro país merecen ser resueltos en el ámbito de un pacto o compromiso nacional que brinde a la cuestión la importancia de una auténtica cuestión de estado(20), resguardándola de las contingencias políticas, sin perder de vista el mediano y el largo plazo, ni su proyección y su continuidad(21). Ahora bien, concentrar diagnósticos y estudios ya realizados con nuevas soluciones creativas, y volcarlos a transformar la realidad, exige un trabajo particularizado por área o rama del derecho, abarcándola en su integridad, no porque se la pretenda enclaustrar, sino porque si bien existen denominadores comunes para la prestación del servicio de justicia (por ejemplo informatización), lo cierto es que cada especialidad posee características y deficiencias específicas que merecen una atención particularizada. Se trata de revisar qué se pretende con ese derecho, cómo puede mejorarse, y cómo se superan los déficit del servicio de la justicia respectivo, para que no se frustre al pretender aplicarlo. La necesidad del trabajo de reforma por área, y en forma integral, resulta claramente expuesta en el análisis del tratamiento judicial de los concursos de acreedores. Este campo del derecho ha contribuido sin dudas en buena medida a la mala imagen de la justicia: a una justicia sin especialidad, se le han sumado normas defectuosas y prácticas malsanas que consumaron la utilización desnaturalizada y abusiva del derecho(22). Indagar en la buena fe del deudor, es un intento dificultoso que encuentra obstáculos legales permanentes(23).

Por su parte, la ausencia de objetivos claros dificulta al juez distinguir con celeridad al sujeto concursable del fallido que prepara su quiebra a través de un concurso, desprendiéndose previamente de sus bienes, y así mitigar la atención de sus

responsabilidades(24). Cuál es el momento para afrontar la crisis a través de distintas técnicas de salvamento, no sólo concursales(25), parece ser el tema no resuelto aún, ni debidamente abordado -en consecuencia- por el legislador. Quizás el arcaísmo interpretativo que se utiliza en el ámbito concursal, el aislamiento y su rigidez(26), superados hace varias décadas por el proceso civil, se deba a las vinculaciones que en sus orígenes las quiebras tenían con la pérdida de libertad y otras duras sanciones personales para el deudor. Reflejo de ello es la competencia hasta hace no muchos años de algunos Tribunales del país, en materia penal y de quiebras. La rigidez del proceso concursal perdura, generalmente, en beneficio del deudor y en desmedro del crédito, cuando la evolución del derecho comercial ha vaciado de sentido al principio favor debitoris, colocado hoy en permanente confrontación con otros valores de igual o mayor jerarquía: la seguridad jurídica, la buena fe, el fomento del tráfico comercial, los institutos que protegen el crédito, el derecho de los consumidores, etc.

A una solución legal compleja se suman estructuras judiciales inidóneas. Los jueces no son -razonablemente- expertos en negocios, contabilidad, mercado y administración de empresas, pero deben tomar decisiones en todos esos temas. La faz educativa de una eventual reforma debería tratar sobre lo que razonablemente se puede pretender del derecho de crisis, de modo de acomodar las expectativas a “lo posible”. El más difícil de todos los cambios, es el de mentalidad, por lo que resultará de especial trascendencia la misión de los operadores, aquellos que convencidos de las virtudes y necesidad de la transformación, la construyan y luego la difundan sumando voluntades y venciendo resistencias(27).

La reforma, lógicamente, debe atender la Constitución, y tal como lo merecen otras ramas del derecho, el derecho concursal debe ser repensado desde la Carta Magna, en la medida que ella contiene los principios en cuyo sentido deberían resolverse todas las cuestiones económicas del dominio de la legislación y de la política argentina(28). Las exigencias de una justicia moderna también implican hablar de la necesidad de una justicia moral, que es quizás el mayor reclamo de nuestro tiempo, perspectiva desde la que deben repensarse los institutos jurídicos como condición para que el verdadero cambio se produzca, intentando así evitar, al decir de Carnelutti, que el derecho siga sacrificando la justicia. Deberá en consecuencia contemplarse que bajo tales exigencias resultan intolerables las normas o actitudes que posibiliten dilaciones, incumplimientos y abusos. El diseño de un sistema jurídico moral debe establecer las bases de un sistema de convivencia, donde las disputas que no pudieron resolverse en el ámbito privado, puedan ser dirimidas por una institución eficiente.

#### **IV. Aportes de la historia y el derecho comparado** [\[arriba\]](#)

La pretensión de hallar una alternativa normativa que satisfaga las apetencias filosóficas fijadas al analizar el para qué del derecho concursal, requiere explorar distintas fuentes, la historia y la evolución del instituto, su tratamiento en el derecho comparado -sus institutos preventivos y reorganizativos-, y el análisis que conjuga estudios de tipo económicos, sociales, políticos y culturales. Toda mejora del derecho requiere de un real conocimiento no solo de las normas, la jurisprudencia y la doctrina, sino además de su historia y del derecho comparado.

Como ilustran Osvaldo J. Maffía y María Ofelia B. de Maffía, en el prólogo a su obra “Legislación Concursal, Introducción Histórico Crítica”, la comprensión del problema que nos presenta la circunstancia, puede facilitarse mediante una ojeada retrospectiva: por qué nació un instituto, a que necesidad hubo de dar satisfacción, cómo creció y maduró, e incluso, si ya maduro, evaluar si sigue siendo útil. Para los mencionados autores la importancia que adquirieron las corporaciones entre los siglos XIII a XIV, determinó especialmente en las ciudades comercialmente más desarrolladas como Venecia, Génova, Florencia, Siena, Amalfi y Milán, la consagración de decisiones encaminadas a lograr el máximo de garantía para los actos comerciales, la dignidad de sus actividades, e incluso graves sanciones para quienes infringieran derechos de los comerciantes agremiados, determinando regulaciones sistemáticas y completas de la quiebra cuyas conclusiones aún conforman la estructura fundamental del instituto. En este marco del *lus Mercatorum*, nació la quiebra, como un instituto específico de protección del comercio, inicialmente como un instituto esencialmente punitivo del deudor a modo de autodisciplina interna de las corporaciones mercantiles, y desde fines del siglo XIII, combinando esa finalidad con otra satisfactiva de los intereses de los acreedores. También en este marco de los estatutos medievales, se comenzó a configurar un sistema de convenios como soluciones negociadas conservativas a las crisis económicas.

La expansión del comercio y el surgimiento de las ferias en Francia, facilitó la generalización del régimen comunal Italiano, y con ello de las costumbres mercantiles, todo lo cual se consagró en el derecho comercial, en definitiva plasmado “aunque no tan satisfactoriamente”, en la *Ordonnance* de 1673, y luego en el *Code* de 1807(29), que previó una regulación de la quiebra como instituto de tratamiento de la crisis económica del comerciante ejerciendo una notable influencia en materia concursal en todo el bloque jurídico latino(30). En este período, el derecho concursal se caracteriza por un “dualismo institucional”: quiebra y sistemas de convenios(31). Ambos sistemas se originaron en los Estatutos medievales italianos, aunque los convenios fueron desarrollándose en etapas posteriores, el primero fue el “convenio solutorio”, inserto en la quiebra para evitar la liquidación, luego los convenios preventivos extrajudiciales, previos a la quiebra y caracterizados por su necesaria unanimidad y ausencia de intervención jurisdiccional, y desde finales del siglo XIX los denominados “convenios preventivos judiciales” de carácter judicial, situados previos a la quiebra, con un arreglo que votan por mayoría los acreedores y homologa un juez(32). Sin embargo, a diferencia de lo que ocurriría bien entrado el siglo XX, la finalidad conservativa hasta este momento, no era un fin en sí mismo, sino tan sólo un medio para la satisfacción de los intereses de los acreedores.

En la búsqueda de mayor ilustración sobre el tema, puede observarse que la historia de los procedimientos concursales, aún vistos desde su antecedente más remoto en el derecho romano, permite distinguir líneas evolutivas según el modo en que la sociedad “sintiera” los problemas de los afectados por la insolvencia y el medio que ella misma acogiera en cada ocasión para repartir esos efectos entre personas o categorías implicadas en el problema (o bien para privilegiar algunas en perjuicio de otras)(33).

Bajo esta perspectiva pueden observarse tres fases en los procedimientos destinados a la insolvencia. La primera, que termina con la primer guerra mundial, cuando primaba un marco privatista, ligado al liberalismo político y económico que determinó los principios de la política jurídica sobre los cuales se articularían las relaciones entre quiebra y convenios, aquí se inserta nuestra ley 4156 del año 1902. Este período tuvo un carácter

prevalentemente liquidativo, que terminó siendo en sus albores coherente con la idea liberal de autorregulación del mercado(34).

La segunda fase que contextualizó la ley 11.719 de 1933, se desarrolló durante y luego de la Primera guerra mundial en concomitancia con la crisis de la industria, comenzando a perfilar un interés ulterior: el de la continuación de la empresa y a su no total liquidación, aunque el hecho de que se exigiera tanto la existencia de requisitos personales en el deudor, cuanto el consentimiento de la mayoría de los acreedores, demuestra que el interés público no era todavía prioritario(35).

En la tercera fase, comenzada la segunda posguerra, subsistieron los procedimientos de convenio preventivo y de moratoria, y aumenta el interés del Estado en remover la insolvencia de las empresas, en conexión con la dimensión adquirida por estas, y las ondas cada vez más anchas de efectos perjudiciales que aquel estado producía en la sociedad. La quiebra comenzó a ser una hipótesis residual destinada a iniciativas económicas cuya importancia no afecta al orden público, extendiéndose la solución aún para los no comerciantes.

Este fue el contexto que influyó en la ley 19.551, el de una fase en la que en definitiva se generalizó el papel del Estado luchando frontalmente contra la crisis industrial. Uno de los primeros intentos fue en Francia con las leyes de 1955 y 1967, que condujo a la eliminación del convenio con abandono de los bienes a los acreedores, concluyendo con un solo procedimiento liquidatorio cuando no fuera posible alcanzar el “reglement”. Una gran novedad fue introducida por la ley francesa de 1967, nada menos que la separación del “hombre” de la “empresa”, postulando la supervivencia de ésta siempre que fuera viable y si procediera, la sanción del empresario sin incidencia sobre la viabilidad de la empresa. Al mismo tiempo el procedimiento de “suspension provisoire des poursuites d’apurement collectif du passif” buscó expresamente la tutela del interés público cuando existiera peligro de un “trouble grave à l’économie nationale ou régionale”. También introdujeron instrumentos en tutela del interés público Italia y en menor medida Alemania.

Estos cambios hicieron surgir problemas de planificación, de control del gasto público, de encajes conceptuales de las normas y su coexistencia con el resto del ordenamiento preexistente que tutelaba otros intereses, pero en esencia las características centrales del interés social comprometido, subsistió con variantes hasta nuestros días. Sin dudas, operó un cambio profundo de filosofía, influida por las ideas sociales imperantes, por la cual la concepción liberal del derecho concursal dejó paso a una concepción social del mismo, que presidió la evolución del “fallimento”, hasta el “saneamiento” de la empresa económicamente viable, y redujo la liquidación del patrimonio, a la última ratio(36).

La máxima expresión normativa de esta tercer fase, fue precisamente la configuración de los institutos conservativos de carácter reorganizativos, sobre la base de la consideración conjunta de los intereses públicos y privados afectados por la crisis, los que fueron especialmente destinados a empresas con trascendencia o significación social.

Tal como ha sido calificado por la doctrina, el ordenamiento francés fue de los pioneros en considerar el principio de conservación de la empresa en situación de dificultades económicas. Luego de que la Orden del 13 de julio de 1967 introdujera en el esquema concursal francés el ya aludido instituto de carácter preventivo y reorganizativo

denominado “suspension provisoire des poursuites”, las reformas de 1984 sobre “Prévention et règlement amiable des entreprises dans difficulté”, y la de 1985 sobre “Redressement et liquidation judiciaire” de empresas, avanzaron aún más regulando dos institutos conservativos reorganizativos: preventivo y concursal.

En el derecho italiano el decreto de 1979 configuró el instituto reorganizativo de la “amministrazione straordinaria”, y en los Estados Unidos, la Reform Act de 1978, que dio lugar al nuevo “Bankruptcy Code”, introdujo la “Reorganization”, como procedimiento concursal reorganizativo con ámbito de aplicación general(37).

El sistema portugués, también establece la posibilidad de llevar a cabo un plan de reorganización de la empresa, con la “gestión controlada” que ejecuta una nueva administración(38). Más tarde, la Insolvenzordnung (Ordenanza Alemana de la Insolvencia), entrada en vigencia el 1 de enero de 1999(39), también receptó elementos reorganizativos, aunque si bien procuró atemperar el derecho de los acreedores a la inmediata satisfacción ante la posibilidad cierta de saneamiento de la empresa, claramente descartó que con ello se pretendiera actuar contra las fuerzas del mercado(40). Es que el sistema alemán se encargó de precisar que la finalidad fundamental del procedimiento de la insolvencia, es según surge del propio texto del art. 1º, la satisfacción de los acreedores, y la recuperación de la empresa sólo se tiene en cuenta en relación a aquellos, y en la medida que les sea beneficioso(41). A pesar de ello, el esfuerzo puesto en el plan de recuperación de la empresa viable aún en la etapa de liquidación, permite incluir el sistema alemán en aquellos calificados como reorganizativos(42).

Con la salvedad de la “amministrazione straordinaria”, de carácter mixto jurisdiccional-administrativo, al resto de los institutos reorganizativos se los dotó de un carácter jurisdiccional y negociado entre deudor y acreedor, y si bien al igual que los convenios tradicionales poseen una finalidad conservativa, en los primeros la conservación se producía por el arreglo del pasivo, y en los institutos reorganizativos se produce sobre la base de un plan de reorganización o reflotamiento de la empresa, en el que no sólo se arregla el pasivo, sino que además se contemplan otras medidas de tipo económico financieras específicas para la empresa que se pretende reorganizar.

Se contemplan así intereses privados y públicos en relación a la trascendencia social de la empresa a conservar, por lo cual se habla de un nuevo derecho privado “regulador de posiciones o relaciones jurídico-privadas, pero vinculado a su nueva función en la sociedad actual, que le lleva a agrupar, junto a sus objetivos estrictamente de índole privada (cobro), la consecución del interés general (la crisis de estas empresas deja de ser un asunto exclusivamente privado) incorporando, por tanto, intereses de carácter público cuya disposición escapa a la autonomía de la voluntad”(43).

La justificación de los institutos reorganizativos radica pues en la trascendencia de la crisis de empresas de grandes dimensiones y el asunto de interés público existente en la continuación de la actividad de aquellas, lo cual ha sido así especificado por las normas del derecho comparado que siguieron reservando el sistema “de convenio” para el resto de las empresas. Gran parte de la doctrina, ha justificado los institutos reorganizativos aunque han reclamado límites y su utilización cautelosa, de modo de evitar que se pretenda reorganizar cualquier empresa, y no sólo aquellas susceptibles de ser reorganizadas desde un punto de vista objetivo. En este sentido se ha sugerido que esta delimitación de la

reorganización, supone establecer parámetros bien delimitados para las empresas que estén en condiciones de ser efectivamente saneadas, “pues no se trata de aplazar las consecuencias negativas del estado de insolvencia, sino actuar con criterios de eficiencia en los resultados en relación a los costes y la inversión de los recursos utilizados para llevar a cabo la reorganización”(44).

Parece entonces que el modo de evitar cualquier especulación en la reorganización de las empresas insalvables, reside en exigir que se demuestre con los medios pertinentes que el proyecto de viabilidad reorganizativa es posible y útil para la empresa, como también que se podrán reunir los fondos suficientes para su ejecución. Tales premisas vetan la posibilidad de acoger empresas quiméricas con el dinero público, por eso la importancia de la prueba sobre la posibilidad económica, ya que su costo podrá ser compensado suficientemente con los productos y ventajas que resulten de su ejecución, para lo cual debe haber necesariamente un análisis de costos, cuya ausencia puede llevar a una empresa descabellada y ruinosa(45).

La reorganización como instituto requiere también de la existencia de aptitud, capacitación, y disposición de medios personales y materiales de los órganos jurisdiccionales y sus auxiliares, para que puedan así valorarse correctamente las posibilidades de supervivencia de una empresa y corrección del plan de reorganización propuesto, como único modo de alcanzar ese propósito a la vez de brindarle la máxima satisfacción a los intereses afectados.

#### **IV.a. El régimen francés: la prevención, la rectificación judicial y la nueva salvaguarda [\[arriba\]](#)**

La legislación francesa en materia de crisis empresarial, es un modelo elocuente de coherencia, y de permanente búsqueda de superación(46), que exhibe además una faz preventiva con recepción jurídico positiva(47).

Una de sus virtudes en punto a las empresas en dificultades, además de la creatividad en la concepción de figuras nuevas, es la precisión de las metas que persigue con los institutos que destina. Así, pueden ser resumidos en cuatro los grandes objetivos que se plantea: prevenir las dificultades, enderezar o rectificar (redresser) las empresas en situación comprometida, liquidar las empresas cuando la dificultad financiera es irremediable e imponer sanción al dirigente culpable(48).

En su momento, la ya mencionada ordenanza del 23 de septiembre de 1967, introdujo una variante fundamental a la quiebra, consistente en la suspensión provisoria de las ejecuciones y el establecimiento de un plazo de tres meses para elaborar, con la ayuda de algunos informes, un plan de satisfacción del pasivo y saneamiento de la empresa ejecutable en el plazo máximo de tres años. La “suspension provisoire des poursuites”, estaba destinada a empresas de trascendencia nacional o regional, y es por eso que considerando además del “plan”, los intereses públicos en juego, el juez decidía si imponía o no a todos los acreedores anteriores a la apertura del procedimiento, aquel plan de reflotamiento y arreglo del pasivo (“renflouement et apurement del passif”).

Este nuevo régimen se encuadró en la reforma general al derecho concursal francés establecida por la ley del 13 de julio del mismo año 1967, donde se introdujo un principio fundamental para calificar y en caso sancionar con medidas personales la conducta reprochable del dirigente empresario(49), permitiendo a su vez el reflote de la empresa salvable: el principio de la separación empresario-empresa en el tratamiento de las crisis económicas. También esta misma reforma inició el proceso de unificación subjetiva hacia la desaparición de la tradicional dicotomía del procedimiento civil-mercantil, mantenido en relación a las personas físicas hasta la ley 98 del 25 de enero de 1985 sobre “Redressement et liquidation judiciaire”.

Citando autores franceses, Maffia comentó que dicho régimen fracasó porque se dejó la instancia en manos exclusivas del propio empresario, con lo cual se intentaba la “suspensión”, demasiado tarde cuando la situación del deudor estaba “irremisiblemente comprometida”(50), aunque también fue criticado el escaso grado de integración y coordinación de todo el sistema para la conservación de la empresa, todo lo cual sumado a la lentitud, a la complejidad y a la ausencia de medios eficaces para el arreglo de las empresas viables, determinaron la multiplicación de resultados catastróficos para los acreedores. Ello motivó la realización de importantes estudios intentando solucionar el problema, siendo el más relevante el conocido como Informe Sudreau(51), por el nombre de quien presidió la comisión que estudió la forma de prevenir las dificultades de las empresas, fruto de lo cual surgieron las reformas de 1984 y 1985.

#### IV-a.1. La prévention.

Tal como lo asegura Heredia(52), la prevención de la crisis de insolvencia, o sea el ataque prematuro de los factores que conducen a la cesación de pagos antes de que ella se declare, sólo presenta soluciones desde el derecho comparado, en el derecho concursal francés. La ley 84/148 sobre “prévention et règlement amiable des entreprises dans difficulté”, derogó la ordenanza 67/820 y con ello la “suspensión provisoire des poursuites”. Luego, la última gran reforma del año 1994, con la ley 475 de “Prevención y tratamiento de las dificultades de las empresas”, reforzó los medios de prevención.

Según señala la exposición de motivos de la ley de 1984, la entonces nueva prevención francesa tuvo como objetivo la necesidad -económica- de atender la gran cantidad de quiebras de empresas que se venían sucediendo, combinando para ello actuación jurisdiccional, con la de órganos administrativos, y a veces con la autonomía privada de las partes afectadas por la crisis, destacándose el intento por preservar la confidencialidad del proceso(53). Su objetivo central fue organizar la prevención de las dificultades, para lo que adoptó tres tipos de medidas: las dirigidas a mejorar la información financiera, otras destinadas a crear un sistema de alerta interno en la empresa y aquellas dirigidas a instituir un acuerdo entre las partes involucradas.

El ámbito de aplicación subjetivo que se estableció fue limitado para empresas que adopten formas jurídicas societarias mercantiles y personas jurídicas de derecho privado con una actividad económica que trascienda socialmente por sus dimensiones.

El eje de la prevención, fue y sigue siendo la información contable, pretendiendo de ella traslucir la situación económica de la empresa y con ello detectar en forma temprana los eventuales deterioros, y con ese fin se incrementaron los documentos contables obligatorios

y se establecieron para determinados supuestos, exigencias de documentos complementarios. Se amplió también más allá del ámbito societario, la gama de sujetos que debían dar información, y en cuanto a los sujetos receptores de la información, además de los accionistas, el Comité de Vigilancia, a los trabajadores a través de sus representantes (Comité de Empresa).

Al “commissaire aux comptes” (tradicional órgano de fiscalización y revisión contable y financiera del derecho francés), además de encomendársele el control de las cuentas (regularidad, veracidad y claridad), se le asignó el control sobre la gestión de la empresa, ampliando de ese modo la función que históricamente tenían como instrumento al servicio de la información exclusivamente, los accionistas(54).

La ley de 1984 contempló tres institutos preventivos, que debían activarse según el grado de deterioro de la situación económica, condicionando la operatividad de cada instituto al funcionamiento del anterior. En primer término, “l`information prévisionnelle” (55), es la exigencia permanente de información a los sujetos obligados para la detección temprana de las dificultades. Luego, en segundo lugar “l`alerte”(56), para cuando ya existen dificultades detectadas por “l`information prévisionnelle”, y por último, el “règlement amiable”(57), por el cual se procura evitar el tratamiento concursal a la crisis económica, es el único de los tres institutos que reviste carácter reorganizativo, y funciona una vez fracasadas tanto “l`information prévisionnelle”, como “l`alerte”.

#### IV-a.2. La rectificación judicial

El 25 de Enero de 1985 se llevó a cabo la llamada “reforma Bandiner”, cuando se aprobaron las leyes 85-98 sobre “Reorganización y liquidación judicial” y la 85-99 de “Administradores judiciales, Mandatarios, Liquidadores y expertos en diagnóstico de empresas”. La “Redressement”, de fundamental trascendencia para el derecho falencial, derogó los dos procedimientos básicos vigentes de 1967, el anterior reglamento judicial y la liquidación de bienes.

Los textos de 1985 como los restantes de esa década, se complementaban y tenían una finalidad común: el salvataje de la empresa, el mantenimiento de la actividad y del empleo, y en último lugar el pago del pasivo(58), y en cuanto a las posibilidades de la empresa en crisis, también el sistema estableció un claro orden de prioridades descendente y excluyente, primero, la continuación de la empresa, después la cesión, y por último, la liquidación(59).

En forma innovadora superó el dualismo de los regímenes de concursos y quiebras, y en su lugar consagró la unicidad del procedimiento, donde el peticionante refiere y acredita el supuesto de apertura, pero no lo elige, como ocurre en los regímenes dualistas como el nuestro. El mayor aporte de esta ley es “el período de observación”, en el que se elaborará el balance económico y social y el plan de encauzamiento de la empresa.

La apertura del procedimiento(60) (a instancia del deudor, acreedor, del Procurador de la República o de oficio), requiere de la previa comprobación del estado de cesación de pagos o del fracaso del acuerdo amigable, y con ello se inicia la etapa de observación, con la designación por parte del Tribunal de Comercio de un juez comisario, de uno o más

administradores, encargados de vigilar, asistir al deudor, y elaborar el plan de saneamiento, y de un mandatario judicial encargado de representar a los acreedores(61).

En esta etapa obligatoria de observación, que da inicio al procedimiento, prosigue la actividad empresarial intentando elaborar un plan de saneamiento. Ese plan puede consistir en la continuación de la empresa por parte del mismo concursado o en la cesión de la empresa (o continuación de la actividad por un tercero), aunque estas dos soluciones pueden admitir formas simples o mixtas. El administrador elaborará un balance económico y social de la empresa donde se determinará el origen, importancia y naturaleza de las dificultades, como asimismo si la continuación es posible, formulará las propuestas que considere viables para la cancelación del pasivo, indicando las quitas y los plazos que a su juicio deberían soportar los acreedores, dándolas a conocer al representante de los acreedores, quien recabará la voluntad de éstos. El plan debe asegurar la continuación de la actividad, bien por parte del mismo sujeto concursado (continuación de la empresa), o por parte de un tercero que adquiera el fondo empresarial (cesión de empresa). Sin embargo, la etapa de observación de la empresa puede terminar o no con la aprobación del plan de saneamiento. Si el plan se aprueba con cualquiera de sus dos variantes, a la etapa de observación le seguirá la ejecución del plan, y en su defecto, a la etapa de observación le sigue la liquidación.

Los resultados de la aludida reforma no fueron satisfactorios para los franceses, especialmente para los acreedores financieros, quienes se quejaban de la duración del período de observación y de suspensión de las ejecuciones, cuyas sucesivas prórrogas posibilitaban la dispersión de los activos, y tanta fue la presión, que los bancos llegaron a condicionar el otorgamiento de nuevos créditos a la modificación de la ley(62), y ese entonces el marco de la reforma del año 1994, la ley 475 de “Prevención y tratamiento de las dificultades de las empresas”, que tuvo cuatro ejes esenciales: 1) el reforzamiento de los medios de prevención(63); 2) la simplificación y la racionalización del procedimiento(64), 3) el reforzamiento de los derechos de los acreedores(65), 4) la moralización de los planes de recuperación de la empresa(66).

Se ha criticado de la reforma de 1994 la ausencia de un proyecto político coherente en relación a las normas de la década del ochenta, las ambigüedades que generó en el ordenamiento donde siguió vigente el texto del art. 1º de la ley de 1985 que establecía como prioridades la salvaguarda de la empresa, el mantenimiento del empleo y el arreglo del pasivo, y su complejidad técnica y metodológica(67).

Tales modificaciones variaron las alternativas ante la crisis empresarial, que pasaron de ser “conservar o liquidar”, a “prevenir o liquidar”, ya que el mayor intento se destinó a privilegiar la prevención, y luego a distinguir muy bien entre el arreglo judicial que tiene a la continuación de la empresa viable y, a la liquidación judicial que asegura únicamente el pago de los acreedores. La doctrina francesa consideró satisfactorias las modificaciones a la ley de 1984, y condenó la reforma a la ley de 1985, sindicándola como concebida para satisfacer determinados intereses profesionales(68).

La sustitución del sistema de conservación y liquidación de 1985, mantuvo la unicidad del trámite y amplió los supuestos de apertura. Efectuada la presentación por el deudor o terceros legitimados, el Juez “puede” abrir el procedimiento (novedad de la reforma de 1994 ya que antes la apertura aparecía como una imposición), dando paso al “período de

observación”, con la designación del administrador al que lo pueden asistir uno o varios expertos; se suspenden las ejecuciones y el deudor sigue administrando con algunas restricciones. Este período es una fase preparatoria y conservativa, que posibilita la elaboración por parte del administrador del “balance económico y social” de la empresa para juzgar su chance de “reflotamiento” y por otra parte del “plan de reencauzamiento de la empresa”, donde se definen las modalidades de arreglo del pasivo y se determinan las perspectivas de resaneamiento.

Corresponde aclarar que el balance no es un simple análisis contable, sino que debe precisar el origen, importancia y la naturaleza de las dificultades de la empresa y brindar elementos de juicio sobre todos los aspectos de su marcha anterior, todo lo cual servirá para evaluar las posibilidades de recuperación. Sin perjuicio de ello el magistrado tiene poderes de investigación por los que puede comunicarse con organismos públicos y privados, organizaciones gremiales o de crédito, etc., a fin de obtener una exacta información, pudiendo incluso trasponer los límites del secreto bancario. Todo lo aprovecha el administrador para su balance, al que también pueden contribuir el deudor, los acreedores y terceros.

El proyecto de plan conforme se regula en la ley, debe contener: 1) aspectos financieros, ya que debe avocarse al modo de pago del pasivo, estableciendo plazos, quitas, ventas necesarias o las formas necesarias para mejorar el activo; 2) aspectos económicos, relacionado con los recursos financieros que fueren necesarios y que pudieren obtenerse, considerando las situaciones del mercado; 3) la dimensión social, referido al nivel y las perspectivas del empleo, textualmente establece que “cuando el proyecto prevea despidos por motivos económicos, se indicará las medidas ya tomadas y definirá las acciones a emprender en vista a facilitar la reclamación y la indemnización de los dependientes cuando el empleo esté amenazado”.

Luego de notificar al deudor del proyecto, y al resto de las partes, y después de oírlos el Tribunal se pronuncia sobre el informe del administrador, sancionando el plan, y resolverá en tal caso la continuación de la empresa, su cesión, total o parcial, o locará su administración total o parcialmente. En defecto de ello, rechazará el plan, pronunciando la liquidación.

#### IV-a.3. El proceso de reforma que culminó con la promulgación de La Ley 2005/846

Esta ley de 1994, dotada de un gran pragmatismo más que de la coherencia filosófica que caracterizó a las leyes del ochenta, tampoco logró mejorar la incapacidad revelada por los sistemas anteriores de organizar la rectificación de las empresas en dificultades, deviniendo la mayoría de éstas en liquidaciones(69). En especial, la experiencia siguió demostrando el carácter tardío de desencadenamiento del alerta, aunque cuando se aplicaron a tiempo, probaron también su eficacia, razón por la cual se siguieron evaluando algunos ajustes y mejoras del dispositivo jurídico, y la forma de generalizarlo y fomentarlo.

También se advirtió que la disparidad de medios con que cuentan los Tribunales influye en el compromiso y eficacia del sistema de alerta que estos deben activar, rescatándose en este aspecto la organización del Tribunal de Comercio de París, que desde 1996 estableció una estructura adecuada que le permitió explotar la información recogida por la Secretaría y convocar aproximadamente 4.500 jefes de empresa por año, obteniendo un número

elevado de procedimientos amistosos, mandatos ad-hoc, y conciliaciones alcanzadas. La función central cumplida por la Secretaría de los Tribunales de Comercio en la recolección de la información y con ello en las señales de alerta, permitió concluir que merecía un tratamiento sistemático de su función, y remuneración específica por esta tarea. También se advirtió que la mejor manera de desencadenar el alerta lo más atrás posible, sería responsabilizando a los protagonistas poseedores de la información.

Recogiendo buena parte de las observaciones que venían siendo señaladas desde distintos ámbitos, el pasado 10 de Marzo de 2005, la Asamblea Nacional adoptó el proyecto de protección de empresas, que significa una reforma general a todo el sistema de prevención y rectificación analizados, pasó a ser examinado por el Senado en junio de este mismo año, y finalmente fue aprobado por este organismo y luego promulgado como ley, el 26 de Julio de 2005 con el número 2005/846(70).

Esta nueva ley denominada “Loi de sauvergarde des entreprises”, establece una serie de modificaciones al libro VI del Código de Comercio que pretenden, según las expresiones contenidas en la exposición de motivos, adaptar el derecho de crisis empresaria a una economía distinta, no dirigida y sin intervencionismo estatal en la vida de las empresas, y corregir los defectos del anterior sistema donde los acreedores veían considerablemente disminuidos sus derechos en beneficio de la búsqueda a todo precio de salvar la mayor parte de las empresas en dificultades y por la insuficiente atención dada a los objetivos y desarrollo de la liquidación judicial.

La ley diversifica los medios por los que persigue su objetivo de salvar la empresa intentando a la vez, que tales soluciones no signifiquen un ataque excesivo a las otras empresas acreedoras. Uno de los medios que procura utilizar tiende a aprehender las dificultades desde el momento en que se vuelven previsibles, para ello se modificó el procedimiento de alerta permitiendo una acción más rápida, se incorporó la facultad del presidente del tribunal en dirigir una orden formal al dirigente de empresa que no depositó las cuentas anuales de la sociedad comercial para que lo hagan en un breve plazo, y se previeron disposiciones relativas a la publicidad del retraso en las deudas fiscales.

El nuevo proceso de “Conciliación”, busca alcanzar un arreglo entre deudor y acreedores que permita mantener la empresa, es de carácter contractual y confidencial, seduciendo a los acreedores con la imposibilidad de revisar los términos del acuerdo homologado si ulteriormente se abre un proceso de mejora o liquidación considerando que aquellos actos hayan sucedido en período sospechoso. La financiación de la empresa que negocia la conciliación, determina para el acreedor que aporta esos nuevos fondos una prioridad en el cobro. Producida la cesación de pagos sólo podrá el deudor activar este procedimiento dentro de los cuarenta y cinco días siguientes.

Se redefinió el Acuerdo Amigable con la creación del proceso de Salvaguarda, el cual persigue la eficacia por la anticipación, ampliando con tal fin las condiciones de apertura a las empresas en dificultades que no se encuentren en cesación de pagos de modo de permitir la reorganización de la empresa, la continuación de la actividad económica y el mantenimiento del empleo con la verificación del pasivo. Conjuntamente con el proceso de salvaguarda se incorpora el de la mejora, los cuales son los únicos procedimientos en los cuales el deudor puede proseguir él mismo con su actividad, aunque en el último, el de la

“Mejora Judicial”, el proceso puede estar orientado a hacia la preparación de un plan de cesión de la empresa.

Otra de las importantes modificaciones se refiere a la adaptación de los procedimientos colectivos para las personas físicas que ejercen una profesión liberal, quienes hasta ahora no podían beneficiarse de ningún procedimiento colectivo para el tratamiento de sus deudas profesionales. La reforma tiene en cuenta las especificidades e intereses en juego en el ejercicio de las profesiones, como el respeto al secreto profesional que su tratamiento requiere.

Se modificó también el régimen de responsabilidad de los dirigentes de empresa en consonancia con el sistema diversificado y alternativo de los procedimientos para el tratamiento de las dificultades, modificando las sanciones comerciales y profesionales, permitiendo adaptar las soluciones a cada situación de manera de facilitar la condena al dirigente de mala fe distinguiéndolo de aquel caracterizado por la mala suerte, o la torpeza.

Sirva la escueta referencia realizada para observar como el régimen francés una vez más, persiguiendo metas claras ha procurado mejorar sus institutos en un marco de profundo estudio y debate, cuyos aciertos o fracasos podrán ser advertidos con la puesta en práctica de esta recentísima reforma. Pero lo que sí resulta claro en un prematuro análisis, es que a diferencia de nuestros regímenes legales de 1972 y 1995 que proclamaron a viva voz la protección a la empresa entre otras metas, en el derecho francés los objetivos son claros y con prioridades marcadas, y la trascendencia y debida consonancia de los institutos jurídicos para lograrlos, sigue siendo un tema primordial que los obliga a innovar con nuevas soluciones coherentes con el sistema.

#### **IV.b. Visión económico-social de las características del derecho concursal actual y elección de nuestra senda [\[arriba\]](#)**

La elección del sistema concursal a adoptar, exige una última apreciación basada en la clasificación de los sistemas concursales actuales que propone el Dr. José Iglesias(71), según sus enfoques fueran judicialistas o contractualistas, la cual considera las herramientas que se emplean para tratar las crisis patrimoniales y los objetivos que guían su utilización. Este examen trasluce que el derecho comparado muestra dos modos diversos de concebir el régimen concursal: en uno el instrumento es el proceso judicial con los fines que la ley le atribuye, en el otro es el contrato, con los objetivos que las partes definen. En el primero el estado se hace cargo del conflicto, le da una trascendencia que se eleva por encima del interés de las partes, y opera en él con claros objetivos. En los segundos el Juez sólo administra ciertas y pocas reglas procesales.

Remarca Iglesias lo llamativo que resulta que sean los países ricos los que hayan impuesto el modelo contractualista a los países pobres a través de las exigencias de los organismos multilaterales de crédito, ya que sus regímenes son claramente judicialistas y las reformas que se proyectan, no planean apartarse de este sistema. Por ello, esta clasificación resalta la influencia de factores económicos y culturales en la conformación del derecho concursal actual, y resulta de gran importancia a la hora de encontrar respuesta a lo que nos ocurre,

tanto como captar si estamos o no en condiciones de superarlo en un proceso de reforma que sólo comprenda la ley de quiebras.

El enfoque predominantemente judicialista es el que mantienen los países más desarrollados, donde la jurisdicción es la herramienta fundamental para intentar la solución a los problemas de la insolvencia, y aún con las variantes impuestas por los distintos sistemas jurídicos, el Juez es quien dirige con todo vigor el proceso, ayudado por tratarse de países donde el Poder Judicial goza de una sólida imagen. Los rasgos comunes de estas tendencias son la centralidad de los regímenes de crisis en la legislación, el alto contenido del interés público, la numerosa cantidad de normas indisponibles y acusada intervención jurisdiccional(72).

El enfoque desregulado es una denominación que subraya una característica común a los ordenamientos de algunos países que no pertenecen al denominado primer mundo, que han sido elaborados siguiendo directivas de determinados trabajos, guías y documentos internacionales emanados de organismos multilaterales como el Fondo Monetario Internacional, el Banco Mundial, las Naciones Unidas o los bancos multilaterales regionales, referidos a los sistemas de insolvencia y sustentados en una supuesta necesidad de adecuar las legislaciones a las exigencias de un moderno y fluido sistema crediticio. En este ámbito se persigue como finalidad excluyente, la máxima economía de costos de transacción. Estos son los valores que expresan la Ley General del Sistema concursal del Perú vigente desde el año 2002, e inspiran la ley 550 de Colombia, la ley argentina, y otros proyectos de reforma que giran por América latina, como las últimas modificaciones realizadas en varios países de Oriente, como Corea, Tailandia, Indonesia y Malasia(73).

En las tendencias ideológicas que sustentan este enfoque, identificados con los postulados de la “economía de mercado”, el regulador social exclusivo y excluyente es el mercado y, por consecuencia, la categoría actuante en las relaciones entre oferentes y demandantes es la relación de intercambio, que asume la forma jurídica del contrato. En este marco el derecho sólo debe proveer de condiciones mínimas de funcionamiento del mercado y debe limitarse a eliminar o reducir los obstáculos que impiden alcanzar un resultado eficiente, por lo que en su rol y con mayor razón, la judicatura debe evitar interferir en los acuerdos alcanzados por las partes. Aplicada al derecho concursal esta concepción determina como corolario que la crisis patrimonial de los sujetos de derecho sea un fenómeno normal en su evolución económica, y el mecanismo por el cual el mercado excluye ineficaces y reasigna activos. Las normas que interpretan tal posición son propias del derecho privado, donde la solución primordial es el contrato y la intervención estatal debe ser acotada y predecible. El criterio de actuación es el de eficiencia, y la solución de la crisis pasa por asegurar la mayor satisfacción de los acreedores, quienes tienen un rol amplio y prioritario en un proceso que aplica todos esos principios.

Ahora bien, como la aplicación de tales postulados presuponen la existencia de condiciones de las que carecemos: mercados sin fallas, o con mecanismos que las corrijan y restauren la regular competencia, información simétrica, moralidad, y un sistema jurídico predecible que sancione de modo eficiente al trasgresor de las reglas, sin las cuales el mecanismo se reduce a una ficción, pueden encontrarse allí las razones del fracaso de este modelo impuesto en nuestro país en el año 1995.

Entonces, el corolario del análisis reseñado surge claro para nosotros: nuestro enrolamiento en la legislación concursal contractualista no posee justificación, no sólo porque las características de nuestra economía y realidad social impiden que las virtudes de un sistema librado a la autonomía de la voluntad afloren, sino además, porque aquella visión, por poner su énfasis en el libre juego del mercado y la reducción del costo de la intervención estatal en los conflictos, desatiende que en la protección del crédito, la condena al deudor de mala fe, y la tutela a la empresa útil, el interés excede el de las partes, y el fortalecimiento de la función del Estado se justifica.

Si una futura reforma en el ámbito concursal pretende contribuir con el establecimiento de un país más justo, que no claudique en la elección de las bases necesarias para su crecimiento, debe hacerlo observando los ámbitos de la legislación que estimulen la inversión no especulativa, sino productiva, sabiendo que si bien los inversores no adoptan sus decisiones por las características de las leyes de quiebra(74), lo cierto es que la mayor o menor eficiencia de los mecanismos de crisis de un país sí influyen en el incremento de la tasa de interés y en la exigencia de segundas fuentes de cancelación u otras alternativas de aseguramiento del cumplimiento. La elección del rumbo en una reforma debiera entonces tamizar las presiones que en estos casos se ejercen fundamentalmente desde los organismos multilaterales de crédito(75), tanto como la ya conocida tentación folclórica a responder a necesidades coyunturales o intereses sectoriales.

Abandonaremos por ahora el para qué, para abordar el cómo del armado de una propuesta regulatoria que brinde una solución adecuada a los problemas descriptos.

## **V. Diagramación de un nuevo tratamiento jurídico-judicial al concursamiento de acreedores. Su ensayo [\[arriba\]](#)**

### **V.1. Faz Regulatoria: la reforma normativa [\[arriba\]](#)**

Al delinear la filosofía de una eventual reforma abogamos por un sistema que tenga por meta la defensa del crédito con un postulado diáfano(76): “la satisfacción de los acreedores y luego la recuperación de la empresa en la medida de su viabilidad, y del beneficio de aquellos”, acompañado ello con un esquema extrajudicial previo, de prevención de las crisis, todo en un marco legal sancionatorio que permita por vía de la ejemplariedad restablecer la ética en las transacciones.

Ubicar la prevención en nuestro esquema institucional en el que la justicia está claramente separada de la administración, no admite transpolar sin más el régimen de prevención francés, bastando observar para desalentar esa idea, la diferente confección con predominante corte administrativo que posee un Tribunal de Comercio en Francia, en relación a las características de nuestros organismos judiciales(77). De allí que deba ser la administración la encargada de controlar la aparición de las primeras dificultades y activar mecanismos que eviten el deterioro de la actividad, para lo cual deberá implementarse un sistema de alarmas insertas en la documentación contable de la empresa, y una serie de informes especialmente confeccionados para advertir las señales de deterioro.

Cabe anotar que si bien tanto el “rapport Sudreau”, de 1975, como el “rapport Chévrier” de 1976, se preocuparon por enunciar razones para que todo el tratamiento de la crisis esté bajo la órbita judicial, lo cierto es que las razones que allí se esgrimieron fueron la garantía para los justiciables, y el temor ante la intervención pública, lo cual atendiendo las razones que justifican el actual proceso de reforma en Francia, permite concluir que la actuación de la justicia en la etapa de prevención, por sí, no es una salvaguardia ni mucho menos, de los defectos que el sistema contiene.

La función de “La Prevención” se atribuye entonces en la reforma propuesta, principalmente, a la Inspección General de Justicia (IGJ) o los organismos que desempeñen roles análogos en el resto del país, considerando que se trata de una dependencia dotada de personal especializado, que, readecuada, se encontraría en condiciones de ampliar su espectro de control -ordinariamente desarrolla tareas vinculadas o similares(78)-, lo que permitiría concentrar y optimizar recursos y resultados(79).

En este nuevo rol propuesto para la IGJ debería examinar distintos tipos de informes especialmente confeccionados para posibilitar la aparición de luces de alerta, con la mayor anticipación posible a la crisis. Ello exige capacitación y conciencia de los beneficios de tal sistema, con más un régimen coercitivo -multas y traslados de responsabilidades- para el caso de brindar los entes -sus representantes- información defectuosa que disimule la crisis. Otros mecanismos de prevención pudieran imponer a quienes tuvieran la primera noticia de la crisis, la obligación de comunicarla; tal el caso de los organismos recaudadores y de seguridad social, quienes debieran comunicar a la IGJ todo retraso de pago que exceda un tiempo determinado. Sólo si las alertas fracasan, y no puede la empresa revertir un proceso de deterioro económico que la ha llevado al agravamiento, se iniciaría la etapa judicial con nuevos legitimados para instar el trámite (o ampliación del ámbito subjetivo, como lo califica Pajardi), donde la situación real de la empresa, será apreciada por un juez de fuertes prerrogativas y consiente de la trascendencia de su misión, que respaldado por un equipo técnico, podrá ordenar el concursamiento o la liquidación (unidad de trámite).

Esta etapa judicial del concurso(80), devendrá entonces cuando la prevención hubiera fracasado, o directamente cuando el grado de deterioro avistase la insolvencia o estuviese ya presente.

Los presupuestos objetivos serán ampliados y especificados a supuestos de insolvencia, amenaza de insolvencia y sobreendeudamiento(81), como así también se preverán nuevos legitimados para la promoción con el acreedor, y el órgano de prevención.

Pautas sugeridas para una mejor tramitación: El trámite debiera seguir la tendencia moderna, que sugiere un único procedimiento con diferentes alternativas, en el que primará su carácter ágil y flexible. Con las denuncias de los presupuestos objetivos de apertura del trámite concursal, el Juez oíría al deudor y resolvería la apertura -o no- del Concurso. Con la apertura, se iniciará una fase común que podrá desembocar en otra posterior, de convenio o de liquidación. En la fase común, el Juez nombrará a un Síndico con fines investigativos de la realidad de la empresa, que también podrá ser designado administrador provisional del patrimonio; entre otras funciones relativas a la conservación y administración, tal funcionario debiera verificar si los costos del procedimiento serán cubiertos con el activo patrimonial, erigiéndose en auxiliar del Juez para examinar la concurrencia de los presupuestos del procedimiento y las posibilidades de viabilidad

económica que presente la empresa. El Juez podrá ordenar las medidas cautelares que fueran necesarias para evitar daños.

Al cabo de un tiempo determinado (un mes o más según las dimensiones de la empresa, su activo y pasivo), el Síndico informará al Juez sobre la situación económica y financiera del deudor, el informe del síndico que elaborará durante ese lapso, donde detallará la situación económica del deudor y sus causas, si puede mantenerse en todo o en parte la empresa, que posibilidades existen para un plan de insolvencia y cuales serían en todos los casos los efectos para los acreedores. De ese dictamen podrá opinar el gabinete técnico del Juzgado, resolviendo finalmente el Juez acerca de cual de las instancias del procedimiento se abre, si la del convenio o la liquidación, atendiendo al efecto el interés de los acreedores y las posibilidades ciertas de reflotamiento.

Si el Juez optara por el convenio, podrá nombrar un administrador, pudiendo recaer la designación en el mismo Síndico que actuó desde el inicio, persona física experta en las temáticas en juego, y especialmente en administración de empresas. La masa tendrá un representante, el representante de los acreedores, quien será el encargado de efectuar las comunicaciones, recibir las solicitudes de verificación, y colaborará incluso en las tareas de investigación para que el Administrador pueda expedirse sobre la procedencia de aquella de acuerdo a la documentación y asientos que surjan de los registros del deudor, sobre lo cual, se expedirá el Juez. En el caso de las acreencias laborales que no surgieran de los registros del deudor, deberán comprobar su acreencia ante el Juez laboral correspondiente.

Si el Juez hubiere decidido la etapa del convenio, comisionará al administrador para la elaboración de un plan de salvataje(82), y en su defecto, la liquidación del patrimonio, se iniciará en forma inmediata. Por último, a pedido de parte o de oficio, el juez dispondrá la liquidación inmediata sin el necesario paso por el período antes descrito, si de la presentación efectuada por el deudor surge el supuesto de insolvencia irremediable, o dicho estado fuera comprobado con la intervención del cuerpo de auxiliares técnicos del juzgado. En este caso el Síndico se designará al sólo fin de la liquidación, que deberá ser rápida y flexible, y también además de los supuestos de liquidaciones directas, podrá devenir por la ausencia o rechazo de la homologación del plan, o por su incumplimiento.

Actuará el Síndico como auxiliar del juez en la determinación del activo y del pasivo, y de la liquidación se encargará el representante de los acreedores, quien propondrá y llevará a cabo una rápida enajenación de bienes persiguiendo la más óptima satisfacción de aquellos(83).

En una instancia intermedia, en la pre-insolvencia, subsistirán con nuevas características, los acuerdos preventivos concursales(84).

Pautas sugeridas para su alumbramiento: Las hasta aquí descritas son sólo las líneas generales de un procedimiento más bien destinado al concursamiento de empresas de mediano volumen, aunque existirán sobre la base de la unidad de trámite, distintas y flexibles posibilidades procedimentales. Ello procurará responder a los variados actores y características de la vida comercial y económica, ámbito a donde aparece con más nitidez la necesaria distinción, entre el sujeto individual y la empresa como así también la importancia del patrimonio concursado.

De esta forma, un paquete de leyes económicas procuraría tutelar en sana convivencia, los propósitos aparentemente incompatibles de mantener empresas sanas, con el interés de los acreedores, permitiendo que la trascendencia que tiene la empresa para el Estado se exprese activando mecanismo preventivos. El derecho de crisis empresaria propuesto, es el que surge como síntesis del repaso realizado en los apartados precedentes, y si bien la legislación debe hacer énfasis en los problemas que se advierten en la primer fase (cuando buscará prevenir y evitar el deterioro de la empresas), el equilibrio que debe lograrse es el de evitar que los esfuerzos se malgasten en el mantenimiento de estructuras obsoletas en desmedro de los acreedores, de allí que determinada la insolvencia, la conservación de la empresa debe justificarse estrictamente por la viabilidad económica y el beneficio que obtendrán de ello los acreedores, como destinatarios de la segunda fase, ya judicial de la crisis.

Las soluciones esbozadas también llevan consigo una invitación a afrontar no sólo una nueva concepción del derecho de crisis, sino además a imprimir al cambio una nota de pragmatismo que se traduzca en eficacia. Sirva de modelo para ello, el ejemplo de cómo desde el proceso civil moderno se han podido brindar nuevas soluciones luego de poner al hombre como centro y destino de un proceso mejor, punto desde el cual se viene predicando la tolerancia, la conciliación de tesis antagónicas, el abandono de empresas utópicas y su recambio por emprendimientos más modestos pero más asequibles, con una profunda desconfianza en el ejercicio desmesurado de la racionalidad(85).

Conforme al espíritu que se le pretende imprimir, el nuevo régimen debería contener reiteradas expresiones de la nueva ética que viene renovando el contenido de la realidad social, precisando los medios y hasta que medida, el hombre debe demostrar una nueva actitud frente a los problemas facilitando su elevación moral(86). Estos valores renovados deben insertarse tanto en aspectos procesales como sustanciales de la regulación. De allí que resulte aconsejable, entre otras medidas, la incorporación de los nuevos medios de notificación, la simplificación y concentración del trámite, con una expresa intención de la erradicación del derroche del tiempo, brindando para ello mayores atribuciones al juez.

Partiendo de la regla que distingue “l`homme de l`entreprise”, disociando las consecuencias patrimoniales de la cesación de pagos, de las penalidades que puedan merecer los dirigentes culpables, el régimen sancionatorio debe ser fortalecido. En este sentido deben ampliarse y mejorarse los supuestos de extensión del procedimiento concursal, estableciendo la posibilidad automática de extensión de la obligación a la persona física cuando las deudas de la persona moral no puedan ser soportadas con su activo (solidaridad en todo o en parte), incorporar un nuevo régimen de calificación de conductas que determine supuestos y régimen de inhabilitaciones y de responsabilidad patrimonial para los dirigentes de mala fe, un fuerte sistema de multas e infracciones, y precisas consecuencias penales a la manera del derecho francés, cuya aplicación en forma ágil, logre un claro efecto ejemplarizador.

Una de las mayores exigencias para el funcionamiento del sistema, será lograr la profesionalización de los órganos del concurso a cuyo efecto se propicia la creación de carreras técnicas y de posgrado acordes, conforme a la tendencia más extendida. Contamos con precisos ejemplos en Francia, en Alemania en la “Insolvency Practitioners” (parte XIII), donde los órganos están sujetos a un riguroso régimen de calificación(87) y recientemente en México(88). La cuestión remunerativa de los Síndicos merece también un análisis que permita corregir problemas actuales que ponen en jaque la moral e independencia de

aquellos. Quizás el camino esté en tratarlos como funcionarios y los remunerarlos como tales, lo cual lleva a otra sugerencia que es la incorporación de un nuevo funcionario representante sí de los acreedores, que podrá ser de lista o escogido por los propios acreedores (la situación de quienes deberían afrontar su remuneración variaría según el trámite), y que vendría a terminar con las contradicciones que ha debido afrontar el Síndico en la compleja función que tradicionalmente le ha asignado la ley argentina.

Finalmente, tal como lo aconsejan los autores del Proyecto la Reforma del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires de 1998, resulta decisivo establecer un lapso de tiempo previo a la vigencia (de uno a dos años), para la capacitación y divulgación del nuevo sistema, programar una puesta en marcha en etapas, y establecer un monitoreo constante sobre la implementación, que permita imprimir las modificaciones que la buena marcha exija. La creación de un equipo de expertos con competencia en todo el país, sería una forma eficiente de asegurar los resultados buscados.

## **V.2. Faz Estructural: Juzgados Concursales** [\[arriba\]](#)

La adecuada implementación de una determinada reforma jurídica requiere de condiciones intrínsecas y extrínsecas al sistema normativo. Dentro de éstas últimas, se encuentran las estructuras judiciales las que deben estar conformadas y capacitadas en consonancia con el derecho que se pretende hacer regir. La creación de juzgados concursales responde a la necesidad de una justicia con mayor grado de preparación, y con un conocimiento más profundo no sólo del derecho especial, sino de elementos no jurídicos vinculados a la contabilidad, economía, administración de empresas, a la repercusión de las decisiones judiciales en la libre competencia o en el mercado laboral. Y es preciso con ello destacar que la especialización, no debe ser un fin en sí misma, sino que debe estar destinada a la realización de una justicia más eficaz, con un conocimiento más profundo de las normas que deben aplicarse a los distintos ámbitos del derecho teniendo en cuenta no sólo los factores jurídicos del conflicto sino sus componentes sociales y económicos. La especialización no puede concebirse como la creación de castas dentro del Poder Judicial, sino como un instrumento más para la modernización de la Administración de Justicia(89).

Se ha advertido también, que el problema de la magistratura económica excede la perspectiva limitada de una jurisdicción a crear o a transformar, y que en el marco de los conflictos que se multiplican dentro de la organización cada vez más compleja de la vida económica, existe la necesidad de promover también diversos tipos de instituciones que el derecho habilita, por su competencia y su independencia, a intervenir a título preparatorio, consultivo o decisivo, para formular una apreciación sobre una situación económica determinada(90). Ello requiere del examen de las diferentes fases de composición que convergen en fórmulas alternativas de organización, para así evaluar el contenido que se puede dar, a estos trazos estructurales y a las principales combinaciones posibles, que estén mejor adaptadas a las necesidades existentes, donde se pueda combinar con una intensidad variable, los tipos de colaboración existentes, de expertos, administrativos, en mediación, etc.

Sólo algunas provincias han avanzado en la creación de juzgados especiales concursales atendiendo a esa función específica, tales como los Juzgados de Concursos que funcionan en Mendoza, Corrientes y Córdoba. Pero no obstante lo auspicioso de la iniciativa, al momento

de ponerla en práctica, no se ha pensado en rever la conformación interna de los juzgados los que presentan idéntica conformación que las estructuras tradicionales, con la salvedad de que en Mendoza se dotó a la justicia de concursos, de un cuerpo de cuatro contadores (uno por juzgado), y un contador auxiliar, que se desempeñan en el mismo edificio.

La transformación debería comprender la estructura del juzgado en función del procedimiento específico y la complejidad de los temas, e incluso con la posibilidad de fijar la actuación de los auxiliares técnicos en el marco del proceso o previo al mismo en tareas de prevención y mediación, a diferencia de lo que ocurre hoy, donde solo actúan como consultores o colaboradores del juez(91). En general, para este tipo de juzgados en función del proceso que deben llevar adelante, se recomienda el modelo de oficina judicial reducido(92), acompañado por un equipo interdisciplinario de expertos, con roles definidos reglamentariamente.

En este sistema, acorde con el espíritu de la legislación que se postula, se impone realzar la función del juez(93), y redefinir la figura del secretario(94). La planta de un juzgado modelo que imaginamos hoy podría conformarse con un pasante (o meritorio), un escribiente, y dos empleados de mayor jerarquía (jefe de despacho para las provincias o prosecretario a nivel nacional, y un oficial principal). Tal como se vienen aconsejando desde distintos sectores, las funciones administrativas del juzgados deberían quedar fijadas en el ámbito de actuación de los empleados jerarquizados, ya sea lo que se refiere a libros, asientos, estadísticas, gastos, comunicaciones, etc.- Por otra parte debería dotarse a los integrantes de la oficina de legitimación para dar fe de sus actos, supliendo las funciones que hoy cumple el secretario de recepcionar escritos, firmar certificados, constancias, recibos, pases, reservar y certificar documentación. Corresponderá analizar y desarrollar un modelo de cadena de producción en atención al volumen y complejidad del trabajo, fijando la función de cada una de sus piezas en el marco de actividades administrativas o judiciales que se desplegarán.

La variante que se aplicaría para estos imaginados juzgados concursales, es la de la actuación conjunta de un equipo interdisciplinario con funciones propias en el marco de la oficina judicial, que dependan funcionalmente del juez, quien habrá de coordinarlos. Además de Contadores Públicos el gabinete podría contar con profesionales específicamente capacitados en auditoría, administración de empresas, en mercados, competencia, administración, finanzas, incluso a veces se torna necesario comprender los procesos de producción de las empresas en crisis, aunque la conformación podría variar según las características socio-económicas del lugar geográfico de cada juzgado y los datos estadísticos.

En este aspecto, el de la cantidad de trabajo efectivo que existirá en cada unidad, debe destacarse que hasta hoy no existe un relevamiento de datos profundo que permita colegir el verdadero volumen de cada trámite -que sólo se lo computa por unidad de juicio ingresado(95)-, a excepción de la provincia de Córdoba, donde se releva una mayor cantidad de indicadores que facilitan la aproximación a la realidad que pretenden reflejar las estadísticas(96). Este no es un tema menor, ya que la mejora estadística y su uso en el proceso de reforma, será una de las formas más trascendentes de evitar la simplificación de una realidad polifacética.

La implementación de un amplio sistema de controles y recaudos de transparencia, evitarán que la concentración del poder económico en unas pocas unidades, genere factores de sospecha en desmedro de la credibilidad de los jueces que las dirijan. Para eso ayudará sin dudas la progresiva inserción de los juzgados en el sistema de consultas por internet, y la instauración de un sitio especial de internet de alcance nacional, donde se vuelque toda la información de los trámites concursales, y donde el estado de los mismos se extraiga en forma periódica. Ello generaría la única fuente nacional en la materia(97), donde además de otros aspectos que perfeccionen la transparencia del sistema, podrían volcarse las ventas proyectadas por licitación o subasta(98).

Por otra parte, resulta aconsejable comenzar con la implementación de estos fueros especiales mejorando los ya existentes en las provincias de Mendoza, Corrientes y Córdoba, e iniciándolos en las jurisdicciones que mayor actividad económica y volumen de este tipo de juicio poseen, entre otras: Capital Federal y Santa Fe, en especial Rosario.

Por último, merece analizarse para una segunda etapa de cambios, la posibilidad de crear tribunales de instancia única concursal, lo cual brindaría mayor celeridad al trámite, tratándose además de una fórmula probada y satisfactoria, en otras materias como los Tribunales del Trabajo y los de Familia de Provincia de Buenos Aires.

### **V.3. Faz Práctica: Parámetros de Eficacia [\[arriba\]](#)**

Tomar recaudos que eviten que buenas leyes y mejores juzgados no se reduzcan a meras conquistas formales, nos conduce al necesario manejo de determinadas herramientas, fundamentalmente proporcionadas por la ciencia de la administración y por la economía(99).

La eficiencia puede ser programada, si nos proponemos escalones intermedios para alcanzar los objetivos perseguidos, los que desde ya deben estar claramente determinados. La evolución del camino que se trace, debe admitir su medición a través de precisos indicadores de gestión, que permitan alcanzar los resultados esperados, dándole el tiempo necesario al sistema de resortes y cambios a realizar, para que los objetivos fundamentales sean “alcanzables”(100). La incorporación de pautas de eficacia al trabajo judicial requiere desglosar el estudio de los objetivos del rendimiento pretendidos, en tres ítems: 1) inmediatez-celeridad; 2) eficiencia; 3) calidad.

Los conceptos y la utilidad de la inmediatez y la celeridad deber ser revisados y aplicados a la materia derecho concursal. En términos generales, el incremento de trabajo de los juzgados ha producido un necesario alejamiento entre el juez y los justiciables que debe revertirse en pos de lograr un servicio más efectivo. La Corte Suprema de Justicia ha señalado que la inmediatez es un destacado principio procesal, y que es una relación personal e intransferible de cada uno de los jueces con la controversia (fallos: 312:1516), resultando una lección brindada por práctica y explicada por la lógica y la razón, que la ausencia de inmediatez, aumenta la posibilidad de error en los fallos judiciales, falla a la que no es ajeno un juez de un concurso.

Es que más allá de que en el proceso de quiebras tenga mayor preponderancia el rol del juez, solo el valor de la inmediatez asegurará que sus decisiones conlleven una verdadera

comprensión de los intereses en juego, y se ajusten al interés de los acreedores, a la realidad de la empresa y del mercado. Se replicará a tal afirmación que a mayor inmediatez, menor celeridad. No obstante, ello es solo una simplificación, como lo es pensar que la intermediación es la misma para todos los procesos, y para toda etapa del proceso. La cuestión es tener aquella como meta, y que el juez sepa graduarla según las circunstancias.

Valga de ejemplo señalar que a tenor del esquema de proceso concursal propuesto, la actuación e intermediación del juez será trascendente en la primer etapa del trámite, y adquirirá menos importancia en otras, que admitan la delegación de tareas como la tramitación de las ventas en las liquidaciones, donde sólo se requiere la actuación de personal capacitado con apoyo informático para alcanzar un buen resultado. En este tipo de actuaciones, para alcanzar resultados de eficacia, la intermediación debe ser atenuada a su mínima expresión. En general, los incidentes que conlleven procesos de conocimiento, demandarán intermediación, así como concentración. Todo ello habla de la necesidad de contemplar las modalidades de trabajo que demandará la puesta en marcha de los nuevos juzgados concursales, y estimar así, cuantos jueces son necesarios para la reforma, para cuyo cálculo resulta indispensable una adecuada información estadística que permita la gobernabilidad de los juzgados y la compatibilización según cada caso lo exija, de metas de intermediación y celeridad.

La lentitud es uno de los peores males de la justicia, y no es una característica del proceso actual y de los factores exógenos que lo condicionan, ya que en el año 1945 Couture, también criticaba la naturaleza lenta de la justicia insistiendo, con que “en el procedimiento, el tiempo es algo más que oro: es justicia”, y que un proceso que dura tanto tiempo constituye una tentación para el litigante malicioso “siendo notorio que se puede vencer por fatiga, cuando no se puede vencer en derecho ...El problema de la duración del proceso deriva, así, naturalmente, en el problema de la inmoralidad, de la falta de probidad y de lealtad en la lucha judicial”(101).

Los concursos y las quiebras no son ajenos a tal defecto. Son reiterados los ejemplos en nuestro país de quiebras que llevan años de tramitación, a costo del crédito, del dinero público, del deterioro o desaparición de los bienes de la masa y de la consabida licuación de pasivos, a lo que la lentitud en mayor medida ha contribuido. Se desatiende con ello que la oportunidad de la decisión judicial, es uno de los elementos primordiales para determinar el grado de eficiencia del servicio, y su ausencia puede tornar la sentencia en ilusoria, aún cuando en esencia fuera satisfactoria para los intereses de la parte.

Lamentablemente, y a pesar de semejante trascendencia, en casi ninguna de las jurisdicciones se ha avanzado en la medición de demoras, ni en el ámbito de las quiebras ni en otro en particular(102). En general, ninguno de los anuarios estadísticos recopilados hasta el momento, incluyen indicadores del tiempo de tramitación que llevan los expedientes, aunque la cuota de congestión y dilación puede verificarse en forma simple con la comprobación empírica observando las quejas de una mesa de entradas, o con el sólo dato de las fechas de vencimiento de los expedientes entrados a sentencia, cotejándolos con su fecha de inicio(103).

Este retraso en la tramitación de los expedientes, para el análisis económico y más específicamente para la economía judicial, importa técnicamente un costo, que puede

provocar además una mayor cantidad de errores en el fallo judicial, con su costo extra, produciendo un desfasaje en el rol distributivo de la justicia, pues el perjudicado será aquel que cuente con menos tiempo, es decir, generalmente el más necesitado(104), y en los concursos y las quiebras, el acreedor, quien debe estar a la espera de qué, cómo y cuando, se le pagará lo que se le debe, mientras él debe afrontar sus obligaciones, ya.

Debe evaluarse también, que en contrapunto, una baja en la dilación, puede aparejar un aumento de la demanda judicial, ya que la gente que hoy en algunos casos se ve disuadida por las demoras en los trámites, al advertir el buen funcionamiento de la justicia, podrá optar por acceder a tal vía. La eventualidad de esta situación debe contemplarse al momento de estructurar el nuevo Modelo, a fin de evitar que los aumentos de demanda judicial, provoquen una nueva congestión, y con ello el fracaso del sistema.

Entendido ese sistema como un conjunto de elementos en interacción dinámica organizados y orientados hacia el logro de uno o varios objetivos, la eficacia del mismo, debe abordarse en grados de funcionamiento del sistema, o de la capacidad de la organización para satisfacer sus requerimientos organizacionales, y en la medida que alcance o no los objetivos estratégicos fijados(105). Bajo tal lógica de la organización, habrá eficacia, cuando exista una capacidad de adaptación que permita alcanzar los objetivos organizacionales; y habrá eficiencia cuando a igualdad de objetivos y de adaptación, la resolución sea más económica y más rápida. En el ámbito judicial, esto se expresa en que por un lado las consecuencias de la interpretación y aplicación del derecho al caso sean justas, y desde el otro, en que la ciudadanía, con confianza en la Institución Poder Judicial, adhiera con su opinión favorable a lo que ésta hace y a lo que ese hacer brindó como una obra concluida, con alcances reputados favorables. Sin embargo, para la economía del derecho, las decisiones judiciales serán eficientes, cuando consigan un objetivo determinado al mínimo costo.

Sólo puede hablarse de una ley eficiente, si es respetada y cumple su objetivo, y es un condicionamiento fundamental para poder medir la eficiencia en relación al subsistema judicial. Nuestra ley concursal vigente no es eficiente, porque no es respetada, sus defectos facilitan el uso desviado o abusivo, sus institutos son impotentes para realizar los objetivos que confusamente proclama, porque en definitiva, como ya se dijo, ni satisface acreedores, ni salva empresas. Los lineamientos efectuados para la faz regulatoria de la reforma, han pretendidos revertir tales defectos.

Corresponde atender también que el sistema jurídico no comprende solamente al Poder Judicial(106), sino que existen otras condiciones y mecanismos que pueden solucionar conflictos, tales como mejores condiciones contractuales, un adecuado sistema de garantías, el mercado y los medios alternativos para la solución de disputas, y que si bien se trata de elementos que están fuera del aparato judicial, integran el sistema jurídico de un país y que van a ser el marco de referencia en el que va a actuar el aparato jurisdiccional. Es por ello que operar con pautas de eficiencia en una reforma del sistema judicial, requiere de un previo análisis del entorno o marco (conceptualizado aquí como sistema jurídico) y ver las modificaciones que deben efectuarse a ese nivel y recién después o al menos simultáneamente, pasar al sistema judicial propiamente dicho.

Y la eficiencia del sistema judicial concursal debe pasar por la satisfacción del programa establecido por el legislador para el tratamiento judicial de la empresa en crisis, utilizando

períodos razonables de tiempo donde se alcancen soluciones adecuadas, lo cual, se relaciona con el restante objetivo, el de la calidad de la justicia, ya que la eficacia se encuentra también relacionada con la excelencia de las sentencias por su nivel doctrinario, y lo que es más importante, por la claridad del mensaje ejemplarizador que contengan. Podemos afirmar que el concepto de eficiencia, incluye el de la calidad.

Por otra parte la mecanización de las respuestas sin una adecuada atención a las pretensiones de las partes por el tribunal, como la reiteración de errores, revocaciones, o ausencia de motivaciones válidas en la sentencia, aleja al servicio de su calificación como eficiente. La trascendencia de la misión judicial ante una empresa en crisis concursada o quebrada y los efectos que generan sus resultados en las condiciones de otorgamiento del crédito, en el mercado y en la sociedad, no admite contentarnos con alcanzar ciertos grados de eficiencia, porque las decisiones dictadas en este ámbito trascienden el ámbito de obligatoriedad para las partes, revistiendo también por su inclusión en la jurisprudencia, el carácter de normas generales(107).

Cabe aquí hablar también de la externalidad positiva que produce una sentencia o fallo sobre determinada cuestión, ya que al ser público el pronunciamiento, será receptado por la ciudadanía o por los profesionales, y marcará una norma, de mayor o menor jerarquía según sea el Tribunal que la dictó. Sirva de evidencia el efecto ejemplarizador que sentaron las doctrinas de los autos “Sasetru” y “Swift de la Plata”(108), o correctivo, como la jurisprudencia que descartó que la figura del APE homologable sea una alternativa permitida para la deudora persona física, carente de registración contable(109).

La evaluación de la calidad posee varias restricciones, pero puede en principio ser abordada desde dos aspectos: por un lado respecto del producto judicial, y por otro, del proceso. El producto judicial es todo lo producido por el sistema judicial (Poder Judicial) en su función específica -jurisdiccional- o bien por cada una de las unidades que lo componen, las cuales -debe considerarse- producen cosas diferentes, con complejidades diversas que exigen considerar diversas pautas de medición para evitar distorsiones e iniquidades a la hora de señalar que unidades son eficientes y cuales no.

Es por esta razón que los indicadores a utilizar deben atender las características del producto judicial, en especial debe conocerse los fines pretendidos por la legislación que se aplica, aunque puedan obtenerse algunos datos comunes que deban ser leídos en el contexto en el que se extraigan, como por ejemplo la tasa de revocabilidad o nulidad de las sentencias(110), o que merezcan de la agregación de otros indicadores para completar la información. Así, no puede ser medida de igual forma la actuación de un juez de un concurso preventivo de cincuenta acreedores, con otro de cinco mil.

La calidad del proceso también contempla la obtención de la satisfacción de los usuarios del sistema, aspecto en el que deben conjugarse técnicas de gestión y control, y la necesaria educación de los destinatarios del servicio que les permita demandar a tiempo, sabiendo que pueden obtener con su intervención, y cuales son los límites de la actuación judicial. Relacionado con ello, el Proyecto de Reforma del Ministerio de Justicia propone la implantación de un control de gestión casi permanente, en el marco de un proceso de informatización total, con mecanismos de seguimiento y evaluación idóneos y de una política de educación, capacitación y participación de los recursos humanos en el sistema que permitan brindar un servicio de calidad total, de modo de no trabajar sobre productos

defectuosos sino directamente sobre el sistema y sus cadenas de producción para obtener un desempeño óptimo.

#### **V.4. Faz Cultural: Educación, Cambio de Mentalidad** [\[arriba\]](#)

La operatividad de una reforma del alcance de la propuesta se involucra con la concepción misma del derecho de que se ocupa y con los hábitos de sus operadores, y procura imponer una renovación del planteo de las pautas morales que alumbran aquel. Debe ir, entonces, acompañada de técnicas que permitan educar y corregir los patrones de conducta vigentes. Tal cambio debe comprender la revalorización de la buena fe en los negocios y en el proceso, la condena a cualquier forma de abuso o fraude, nuevas nociones de eficiencia judicial, la prioridad en la capacitación, el redimensionamiento del derecho y la redefinición de un nuevo rol judicial, que destaque que la faz pública de los procesos es de interés común; pero, además, debe abarcar la real comprensión del rol que cada individuo cumple en la búsqueda de una sociedad justa.

De tal manera, la reforma tiene que ver con la cultura, con un conjunto de pautas impuestas o adoptadas como líneas directrices de conducta, con un modelo, un paradigma. Romper con los paradigmas existentes es modificar los filtros de percepción, el modo en que se observa el mundo. Afrontar el desafío de cambiarlos demandará el auxilio de otras disciplinas destinadas a la educación, a los comportamientos sociales y al individuo. La psicología, la psicología social, la sociología, las ciencias de la educación y la antropología tienen suficientes herramientas para brindar ayuda en eventuales reformas, de modo de lograr que los cambios sean aceptados y compartidos por usuarios y operadores del nuevo sistema.

Por otra parte, brindar información, orientación jurídica y remediar la ignorancia de la ley como fenómeno de la sub-cultura de nuestro tiempo, se erige -como señala Berizonce- en objetivo tan esencial como el acceso mismo a los tribunales(111). Semejante empresa se emplazará en un contexto social caracterizado por un débil compromiso con la ley: es allí donde la tarea educativa encontrará el mayor desafío(112). Contamos a nuestro favor que una de las propiedades esenciales de la cultura es que esta se transmite y se aprende: así, la transmisión y el aprendizaje deberán pasar por la educación cívica, por la universidad, por la socialización, la interacción, los cursos de capacitación para los operadores del sistema, la prédica de personalidades de autoridad con virtudes de liderazgo; se necesita un discurso diferenciado para los especialistas, y otro para el resto de los individuos, aquellos que indirectamente deben formar parte de la nueva cultura, para que el sistema funcione.

El papel del estado en esta intromisión en la cultura, es crucial. Como apuntaba Su Santidad Juan Pablo II, la nación existe por y para la cultura, y que es ella la gran educadora de los hombres para que puedan “ser más” en la comunidad(113). Un proceso de transformación puede ser generado si existe verdadero convencimiento desde el lugar organizacional donde se planifica el cambio, desde donde se debe fijar la finalidad que se persigue con el plan y su alcance. El progreso, como toda variación social, resulta del esfuerzo del grupo que la orienta(114). A su vez, el ambiente debe ser propicio para que el cambio opere en el orden social, y en su promoción, las razones que se argumenten deben ser lógicas, simplificando la información para que pueda asimilarse.

Ahora bien, el cambio, implica inevitablemente una incursión en lo desconocido: comprometerse con hechos futuros que no son previsibles, afrontando sus consecuencias. Inexorablemente esto provoca sentimientos de ansiedad y depresión, y la tendencia a aferrarse a lo conocido y familiar, y sucumbir a la compulsión repetitiva para evitar lo nuevo(115). Por ello hay que prever, que la concreción de la planificación que adoptemos puede ser obstaculizada por la llamada resistencia al cambio, para lo cual deberán reducirse las barreras de accesibilidad procurando la participación de los actores del sistema, involucrándolos en el análisis de donde y porqué se necesita el cambio, y además debe eliminarse el miedo a lo desconocido, que es el factor principal de resistencia. Este fenómeno de la resistencia a los cambios, ha sido denominado homeostasis, lo cual grafica que cuando más se presiona para lograr el cambio, más presiona el sistema en su resistencia. Sobre ello se ha explicado que los sistemas actúan como envueltos en una red elástica que los preserva de las grandes alteraciones. Si se toma un componente y se lo lleva a otra posición que presiona la red, tan pronto cesa la presión el mismo vuelve a su posición original. No son los individuos sino el propio sistema el que plantea las dificultades para aceptar los cambios. Esta estabilidad tiene de positivo la continuidad e identidad del sistema y de negativo: la resistencia al cambio.

La implementación debe contemplar como será el embate a esa resistencia, y diagramar la puesta en marcha de los cambios poniendo especial énfasis en los llamados “agentes de cambio”, quienes no sólo lo promoverán sino que además, lograrán que el cambio funcione. Lo que resiste a morir se opone a lo que necesita nacer, enseñó José Ingenieros, y precisó que en definitiva, el progreso, es un resultado de la lucha entre la variación y la herencia de hábitos sedimentados en la rutina. De allí que la desherencia sea indispensable en toda renovación, ya que “mientras la mentalidad social no se purgue de residuos ancestrales no pueden arraigar en ella las ideas nuevas que son su negación. Los ciclos de la historia son para los pueblos como los cambios de estación para los árboles; conviene podar ramas secas para que rompa la gemación con más pujanza”(116).

Por eso, normalmente se considera que el cambio requiere de tres pasos:  
Descongelamiento: que las viejas ideas y prácticas deben suprimirse para que las nuevas puedan aprenderse; Cambio: paso en el que se aprenden nuevas ideas y prácticas para que el empleado pueda pensar y desempeñarse de acuerdo a los nuevos conceptos;  
Recongelamiento: que lo aprendido se incorpora a la práctica cotidiana. La práctica exitosa es el fin último del paso del recongelamiento.

Un mayor apoyo al cambio se logra con la participación de la gente afectada en el intercambio de opiniones, cursos, la búsqueda del compromiso y no sólo la aceptación. Por otra parte un cambio eficiente, debe dirigirse al grupo, al igual que a los individuos, ya que el individuo en su comportamiento se aferra firmemente al grupo al que pertenece, de allí la dedicación y participación que merecen los Colegios Profesionales, en especial los Colegios de Abogados y las Asociaciones de Magistrados. Entre otras técnicas, es conocida aquella que indica que existen puntos de palanca para cambiar los sistemas, que se refiere a que actos pequeños pero ejerciendo presión en el punto preciso puede lograr cambios duraderos e importantes. Su logro requiere de la determinación de las conexiones apropiadas entre los componentes. Debe saberse donde ejercer la presión, y al encontrar las conexiones, no sólo se afectará una parte, sino todas(117).

En definitiva, la superación de límites culturales y el cambio de mentalidad necesario para que la reforma sea operativa, pueden ser diagramados con el auxilio de otras disciplinas con

las cuales lograr la aceptación, y el convencimiento de los agentes. Pero por sobre todas las cosas, el cambio exige educación, aquella educación que no sólo se refiere a conocimientos, sino también a valores, a aprender a pensar, y a ver las cosas de otra manera.

## VI. Conclusión [\[arriba\]](#)

Comentaba Couture que Ponócrates, el preceptor de Gargantúa, comenzaba la lección de cada día enseñando a su alumno la posición de los astros, y que ese no era un mal consejo para un jurista: procurar siempre una referencia entre la pequeña partícula de derecho que tiene entre manos, y la inmensidad del sistema jurídico del cual esa pequeña pieza forma parte(118). La evaluación de la reforma al régimen concursal y al sistema de justicia en general, también necesita de esa amplia perspectiva.

Para lograr resultados satisfactorios se requiere de una planificación que no sólo comprenda las estructuras del Poder Judicial, sino del derecho y hasta de la cultura. La estrategia de afrontar la reforma por área del derecho, revisando en forma integral todas las aristas y etapas que componen su trayectoria, desde su concepción hasta la aplicación a los casos concretos, permitirá desarrollarla con éxito, de modo que la calidad, la eficiencia, y la revalorización del Poder Judicial sean una consecuencia necesaria.

Preguntarnos sobre el para qué del derecho concursal, con el auxilio de otras disciplinas, permitirá el diseño de un sistema acorde con las metas que se tracen, que como he sostenido, deberían ser: la defensa del crédito, la condena al deudor de mala fe, la protección de a empresa útil, y la prevención de la crisis a través de resortes extrajudiciales. La claridad en los objetivos y la utilidad de los instrumentos a crearse, facilitarán el reposicionamiento de una justicia más capacitada y con estructuras especialmente diseñadas para los resultados pretendidos, a lo que deberá sumarse un marco de cultura acorde con el nuevo paradigma propuesto, y la re-educación sobre los patrones de conducta que tengan que ver con los defectos del sistema reformado.

Y en ello deberá contarse con que las cosas de la justicia, que no son sencillas como advierte Morello, requieren de un formidable y convergente movimiento de apoyo, que tiene que ver con cambios de mentalidad y el impulso del esfuerzo educativo, que con clarividencia y proyección supo imprimirle Sarmiento(119).

### **Notas:**

(1) Protección sí efectivamente incorporada entre los ordenamientos de los cuales somos históricamente tributarios, como la ley francesa del 13 de julio de 1967, sobre la cual dio pronta noticia entre nosotros Isaac Halperín.

(2) Por supuesto existen varias y calificadas excepciones.

(3) MORELLO, A.M.: “El tercero en el proceso ¿Es un supuesto excepcional y de interpretación estricta?”, en Rev.LL, Agosto 2005.

(4) VILLEY, M.: “Compendio de filosofía del derecho”, p.44. Ed.Univ.de Navarra S.A.

(5) Vale traer sobre el tema la crítica de Villey sobre la desvinculación de los juristas

franceses de la filosofía del derecho cuando señala la imposibilidad de éstos de resolver los problemas del derecho atendiendo la técnica que utilizan y la limitación de sus horizontes, concluyendo que difícilmente podrían resolver esos problemas (conf.: ob.cit. p.33).

(6) La filosofía del derecho de nuestro tiempo, se caracteriza por: la rehabilitación de la razón práctica, la disolución de los juridicimos, el acento aporético, la diversidad de fuentes, el abandono de los conceptos decimonónicos en materia de interpretación, el debilitamiento del normativismo, la superación del ontologismo verbal, el viraje del coactivismo al consenso, la proclamación de los derechos individuales, el auge del axiologismo jurídico y el surgimiento de la lógica deóntica, contemporánea de la nueva retórica (Perelman) y de la aporética (Viehweg) (conf.: VIGO, R.L.: “Nuevos vientos de la filosofía del derecho”, en Anuario de Filosofía Jurídica y Social N°13, Ed. Abeledo Perrot 1993, p.119).

(7) Fue el Prof. Ronald Dworkin discutiendo la teoría del derecho de Hart, a quien sucedió en su cátedra de la Universidad de Oxford, quien puso a los principios jurídicos en el centro de los temas de la ciencia del derecho de las últimas cuatro décadas del siglo XX. Primero en un artículo aparecido en el año 1967 y luego en su obra “Los derechos en serio”(1978) sostuvo que una carencia de la teoría de Hart, consistía en su incapacidad para dar cuenta de la presencia en el derecho de pautas distintas de las reglas, a saber los principios, lo cual también le impidió a aquél la posibilidad de comprender aspectos decisivos del razonamiento judicial en los llamados casos difíciles. Expuso entonces que existe una distinción lógica entre reglas y principios y que a tales conceptos debía sumarse el de directriz política, y así pretendió demostrar que el modelo positivista normativo es una visión unilateral del derecho. Para ello advirtió que el concepto de una norma puede identificarse mediante un “test de pedigree o de origen”, pero que los principios y las directrices deben ser identificados por su contenido y la fuerza persuasiva. Ello porque las directrices hacen referencia a objetivos sociales que se deben alcanzar y que se consideran socialmente beneficiosos y los principios hacen referencia a la justicia y a la equidad. Puntualizó el mencionado autor: “Llamo directrices políticas al tipo de estándar que propone un objetivo que ha de ser alcanzado; generalmente, una mejora en algún rasgo económico, político o social de la comunidad, ...llamo principio a un estándar que ha de ser observado, no porque favorezca o asegure una situación económica, política o social que se considere deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad”. Pero su propósito más relevante era la distinción entre norma y principio, la que definió como una distinción lógica. Ambos, dijo, apuntan a decisiones particulares referentes a la obligación jurídica en determinadas circunstancias, pero difieren en el carácter de la orientación que dan, las normas son aplicables a la manera de disyuntivas, y si los hechos que estipulan están dados y la norma es válida, debe ser aceptada, o no es válida, y nada aporta. Sin embargo los principios no establecen consecuencias jurídicas que se sigan automáticamente a determinadas condiciones previstas, sino que imponen criterios para inclinarse en uno u otro sentido. De tal modo, mientras las normas se aplican o no, los principios dan razones para decidir en un sentido determinado, incluso para desatender la literalidad de una norma cuando se viola un principio que en el caso se considere importante, ya que son los principios los que informan las normas. Por otra parte, Dworkin advirtió que a diferencia de las normas, los principios tienen una dimensión de peso o importancia, por la cual cuando interfieren entre sí, quien debe resolver el conflicto tiene que tener en cuenta el peso relativo de cada uno, aunque aclaró, que fijar cual de los principios tienen mayor importancia, será siempre motivo de controversia porque es parte de la esencia de los principios el que tenga ésta dimensión y el sentido de preguntarse que importancia o peso tienen (DWORKIN, R.: “Los Derechos en serio”, p.72, ed.Planeta-Agostini).

(8) En una obra publicada en el año 1979, Maffia advirtió aprovechando las enseñanzas de R. Dworkin, que el legislador de la ley 19.551 mencionó en la Exposición de Motivos como principio, al de la conservación de la empresa, pero confundiendo ese ideal con el episodio intrascendente de la continuación del giro tras pronunciarse la quiebra, obviando además que estaba frente a una directriz política que debía inspirar el articulado normativo, y que en tal caso, la reglamentación debía ser acorde al fin pretendido, sin sumar, como se hizo, otros objetivos sin una reglamentación minuciosa, ni precisión en los supuestos de opción para el juez, porque degeneraría, como en definitiva ocurrió, en la utilización del sistema en desmedro del fin inspirador de la ley (conf.: MAFFIA y MAFFIA, “Legislación concursal, Introducción histórico-crítica”, p.168). Por su parte la ley de 1995, según su mensaje de elevación, entre otros bienes, procuraba “tutelar la empresa y sus acreedores, permitiendo la reconversión, reestructuración, o salvataje del negocio”. Más recientemente Vítolo, confesó: “a través de las normas de la ley 24.522 se había intentado lograr un mayor equilibrio en las relaciones entre deudor y sus acreedores, sustituyendo el principio favor debitoris por soluciones razonables para ambas partes (deudor y acreedores), pero que el fin perseguido no era conservar cualquier empresa, y a cualquier costo -costo que por otra parte soportarán los acreedores y la sociedad en general-“ (VITOLO, D.R.: “¿Quién le teme a la quiebra?, LL, 2003-3,1130). Sin embargo aquel ambicioso propósito de protección o salvataje de empresas, otra vez no fue dotado de instrumentos legales y técnicos que permitieran la conversión buscada, ausencia que en los hechos determinó una mutación jurídica: el propósito de proteger la empresa, terminó por referirse en los hechos al deudor, que culminó por ser el salvado y no ya bajo el ropaje del “favor debitoris”, sino de “la solución concursal” y la protección de la empresa, incluso bajo la excusa de la conservación de las fuentes de trabajo. Una vez más, hecha la ley, hecha la trampa, y sin propósitos explícitos, aún antes de las últimas leyes de emergencia, se originó, tal como lo observó Dasso, un evidente grado de avance a la protección del deudor, comenzando con colocarlo en el nivel menos exigente de acceso al concurso (y a sus efectos claves: suspensión de ejecuciones e intereses), en relación a todos los ejemplos del derecho comparado. Los desaciertos normativos también se aprecian al repasar la doctrina de los tiempos de la sanción, cuando se coincidía mayoritariamente en que el valor fundamental de la ley de 1995 era la protección del crédito, lo que condecía con su cariz privatista. Sin embargo, la práctica de la ley demostró que si la intención fue esa, el resultado fue inverso, y el tiro salió de culata matando al acreedor. Ello se explica por las omisiones normativas, cuando no se alentó la presentación tempestiva, ni se establecieron condiciones para la concursabilidad, pretendiendo salvar empresas muertas, a la vez que se anunciaba el propósito de la conservación. En cuanto a las leyes N° 25.563 y N° 25.589, más allá del carácter emergencial y transitorio de las mismas, ambas dejaron en claro cuales eran sus directrices y principios, más aún que cualquiera de sus antecedentes, aunque lo fuera a contramano de la Constitución: la protección de deudor, en especial la primera, con marcado y desatinado énfasis.

(9) VIGO, R.: “Los principios generales del derecho”, JA, 1986-III, pág.860/867.

(10) El pensamiento generalizado de que las verdaderas normas son las reglas, mientras que los principios son un plus, algo que, como dice ZAGREBELSKY, G. -“El derecho dúctil”, p.109-, sólo es necesario como válvula de seguridad del ordenamiento, ha impedido el avance del derecho concursal en el plano de la justicia, lo ha hecho quedarse en el tiempo; ello cuando en la medida que los principios imponen una toma de posición conforme a su ethos, en apoyo a las reglas jurídicas, el derecho concursal hubiera podido ser superador de las normas. *ibid*,, p.93/141. Después de todo, como dice el mencionado constitucionalista y filósofo italiano, los principios objetivos de justicia sirven para hacer frente a los aspectos más agresivos de los derechos, “obligan a la voluntad deseosa de actuar, sea individual o

colectiva, a confrontarse, moderarse e incluso plegarse; en todo caso a aceptar que no es la única fuerza constitutiva del derecho y a convertirse ella misma en objeto de un posible juicio de validez”.

(11) RICHARD, E.H.: “Ensayo en torno a Buena fe e Insolvencia Societaria”, en “Tratado de la Buena Fe en el Derecho”, T.1, p. 790.

(12) En este como en otros aspectos debe mirarse la evolución del derecho procesal civil. En referencia al principio de buena fe procesal, el Dr. Joan Picó i Junoy, joven catedrático español, explicó con brillantez en las últimas Jornadas Iberoamericanas de derecho procesal, que los códigos procesales decimonónicos no recogían el principio de buena fe o probidad procesal, muy probablemente porque partían de un concepto del proceso civil totalmente privado como negocio particular dirigido sólo a la defensa de los intereses personales, el cual se encuentra totalmente superado en la actualidad, donde “el proceso se configura como el instrumento necesario para el ejercicio de la función jurisdiccional del Estado, en el que no pueden legitimarse actuaciones maliciosas de las partes tendentes a frustrar un correcto fin” (PICO I JUNOY, Joan, “El Debido Proceso Leal, Reflexiones en torno al Principio de la buena fe procesal”. Libro de ponencias XIX Jornadas Iberoamericanas, V Congreso Venezolano de Derecho Procesal, Octubre 2004, Venezuela, p.341).

(13) MAFFIA, O.J.: “Proceso falencial y pluralidad de acreedores”, en ERREPAR, DSE-Nº175, junio/02-T.XIV, p.225.

(14) MAFFIA y MAFFIA, “Legislación concursal, Introducción histórico-crítica”, p.168.

(15) Esta concepción es consecuencia de la tesis de Bermejo Gutiérrez, que se centra en que el concurso ya no puede fundarse en apriorismos tales como la comunidad de pérdidas y el tratamiento paritario de acreedores, ya que tales soluciones tienen como presupuesto que el riesgo de la insolvencia no puede anticiparse, cuando los acreedores no sólo pueden hacer eso, sino que además pueden realizar un cálculo que maximice sus expectativas de satisfacción y plasmarlo en el contrato, lo que determinaría el valor real del crédito y con ello alejaría al concurso del patrón redistributivo tradicional, destinándolo a tareas más provechosas como la maximización del valor del patrimonio concursal y con ello al de los créditos, integrándolo a la lógica de la eficiencia. (conf.: BERMEJO GUTIERREZ, N.: “Créditos y Quiebras”, p.30, 495 y sgtes.).

(16) BERMEJO GUTIERREZ, N.: ob.cit., p.514.

(17) En este como en otros aspectos deben servir los avances del proceso civil moderno. Ya en el año 1949, en un cursillo dictado en la facultad de Derecho de París, Eduardo Couture, enseñó que el proceso tiene un fin público y privado a la vez. Es privado, en cuanto interesa a las propias partes hacer cesar su conflicto, pero además el proceso tiene una finalidad que interesa a la comunidad: “Esa finalidad de carácter público consiste en asegurar la efectividad del derecho en su integridad. El proceso es un instrumento de producción jurídica y una incesante forma de realización del derecho. Este se realiza positivamente en las sentencias judiciales; y a éstas sólo se llega mediante el proceso. Este, se ha dicho, asegura la “lex continuitatis” del derecho” (conf.: COUTURE, E.J.: “Introducción al Estudio del proceso civil”, p.56, ed.Depalma, 1988). El punto en el tema concursal no es la cuestión de la “preponderancia”, como diría Pajardi, quien habla de una “quid compositum” en la quiebra indicando la existencia de una base privada con superestructuras e incidencias públicas, sino comprender la finalidad pública y la trascendencia de sus resultados. (conf.: PAJARDI, P., traducción y actualización coordinada por Kleidermacher: “Derecho Concursal” T.1, p.179). Por otra parte la adopción de un régimen contractualista, significa atribuir la resolución de la crisis exclusivamente a los acreedores y al deudor, excluyendo toda otra interferencia, lo cual supone condiciones de las que carecemos: la existencia de mercados sin fallas o con mecanismos que las corrijan; información lo más simétrica posible; un limitado o inexistente riesgo moral y un sistema jurídico predecible, eficiente y sancionador

de los sujetos que incumplan las reglas. “Sin estos presupuestos, el mecanismo es un artificio o una ficción” (conf.: IGLESIAS, J.: “Las Tendencias del Derecho Concursal Comparado y las Reformas a nuestra Legislación”, ED, 13, 14 y 17 de Noviembre de 2003).

(18) MAFFIA, O.: Derecho Concursal, T.I, p.165, en cita a Pajardi.

(19) BOBBIO, N.: “Derecha e izquierda”, ed.Taurus, p.159, 1998; CORTINA, A., “Alianza y Contrato” (Política, Ética y Religión), ed.Trotta, Madrid, p.138.

(20) MORELLO, A.: “La Justicia frente a la realidad”, p.43 y 85.

(21) La necesidad en sí de la reforma judicial, ya es materia sobre-diagnósticada en nuestro país (como lo califica Rodolfo Vigo), y múltiples han sido los esfuerzos puestos en la elaboración de proyectos de reforma global de la justicia, no sólo por parte de centros especializados de estudio, sino también por organismos internacionales, como el Banco Mundial y la Organización de las Naciones Unidas, y nacionales como el Ministerio de Justicia, el trabajo multisectorial de la Mesa del Diálogo Argentino, y ahora más recientemente, por parte de la propia Corte Suprema de Justicia en el marco del convenio celebrado con ARGENJUS. (información al respecto en el site:

[www.reformajudicial.jus.gov.ar/materiales](http://www.reformajudicial.jus.gov.ar/materiales); y en : [www.csjn.gov.ar](http://www.csjn.gov.ar). Cabe destacar trabajo específicos como: “Reingeniería de la Corte suprema de Justicia de la Nación”, trabajo dirigido por H.M. Lynch, año 2003, para FORES; planes como El “Proyecto de Desarrollo de Juzgado Modelo” (PROJUM), tiene por objetivo el diseño y puesta en funcionamiento de experiencias piloto en tribunales de diferentes fueros y jurisdicciones con el propósito de poner en práctica un “Nuevo Modelo de Gestión” para mejorar sus niveles de eficacia y eficiencia de acuerdo con indicadores de gestión previamente definidos (toda la información del programa se encuentra en: [www.pjn.gov.ar](http://www.pjn.gov.ar)). El aporte de la doctrina también ha sido laborioso, y en este ámbito desde hace varias décadas la obra de Augusto M. Morello en materia de reforma judicial, viene sentando uno de los grandes pilares del cambio. En el mes de Mayo del año 2001 sostuvo que la gravedad de la justicia reclamaba un Pacto de Estado, al estilo del que en esa época se propiciaba en España , por el cual se consiguiera revertir lo existente y relanzar con seriedad la concreción de soluciones reales en una responsabilidad compartida por otros sectores del Estado. Consolidar un “Modelo de Justicia”, para el maestro platense, requiere de un programa integral de reformas que tiendan a la modernización global del servicio, para lo que debe convocarse a expertos (“foro calificado”) dispuestos a poner su imaginación en la organización de una empresa ágil, que no pierda de vista la relación entre las exigencias de la sociedad, los cánones del derecho, los fines del servicio de justicia y las pautas éticas; esta es la combinación que para Morello pondrá en marcha “la transformación”, desbloqueando las malas prácticas y la parálisis funcional, para el futuro inmediato y a largo plazo (conf.: Comunicación efectuada en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión privada del 24 de Mayo de 2001. Publicado en MORELLO, A.: “La Justicia, de Frente a la Realidad”, p.43).

(22) Si los plenarios Translíneas y Difrys(1979 y 1980), establecieron la necesidad de probar la causa en las solicitudes de pagaré y de cheques respectivamente, procurando evitar el “consilium fraudes” del deudor con presuntos acreedores, fue porque la existencia de éste tipo de prácticas forzaron sendos pronunciamientos. Luego, la aplicación mecánica y a rajatablas de esos plenarios llevó la realidad al otro extremo, permitiendo la licuación de grandes pasivos concursales y el desconocimientos de créditos legítimos por imposibilidad de acreditar el origen negocial. Tal desvío, que produjo en definitiva la desprotección del crédito en beneficio del deudor, determinó una nueva orientación jurisprudencial que sin dejar de desconocer el plausible propósito de los citados plenarios, intentaron situarlos en el marco adecuado: evitar el consilium fraudes (conf.: BARACAT, E.J.: “Derecho Procesal Concursal”, p.199) Por otra parte las prácticas abusivas se han detectado en distintas

instancias del trámite, así: en las peticiones de concursos (CApel.Cdia. Sala CyC, en autos “Gavillo Juan Hortensio s/ su pedido de Concurso Preventivo”, del 06/03/2001), en las conversiones (Capel.CyC Rosario, sala I, en “Precenza H. S/ Quiebra”, del 27/08/1999), en la intención de mantener trámites sin pluralidad de acreedores (nota al fallo por Teplitzchi, E.A.: “Conclusión de la quiebra ante la existencia de un solo acreedor verificado”, ERREPAR-DSE, N°167, Oct./01, TXII, p.425 y ss.), en las propuestas de acuerdo (CNCom, sala C, “Línea Vanguard S.A. s/ Concurso Preventivo, del 04/09/01”). También conforman el catálogo de los malos usos los casos en que la propuesta no ha sido homologada por “fraude a la ley”, (casos Banco Extrader S.A., del 19/12/96, y en “La Naviera”, del 09/04/97, ambos de la Cámara Nacional Comercial, salas D y C, respectivamente).

(23) Con su particular ironía, apuntó Martorell que en un momento en que ya la corrupción existente en la República Argentina amenazaba con “cotizar en la Bolsa” (agosto de 1995), se hizo todo lo posible por “despenalizar” las conductas consideradas reprochables por la ley 19.551, y no quedó un solo instituto destinado a desarticular “picardías” llevadas a cabo en perjuicio de los honestos, sin sufrir graves castraciones (conf.: MARTORELL, E.E.: “Legitimidad y procedencia de la extensión de quiebra por abuso de control contractual, ED, 05/02/01).

(24) Mantener empresas inviables sólo genera una distorsión que redundará en desmedro del sistema concursal, que ni satisface a los acreedores, ni salva a aquellas, ni devuelve la paz perdida cuando un empresario no puede pagar con normalidad sus vencimientos.

(25) La legislación mercantil contiene distintas soluciones jurídica-económicas para afrontar el deterioro financiero, que pueden clasificarse en no concursales y concursales. Dentro del primer grupo (el segundo lo trataremos en el cap.V.-), se encuentran, entre otras, los créditos solicitados a instituciones financieras en sus diversas variantes, el contrato de leasing, la asociación a cuentas en participación (en la cual un socio aporta el capital para el desarrollo de un negocio), el factoring, la fusión societaria, los acuerdos extrajudiciales de naturaleza contractual, nuevas prácticas como el leveraged buy-out o compra apalancada (una nueva empresa de mínimo capital social, compra una empresa en dificultades solicitando un crédito y ofreciendo como garantía las acciones de la sociedad a adquirir), el Management Buy-In (donde la adquisición donde el control de la sociedad es obtenido por un equipo directivo externo a la misma). (conf.: CANDELARIO MACIAS, RODRIGUEZ GRILLO, “La empresa en crisis, derecho actual”, p.43, Ediciones Ciudad Argentina) Súmese a tal relato las distintas variantes de fideicomiso, cuya utilización luego de la ley 24.441, más allá de dudas que apareja sobre todo la figura del fideicomiso de garantía, parece ser la nueva y exitosa fuente de financiación por su menor costo y menor riesgo.

(26) Asombra también el omnipresente axioma judicial de la “interpretación restrictiva”, bajo cuyo manto se han ido creando enormes bolsones de impunidad (MARTORELL, E.E.: ob.cit.).

(27) Vale considerar que no habrá reforma alguna posible, si no existe una fuerte voluntad política en llevar a cabo un proyecto tan amplio, sirva de ejemplo el estancamiento que hoy sufre el paquete de leyes para la reforma del sistema penal, que fuera remitido por el Mrio. de Justicia hace ya un año. Bastó el cambio de ministro, y el aparente enfriamiento del fenómeno “Blumberg”, para que una reforma anunciada a todo el país con bombos y platillos para apaciguar el clamor popular, quedase prácticamente en la nada (ver La Nación, nota de tapa del día 29 de Mayo de 2005).

(28) En “Sistema Económico y Rentístico” -p.159-, Alberdi se preocupa por destacar que nuestra Constitución de 1853 lleva implícito un sistema económico perfectamente definido, del cual el gobernante, el legislador, el hombre de estado no puede apartarse “si han de poner en planta esa Constitución y no otra que no existe”, pues ensayar otros sistemas ... es

desviarse de la Constitución, falsear el sentido hermoso de sus disposiciones, y echar al país en el desorden y la anarquía”, lo cual ha sido demostrado por la historia de estos últimos cien años.

(29) El Código de Comercio francés ejerció gran influencia en Acevedo y Vélez Sarsfield en la redacción de su Código de Comercio para la Provincia de Buenos Aires, luego adoptado en el orden nacional, aunque en verdad, la mayor fuente de inspiración la obtuvieron de las Ordenanzas de Bilbao que regían desde la creación del “Consulado de Comercio”, en 1794.

(30) Es el caso de los códigos italianos de 1842 y de 1965, la ley belga de 1851, el código de falencias portugués de 1833 y el primer Código de Comercio español de 1829.

PULGAR, JUANA: “La Reforma del Derecho Concursal comparado y español (los nuevos institutos concursales y reorganizativos), p.23, ed.Civitas.

(32) unas de las primeras normativas en recepcionar este tipo de convenios fue el Código de Comercio español de 1885, bajo la terminología “suspensión de pagos”, la ley belga de 1887 y en 1888 el código de comercio portugués. En Francia se lo reguló en 1889 como una variante a la liquidación y reservado para deudores calificados como “buenos pero desafortunados”. Italia lo reguló recién en 1903, y los países anglosajones dentro del primer tercio del siglo XX.

(33) SANTINI, G.: “Crisis Empresarial en la Economía de Mercado”, p.36, en Cuadernos del Programa de Profundización en Derecho Concursal: “El derecho de las crisis patrimoniales”, Univ. Austral.

(34) Desde los comienzos de estos institutos, las normas estaban dirigidas fundamentalmente a componer los conflictos entre acreedores, o entre éstos y los terceros, y puede concluirse que se trata de un carácter privatista que data desde sus orígenes, aunque cuando los estados nacionales asumieron la tarea de sancionar al quebrado y fijar sus incapacidades, e hicieron propios los intereses de los mercaderes, se incluyó un interés más general, al suponerse que la función preventiva de la pena y la infamia derivada del “decocto” , eran un estímulo a la honestidad de los comerciantes. La intervención del Estado se daba entonces, a causa del número, la relevancia y dificultades de los intereses afectados, donde los órganos judiciales aseguraban las acciones colectivas, neutralidad y coercibilidad de sus decisiones. Otra de las características esenciales del derecho concursal configurado durante el siglo XIX, fue la relación “comerciante-negocio”, por la cual la actitud del primero determinaba la suerte del segundo, perfilando convenios que basados en el “favor debitoris”, permitían al comerciante merecedor de ello, escapar de los rigurosos efectos de la quiebra, posibilitándole una salida negociada de la crisis. Recién en el siglo XX se plantearía la separación “empresario-empresa” con la ley francesa del 13/VII/67, para el tratamiento de las crisis económicas.

(35) El Estado continuaba siendo un regulador de conflictos individuales, y la continuidad o la liquidación de la empresa, estaba siempre en manos del deudor o de sus acreedores. Varios ordenamientos preveían una moratoria o término de gracia limitado, para facilitar que se llegara a los acuerdos, así la Ley española de 1922 inspirada en el “favor debitoris” y en la “admmistrazione controllata” de la ley concursal Italiana de 1942, donde además, se postulaba la recuperación sin ayudas de la empresa con un acceso al crédito que a cambio generaba nuevos privilegios para los nuevos acreedores. Bajo este esquema en el que se beneficiaba alternativamente al deudor, a la continuación de la empresa, y a la liquidación que excluyera la quiebra y las consecuencias personales, se continuó en los procedimientos introducidos entre las dos guerras mundiales (Vergleichverfahren alemán de 1935, y concordato preventivo de la ley Italiana), pero ni en los procedimientos europeos ni el “corporate reorganization” del derecho norteamericano, pudo concluirse que los resultados satisficieran además del interés del deudor, un interés general unido a la salvación de la empresa, fin que por otra parte no había sido adecuadamente instrumentado

legislativamente facilitando que en la mayoría de los casos, el beneficio se concediese a empresas irrecuperables a las que sólo cabía liquidar.

(36) CAMARA, H.: “Nuevas ideas en el derecho concursal contemporáneo”, Anales 2ª. Época, año XXXI, N°25, 1988, BsAs, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, págs.219-238.

(37) Este instituto tenía como antecedente dos institutos concursales reorganizativos configurados en un ámbito de aplicación subjetivo limitado, el primero para las compañías ferroviarias que databa de 1933, y segundo para las sociedades capitalistas, de 1938.

(38) Decreto-Lei N° 123/93, de 23 de Abril aprova o Código dos Processos Especiais de Recuperação da Empresa e de Falência. Gestão controlada. Artigo 97.º Noção. A gestão controlada é o meio de recuperação da empresa insolvente ou em situação económica difícil que assenta num plano de actuação global, concertado entre os credores e executado por intermédio de nova administração, com um regime próprio de fiscalização.

(39) VICENTE GOZALO LÓPEZ, La Reforma del Derecho Concursal Alemán, en RDCO, 1995-B, p.39; también esquematiza la ordenanza y compara sus institutos con los de la ley 24.522 la Dra. Lidia Vaiser, en “La ordenanza Alemana de Insolvencia, breves noticias”, ED-167-1175.

(40) Se trata de un procedimiento único de insolvencia, básicamente liquidativo, que prevé la posibilidad de que el procedimiento se centre en otras finalidades que pueden ser perseguidas principalmente mediante la elaboración de un plan de insolvencia. De ahí, que el plan presenta una de las dos vías principales que puede seguir el procedimiento único de insolvencia. El plan, ha sido calificada como la parte esencial de la reforma y debe proporcionar a los interesados -según la intención del legislador- un marco jurídico para la superación de la insolvencia a través de las negociaciones y procesos de intercambio que se basan en la autonomía de la voluntad (conf.: KNÖPFLE, F.: “El plan de insolvencia en el derecho alemán”, public. Univ. Carlos III de Madrid, curso 1998/1999.

(41) la ordenanza comienza estableciendo: “el procedimiento de insolvencia tiene por finalidad satisfacer colectivamente a los acreedores del deudor mediante la realización de su patrimonio y la distribución del producto resultante, o mediante un plan de insolvencia en el que se contenga una reglamentación diferente especialmente dirigida a la conservación de la empresa. A los deudores honrados les será dada la oportunidad de exonerarse de las obligaciones residuales”.

(42) El legislador no estableció un concepto legal de lo que es un plan de insolvencia y se contentó con sentar un principio en el art. 217: «La satisfacción de los acreedores con derecho de ejecución separada y de los acreedores de la insolvencia, la realización de la masa de la insolvencia y su reparto entre los interesados, así como la responsabilidad del deudor después de la terminación del procedimiento de insolvencia, pueden ser reguladas de forma diferente a las disposiciones de esta ley a través de un plan de insolvencia.» La ley no prescribe en detalle cómo debe hacerse la regulación del plan, ya que ésta depende según la intención del legislador de la voluntad de los acreedores. Sin embargo son imaginable varios tipos de planes que se diferencian en cuanto a su finalidad.

Normalmente, el plan servirá la conservación de la empresa evitando así el régimen legal de la liquidación. La conservación de la empresa se puede conseguir mediante un plan de transferencia (Übertragungsplan) cuya finalidad es transferir la empresa a un tercero, por ejemplo a una sociedad gestora (cf. art. 260). Un plan de saneamiento (Sanierungsplan) pretende la conservación y continuidad de la empresa. Un plan de liquidación (Liquidationsplan) establece las condiciones de la realización y distribución de la masa de insolvencia. Si la finalidad del plan es exclusivamente el aplazamiento del pago, se trata de un plan de espera (Moratoriumsplan). Finalmente, son posibles combinaciones de los cuatro tipos expuestos para el tratamiento separado de las partes de una empresa.

(43) PULGAR, J.ob.cit.p.44.

(44) CALENDARIO MACIAS, Ma. I., y RODRIGUEZ GRILLO, L.E.: “La empresa en crisis, derecho actual”, p.98, Ediciones Ciudad Argentina.

(45) *ibid*, p.101.

(46) La última reforma se ha dado en el año 2005 con la denominada “ley de salvaguarda”.

(47) Se trata del régimen introducido por la ley 84/148 del 1 de Marzo de 1984, sobre “*prévention et règlement amiable des entreprises dans difficulté*”, y sus tres institutos preventivos: “*l`information prévisionnelle*”, “*l`alerte*” y “*règlement amiable*”. (48)

GUYON, YVES: “*Droit des affaires*”, t.2, 6 édition, introduction.

(49) Conforme a la normativa vigente, si el dirigente social cometió faltas de gestión, puede condenarse a soportar la totalidad o parte de las deudas de la sociedad (art.L.624-2

Cód.Com.). El tribunal puede entonces incoar un procedimiento de rectificación judicial en su contra (art.624-4 Cod.Com.), y si cometió hechos represibles, la quiebra personal (art.L. 625-1 y sptes. Del Cod.Com.) o la sanción penal de bancarrota puede pronunciarse contra él (art. L.626-1 y sptes. Del Cód.Com.). De modo de exhibir la ausencia de reproche a las

inconductas en nuestro derecho, vale la pena realizar una pequeña referencia del último instituto nombrado, indicando que conforme lo establece el artículo L. 626-2, en caso de apertura de un procedimiento de suspensión de pagos judicial o de liquidación judicial, serán culpables de bancarrota las personas mencionadas en el artículo L.626-1 a las que se les pueda acusar de los hechos siguientes:1º Haber realizado compras para una reventa por debajo de su precio o empleado métodos ruinosos para procurarse fondos, con la intención de evitar o retrasar la apertura del procedimiento de suspensión de pagos;2º Haber desviado o disimulado todo o parte del activo del deudor;3º Haber aumentado fraudulentamente el pasivo del deudor;4º Haber llevado una contabilidad ficticia o hecho desaparecer

documentos contables de la empresa o de la persona jurídica o haberse abstenido de llevar todo tipo de contabilidad cuando la ley obligase a ello;5º Haber llevado una contabilidad manifiestamente incompleta o irregular con respecto a las disposiciones legales. Por parte el artículo L. 626-3., establece que la bancarrota será castigada con pena de cinco años de

prisión y multa de 500.000 F, y que estarán sujetos a la misma pena los cómplices de bancarrota, aunque cuando el autor o el cómplice de la bancarrota fuera un dirigente de una empresa prestataria de servicios de inversión, las penas serán aumentadas a siete años de prisión y 700.000 F de multa. En todos esos casos, además el artículo L. 626-5. impone a las personas físicas las siguientes penas complementarias: 1º La prohibición de los derechos cívicos, civiles y de familia, según las condiciones del artículo 131-26 del Código Penal; 2º La prohibición de ejercer durante un período máximo de cinco años, una función pública o de ejercer la actividad profesional o social en cuyo ejercicio o en ocasión de la cual se haya cometido dicha infracción; 3º La exclusión de los mercados públicos por un período de cinco años como máximo; 4º La prohibición, por un período de cinco años como máximo, de emitir cheques salvo los que permitan la retirada de fondos por parte del librador ante el librado o los que sean certificados; 5º La publicación mediante edictos o la difusión de la resolución pronunciada en las condiciones previstas por el artículo 131-35 del Código Penal. El Código de Comercio establece además otras infracciones en el Artículo L. 626-8. : Se castigará con pena de dos años de prisión y con multa de 200.000 F: 1º Al comerciante, a toda persona inscrita en el Registro Central de Artesanos, a todo agricultor o a todo dirigente de hecho o de derecho, remunerado o no, de una persona jurídica, por el hecho de suscribir una hipoteca o una pignoración o de realizar un acto de disposición sin la autorización prevista en el artículo L.621-24 o de pagar, en todo o en parte, un crédito contraído antes de la resolución de apertura del procedimiento, todo ello durante el período de observación;2º A todo comerciante, a cualquier persona inscrita en el Registro Central de Artesanos, cualquier agricultor o cualquier dirigente, de hecho o de derecho, remunerado o no, de una persona jurídica por efectuar un pago infringiendo las condiciones de pago del pasivo

previstas en el plan de continuidad o de realizar un acto de disposición sin la autorización prevista por el artículo L.621-72; 3º A cualquier persona, durante el período de observación o el de ejecución del plan de continuación, que conociendo la situación del deudor, concertase con éste alguno de los actos mencionados en los apartados 1º y 2º anteriores o reciba por ellos un pago irregular. También el artículo L. 626-9, preve que se castigará con las penas previstas por los artículos L. 626-3 al L. 626-5: 1º El sustraer, ocultar o disimular por el interés de las personas mencionadas en el artículo L.626-1, todo o parte de los bienes, muebles o inmuebles de éstas, todo ello sin perjuicio de la aplicación del artículo 121-7 del Código Penal; 2º A toda persona por declarar fraudulentamente créditos supuestos en el procedimiento de suspensión de pagos o de liquidación judicial, tanto en su nombre como por persona interpuesta; 3º A toda persona que ejerza una actividad comercial, artesanal o agrícola bajo nombre ajeno o nombre supuesto, y ser culpable de uno de los hechos previstos en el artículo L.626-14. Las expuestas resultan ejemplificativas, y no agota en el régimen de sanciones previsto por el Código de Comercio (ver texto en [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr)).

(50) MAFFIA, O.: “Nueva oportunidad perdida: más de lo mismo en materia concursal (III), en LL, 1995-E, 1107.

(51) “Informe del comité de estudios para la Reforma de la empresa, presidido por Pierre Sudreau”, en el anexo p.721, T.I, “Concursos y quiebras”, de H. Cámara.

(52) HEREDIA, P.: “Tratado exegético de Derecho Concursal”, T.1, p.96.

(53) PULGAR, J.: OB.CIT., p.69.

(54) El comisario o interventor de cuentas, está encargado de comprobar las cuentas de las sociedades y reviste las veces del Síndico de nuestro derecho societario, aunque a diferencia de lo que ocurre en nuestro país donde los Síndicos no ejercen un verdadero control y suelen ser como sostiene Maffia “una pieza más del staff dirigente”, en Francia los interventores de cuentas son profesionales inscriptos en una lista elaborada por comisiones regionales que funcionan en la cabeza de partido de cada Tribunal de Apelación, para lo cual a su vez deben acreditar -entre otros aspectos- haber pasado con éxito el examen de aptitud a las funciones de interventor de cuentas y que ejercieron durante 15 años (que se reduce a diez en determinados supuestos) una actividad pública o privada que permitía adquirir una experiencia suficiente de las cuestiones financieras, contables y jurídicas sobre las sociedades comerciales, en particular, en un gabinete de interventor de cuentas. Estos profesionales deben ajustarse a disposiciones legales y reglamentarias, así como a las normas profesionales de la Compañía Nacional. El código de ética profesional obliga al interventor a ser y parecer independientes y para ello establece situaciones de incompatibilidad. Su misión requiere un alto grado de capacitación, por lo cual se le requiere una determinada cantidad de horas anuales de formación, como también a sus colaboradores. Merece destacarse asimismo el secreto profesional que se impone a los interventores y el régimen de responsabilidad por sus faltas y negligencias, tanto respecto a la sociedad como de terceros (profesión y estatuto regido por *decr.Nº69-810 del 12 de agosto de 1969*, y 8ª. Directiva Europea)

(55) La finalidad de “l`information prévisionnelle”, es el conocimiento de la situación económica de la empresa, y detectar en forma temprana su posible deterioro, se la exige en forma permanente, es obligatoria para las grandes empresas y optativa para las demás (las empresas que no tengan las dimensiones previstas para la “information prévisionnelle”, pueden optar por un instituto análogo aunque menos complejo denominado “groupements de prévention agréés”, regulado en un decreto de agosto de 1985), y viene a completar los mecanismos de información ya previstos por la ley francesa de 1966 para las sociedades mercantiles. Estos documentos contables complementarios se diferencian en retrospectivos y prospectivos. Los retrospectivos se refieren al activo realizable y disponible (excluyendo

los valores de explotación) y el pasivo exigible, lo cual permite advertir la posibilidad de una futura cesación de pagos y un cuadro de financiación que permite saber con qué recursos hará frente la empresa a sus necesidades. Los documentos prospectivos, son la cuenta de resultados provisional y el plan de financiación provisional que permita asegurar que las previsibles necesidades de la empresa serán cubiertas con una financiación adecuada, lo que aleja el riesgo de la cesación de pagos. La obligación de la redacción de los “documents prévisionnels” recae sobre los órganos de administración de las respectivas sociedades y entidades, y su periodicidad varía, aunque en su generalidad, se trata de informes anuales, salvo la situación del activo realizable y disponible y del pasivo exigible, que tienen carácter semestral. La información recogida no es pública, y sólo se difunde al Comité de la Empresa (que no la puede comunicar a los trabajadores), al “commissaire aux comptes”, y al Consejo de Vigilancia, cuando exista. Si bien los socios no están incluidos entre los receptores de la información, la doctrina critica esta limitación coincidiendo en general, que el derecho a la información de los socios debe interpretarse en forma amplia incluyendo el de conocer el contenido de los “documents prévisionnels”. A pesar de todas esas previsiones, e incluso de parecer adecuados los documentos contables a la finalidad perseguida, en definitiva, la eficacia preventiva del instituto, en la práctica requiere que la información sea suministrada verazmente y con la puntualidad y frecuencia necesaria, y que los destinatarios puedan poner en funcionamiento medidas efectivas. Es que cuando los datos indican ciertas dificultades económicas, los destinatarios con excepción del Comité de Vigilancia, pueden desencadenar el mecanismo de “alerte”, por el que se intentará evitar el agravamiento de la situación económica.

(56) En “l`alerte”, ya existen dificultades que han sido determinadas gracias a la “l`information prévisionnelle”, y a una serie de índices fijados por el legislador como reveladores del deterioro económico. Pero su finalidad no es sólo detectar tales indicios, sino además provocar la adopción de medidas que eviten se degrade la situación de la empresa dando lugar a su concurso. Según quien sea el sujeto competente para alertar el deterioro, la alerta, es interna o externa. En la “alerte internes”, el legislador prevé la alerta del “Commissaire aux Comptes”, del Comité de la Empresa y de los socios. El papel más importante es el del “Commissaire aux Comptes”, a quien se le atribuye una función de control sobre la oportunidad de la adopción de medidas de gestión para el reflotamiento de la empresa. La alerta es una obligación para el Comisario en las sociedades colectivas, y comanditarias, sociedades de responsabilidad limitada, sociedades anónimas y grupos de interés económico, y es de carácter facultativo en el caso de las asociaciones civiles, y los mecanismos que deberá emplear varían según la empresa de que se trate. Así para las sociedades anónimas (para las sociedades no anónimas, el procedimiento se simplifica a dos etapas) se estructura un sistema de difusión en cascada, en la cual la primer fase es confidencial, donde el Comisario puede requerir del Consejo de administración o del Directorio, explicaciones acerca de los hechos de alarma. Si la respuesta le resulta satisfactoria, se termina la alarma, y si no, el Comisario impulsa una deliberación en torno a los síntomas descubiertos en el Consejo de Administración o consejo de Vigilancia. Si estos órganos adoptan medidas positivas para afrontar la crisis, cesa la alerta, y si no se toma ninguna decisión o la que se adopte no satisface al Tribunal, se pasa a la tercer fase en la que el Comisario difunde la alerta entre los accionistas mediante un informe especial en la próxima Junta General o una extraordinaria si la urgencia lo requiere, a la que deberá convocarse asimismo al Comité de la Empresa, y es en esta etapa donde se rompe la confidencialidad con la que se venía tratando las dificultades económicas de la empresa. La alerta también puede provenir desde el Comité de la Empresa (opera en empresas con más de cincuenta trabajadores), en donde se encuentran representados los trabajadores. Los hechos que determinan la alerta del Comité son los que “pueden” afectar

preocupantemente la situación económica de la empresa, a diferencia de los hechos que determinan la alerta del Comisario que son los que comprometen de modo actual la actividad, y siempre la configuración es facultativa para el Comité, en cuyo caso la estructura constará de dos fases, donde se piden las explicaciones a los órganos de control, y de ser insatisfactorios se redacta un informe con las conclusiones que deberá responder el órgano de administración o vigilancia. La tercer alerta interna, puede provenir de los socios en las sociedades anónimas, y de responsabilidad limitada. Los socios pueden plantear dos veces por ejercicio, preguntas por escrito a los órganos de administración de la sociedad sobre la existencia de hechos que por su naturaleza comprometan la continuidad de la empresa. Sin embargo este derecho de alerta de los socios es limitado en sus alcances y eficacia, dada la insuficiente información con la que cuentan (hay que recordar que los socios no tienen acceso a la información preventiva), así como la ausencia de mecanismo específicos para obligar a los órganos de la administración a atender la alerta iniciada por los socios. Sí se establece la posibilidad de que el socio pida al Presidente del Tribunal de Comercio, en forma simultánea a la iniciación de “l`alerte” el nombramiento de un experto llamado de gestión que redactará un informe sobre una o varias operaciones que el socio demuestre, pudieran causarle perjuicio. La eficacia de la alerta para la prevención de las crisis empresarias concedida a los socios es muy escasa, reduciéndose en la práctica el instituto, a una vía de información más sobre la situación económica de la empresa. Las “Alerte externes”, provienen de sujetos que no pertenecen a la empresa, debiendo distinguir entre ellas “l`alerte des groupements de prévention agrées” de “l`alerte du président du tribunal de commerce”. “l`alerte des groupements de prévention agrées” (previsto en el art. 33 de la ley de 1984, y regulado en un decreto del mes de agosto de ese mismo año), es el sistema de prevención al que pueden recurrir las empresas con forma de persona jurídica pero que con motivo de sus dimensiones facultativamente lleva los “documents prévisionnels”. Se trata de “Centros de ámbito regional para el diagnóstico de dificultades de empresas”, que suministran a sus entidades adheridas una asistencia técnica en materia fiscal y financiera con el concurso de la administración, en base a la información contable y financiera que aquellas les proporcionan. El “groupement de prévention agréé” (dotado de personalidad jurídica privada), analiza la información que se le brinda con la colaboración de un representante del Estado, el “commissaire de la République de la région”, de otros establecimientos públicos y del banco de Francia, e informará con carácter confidencial a los dirigentes de la empresa, de las dificultades que se observen, y si lo permite la empresa, el grupo podrá designar un experto contable para que analice de forma más profunda la situación económica. Ahí se agota su objeto, que es suministrar un análisis de la información contable y financiera de las empresas. Por último, dentro de las “alerte externes”, encontramos la alerta que proviene del Tribunal de Comercio, destinada a las empresas que no están obligadas a llevar los “comptes prévisionnels”, para el caso de pérdidas netas superiores a un tercio de los capitales propios y antes de que la sociedad o el grupo haya perdido la mitad de su capital, cuando el Presidente del Tribunal de Comercio podrá citar a sus autoridades para interrogarlos por las medidas a adoptar para reflotar la empresa. Es de destacar que la actuación del Tribunal en este caso no se produce en el carácter de órgano jurisdiccional, sino como “hombre notable”, aunque la información que se obtenga puede resultar el antecedente de la posible intervención de oficio del Tribunal declarando el procedimiento concursal de “redressement judiciaire”, previsto por la ley de 1985 para cuando la empresa ya está en cesación de pagos (PULGAR, J.: ob.cit., p.100). La realidad marca límites en la actuación del tribunal, no sólo porque la información es depositada por las empresas ante el secretario del tribunal siete meses después del cierre del ejercicio, sino además por la falta de previsión de sanciones a la inasistencia de los dirigentes convocados por el Tribunal o que sus repuestas no fueran satisfactorias.

Fracasada la finalidad preventiva de “l`information prévisionnelle” y de “l`alerte”, se configura el “réglement amiable”, como la última solución que pretende evitar el concurso. (57) En el libro VI, Título I, el Cap.I, del Código de Comercio Francés regula las dificultades de las empresas y el arreglo amistoso para las agrupaciones de prevención autorizadas, previendo que cuando se pudiera deducir de cualquier acto, documento o procedimiento que una sociedad mercantil, una agrupación de interés económico o una empresa individual, comercial o artesanal, pasa por dificultades susceptibles de comprometer la continuidad de la explotación, el presidente del Tribunal de commerce podrá convocar a sus dirigentes para que se tomen las medidas oportunas para subsanar esta situación. En esta reunión, el presidente del Tribunal conseguirá que los auditores de cuentas, los miembros y representantes del personal, las administraciones públicas, los organismos de seguridad y prevención sociales así como los servicios encargados de la centralización de los riesgos bancarios y de los incidentes de pago le proporcionen las informaciones necesarias para ofrecer una imagen exacta de la situación económica y financiera del deudor. El presidente del “Tribunal de comerce” podrá designar un mandatario adecuado para la misión que él determine (los mandatarios ad hoc son una figura típica francesa. Son nombrados por algunos de los grandes Tribunales de Comercio -París, Marsella...- en virtud de las disposiciones especiales de la ley del 24 de julio de 1966 sobre sociedades mercantiles, a petición del deudor y que, siendo administradores judiciales, asumen la gestión de la empresa, intentando a la vez un arreglo con los acreedores, siendo calificales como mandatarios (PULGAR, J: ob.cit.p.130)), o iniciar, a requerimiento del representante de la empresa (el arreglo amigable no puede ser desencadenado de oficio a diferencia del “redressement judiciaire”), el procedimiento denominado “réglement amiable” (arreglo amistoso), destinado a cualquier empresa comercial o artesanal que, sin llegar a la suspensión de pagos, se encuentre en dificultades jurídicas, económicas o financieras o con dificultades que no puedan ser cubiertas por una financiación adaptada a las posibilidades de la empresa. Este mecanismo puede también ser activado directamente con la presentación de la solicitud por parte de los legitimados, ante el tribunal. La decisión del presidente del Tribunal de commerce merituará la solicitud y la exposición que le efectúe el representante de la empresa sobre su situación financiera, económica y social, sus necesidades de financiación así como los medios de los que dispone para hacerles frente, y podrá encargar la elaboración de un informe sobre la situación económica, social y financiera de la empresa a un perito elegido por él y obtener de los establecimientos bancarios o financieros toda información que pueda proporcionarle una imagen exacta de la situación económica y financiera de la empresa. El Presidente del Tribunal puede adoptar tres decisiones: declarar de oficio el procedimiento judicial concursal de “redressement judiciaire” por haber advertido un estado de cesación de pagos, o puede no nombrar el mediador por no revestir la situación la gravedad que aconsejaría tal nombramiento o hacerlo de modo implícito ya que la ausencia de respuesta en el plazo de un mes, debe entenderse como una respuesta negativa; o finalmente nombrar el “concileateur”, en el caso de que entienda que su nombramiento favorecerá el reflotamiento de la empresa Resuelta la iniciación del arreglo amistoso, el presidente del Tribunal designará un conciliador por un período que no sobrepase los tres meses (aunque podrá prorrogarse por un mes o más a petición de éste último), determinará la misión del conciliador, cuya finalidad será la de favorecer el funcionamiento de la empresa e intentar llegar a un acuerdo con los acreedores. El conciliador podrá solicitar al Presidente del Tribunal la suspensión de las acciones patrimoniales contra el deudor, si estimase que ello facilitaría el acuerdo, y en ese caso, salvo autorización del presidente del Tribunal, la providencia que decida la suspensión provisional prohibirá al deudor, bajo pena de nulidad, que pague, en todo o en parte, cualquier crédito contraído antes de esta resolución, o que extinga las

fianzas que pagarían los créditos originados anteriormente, así como hacer un acto de disposición ajeno a la gestión normal de la empresa o conceder una hipoteca o una pignoración, aunque esta prohibición de pagar no se aplica a los créditos derivados de contratos laborales. Concluido un acuerdo con todos los acreedores, éste será homologado por el presidente del Tribunal de commerce y depositado en su secretaría, y si sólo se hubiera llegado a un acuerdo con los principales acreedores, el presidente del Tribunal podrá también homologarlo, concediendo al deudor los plazos de pago previstos en el artículo 1244-1 del Código Civil francés para los créditos no incluidos en el acuerdo. El acuerdo suspende durante el período de su ejecución toda acción judicial, contra los bienes muebles como sobre los inmuebles del deudor, y en caso de incumplimiento de las obligaciones derivadas del acuerdo, el Tribunal pronunciará la rescisión de éste así como la caducidad de todo plazo de pago concedido. Tal como lo establecieron los arts. 35 a 37 de la ley de 1984, el arreglo amistoso, es un instituto que pretende superar la situación de pre-crisis económica a través de un acuerdo entre deudor y sus principales acreedores sobre la base de quitas y esperas, que en principio es confidencial y propiciado por el mencionado “conciliateur”, o mediador nombrado por el juez. El “règlement amiable”, presenta singularidades respecto de los tradicionales convenios, que incluso dificultan su encasillamiento en determinada naturaleza jurídica. A diferencia de otro tipo de convenio, en el reglamento amigable las negociaciones son individuales del deudor con algunos acreedores alterando la tradicional concepción del principio de la par condicio creditorum, aunque tales negociaciones se articulan también con negociaciones globales, ya que la validez de las aceptaciones individuales depende de la aceptación de los restantes acreedores. El órgano jurisdiccional interviene como un “hombre notable”, desprovisto de sus potestades jurisdiccionales, cuyo objetivo es favorecer la conclusión del acuerdo por dos vías: el nombramiento del “conciliateur”, y suministrando a éste los datos que obtiene en base a un amplio derecho a la información que posee y mantiene a lo largo del reglamento e incluye al control de las negociaciones individuales. En la elección del mediador el Presidente del Tribunal tiene amplias facultades, considerándose generalmente la necesidad de que se trate de personas de autoridad moral o prestigio, con dotes de persuasión y negociación, que conozca la situación de la empresa, pudiendo incluso por ésta última exigencia, recaer la designación en el experto que investigó la situación económica ante la petición del deudor. La actuación del “conciliateur”, es retribuida conforme lo acuerden el dirigente de la empresa con el Presidente del Tribunal (art.37 del decreto de 1 de marzo de 1985). La oferta para una solución amigable de la crisis, será elaborada en forma conjunta por el deudor y el “conciliateur” (aunque la ley guarda silencio al respecto), y conforme lo establece el art. 35 de la ley de 1984, el contenido de la oferta debe basarse en modos de arreglo del pasivo (quitas y/o esperas), admitiendo otros contenidos que favorezcan el reflotamiento de la empresa. Esta última posibilidad si bien es facultativa, ayuda a la aceptabilidad de la oferta y hace a su seriedad, por lo que generalmente se la incluye y consiste en un amplio plan de reflotamiento de la empresa con el cual el instituto asume un carácter reorganizativo. En la negociación de la oferta, el “conciliateur” cumple un papel fundamental, cumpliendo un rol mediador de acercamiento entre las partes y aceptación de los sacrificios, en base a una negociación individual aunque los consentimientos que obtenga, se encontrarán condicionados en su validez a la aceptación por el resto de los acreedores participantes. En definitiva el acuerdo que se obtenga, contendrá una pluralidad de contratos subyacentes ligados entre sí, con un nexo común entre todos los negocios alcanzados, que es la superación de la crisis económica. El reglamento amigable se perfecciona con la manifestación del consentimiento de las partes con las formas exigidas con carácter “ad probationem”, de lo cual sólo serán conocedores las partes y el Procurador de la República ya que se preserva aún en esta etapa el carácter

confidencial, tanto que llamativa y cuestionablemente, tampoco se informa al Comité de trabajadores, que si tiene participación en las dos anteriores etapas de la prevención. Con la perfección del acuerdo también concluye la función mediadora del “conciliateur”, y comienza la etapa de cumplimiento de su contenido, y de su ejecución, quedando los incumplimientos del deudor en los compromisos de tipo financieros, encuadrados en el art. 2 de la ley 85/98 sobre “redressement et liquidation judiciaire de entreprises”, que sanciona el incumplimiento con la apertura del “Redressement”, al margen de que la empresa se encuentre o no en estado de cesación de pagos, y que puede ser instado por cualquiera de los acreedores firmantes (que desconocen el cumplimiento o no el resto de los convenios ya que son secretos e incluso no saben a quienes comprende el acuerdo global), o aún de oficio. Los incumplimientos a los compromisos no financieros, no están incluidos en el artículo mencionado, y deben encuadrarse bajo las reglas generales en materia de incumplimiento de convenios concursales, dando lugar en definitiva a la resolución del convenio, dejándolo sin efecto y suprimiendo las limitaciones que contiene el mismo. En definitiva el reglamento amigable, es el último intento de arreglar la crisis económica sin la intervención jurisdiccional aunque sin caer en un modelo administrativo, y sus aspectos más criticados son los defectos legislativos en la determinación del presupuesto objetivo de apertura, además de las lagunas en materia de responsabilidad del “conciliateur” y de participación de los trabajadores.

(58) BISBAL, J.: El nuevo derecho concursal francés, Rev. de Derecho Bancario y Bursátil, 1985, N°19, p.615; MAFFIA, O.: “Nueva oportunidad perdida: más de lo mismo en materia concursal (III), LL, 1995-E-1107; DASSO, A.: Tendencias actuales del Derecho Concursal, p.53; OLIVERA GARCIA, R.: “Anteproyecto de Ley de Concurso”, p.175, ed.Universidad de Montevideo, 1999.

(59) TONON, A.: “El proyecto de reforma del sistema concursal francés”, rev. ED, 29/06/1984.

(60) Entre los sujetos concursables, además de los comerciantes y personas jurídicas de derecho privado, se agregaron los artesanos obligados a matricularse.

(61) La función esencial de este mandatario judicial es la de recibir las declaraciones de créditos de los acreedores, y aconsejar su rechazo o admisión, lo que decide el juez comisario. Los acreedores laborales no están obligados a declarar su crédito ante dicho mandatario, ya que la ley estableció un sistema simplificado en el cual el representante de los acreedores en presencia del deudor y con el control del representante de los trabajadores, releva los créditos que resultan de los contratos de trabajo y la documentación de la empresa, lo cual es luego visado por el Juez Comisario. Los créditos que no figuren en el listado que se elabora en aquel relevamiento, deben recurrir en el plazo perentorio de dos meses ante la justicia laboral. En cuanto a los funcionarios, es de destacar también que este sistema suplantó al del Síndico, desdoblando sus funciones en los dos funcionarios nombrados: el administrador y el representante de los acreedores.

(62) CANDELARIO MACIAS, Ma.Isabel: Rev.de derecho Mercantil, núm.222, oct.-dic., 1996, p.1253 a 1283; y revista di Diritto Fallimentare, núm.4, julio-agosto, 1997, p.932 a 962.

(63) Se reforzaron los medios de detección de las dificultades, obligando a organismos públicos a inscribir sus privilegios cuando las sumas que se les deba excediera determinado límite, se incrementaron los poderes de investigación del tribunal, y la responsabilidad de los interventores de cuenta. Con la reforma del reglamento amistoso, se ampliaron los presupuestos subjetivos a toda empresa comercial o artesanal, que sin estar en cesación de pagos, pruebe una dificultad jurídica, económica o financiera o necesidades que no pueden estar cubiertas por una financiación adaptada a sus posibilidades, y por la consagración del mandatario ad-hoc.

(64) La simplificación y aceleración se produjo en particular con la posibilidad de pasar a la

liquidación sin cumplir el período de observación, cuando la empresa cesa su actividad, o su rectificación manifiestamente imposible.

(65) Se reforzó la posibilidad de control por parte de los acreedores a través de la actuación de controladores designados por el juez comisario. Para el caso de la continuación, la duración del plan se fijó en diez años, con un primer pago durante el primer año. Se extendió la posibilidad de reabrir el procedimiento cerrado por falta de activos. Se estableció la posibilidad de los acreedores titulares de garantías de obtener una vez iniciado el período de observación, el pago de parte o todo su crédito, contra la constitución de garantías bancarias. Se estableció el principio del pago contado de los acreedores nacidos durante la continuación en la medida de fondos disponibles.

(66) Se prohibió a los dirigentes de las empresas sujetas a reestructuración, familiares o aliados, presentar una oferta de reanudación. Se impuso la obligación de un inventario de bienes e la empresa a partir de la apertura del procedimiento. Se adaptaron las modalidades de presentación de las ofertas y se reforzaron las obligaciones del cesionario en la aplicación de un plan de cesión.

(67) CANDELARIO MACIAS, Ma. Isabel: ob.cit.

(68) CANDELARIO MACIAS, Ma. Isabel: ob.cit.

(69) Según el anuario estadístico de la justicia años 1999/2000, la evolución del número de planes de saneamiento judicial y liquidaciones judiciales pronunciados por el conjunto de los tribunales de comercio y los tribunales administrativos gran competencia comercial, en el período 1993/1999, revelan un recrudescimiento de las liquidaciones a partir de 1995, alcanzado la proporción de las decisiones de liquidación u nivel aproximado del 87% (información disponible en el informe de la Oficina Parlamentaria de Evaluación de la legislación, sobre La Legislación Aplicable en cuanto a la prevención y de tratamiento de las dificultades de las empresas” -2001-, en [www.assemblee-nationale.fr](http://www.assemblee-nationale.fr) ).

(70) El proyecto, y los antecedentes parlamentarios se encuentran disponibles en el site: [www.assemblee-nationale.fr](http://www.assemblee-nationale.fr).

(71) IGLESIAS JOSE A.: “Las Tendencias del Derecho Concursal Comparado y las Reformas a nuestra Legislación”, publ. ED, ejemplares del 13,14 y 17 de Noviembre de 2003.

(72) Siguiendo al Dr. Iglesias, tal caracterización puede explicarse en las siguientes notas: 1) La Importancia por los fines perseguidos por la reglamentación: los propósitos del legislador no son materia disponible, sino que son imperativos que conducen a la regulación, su aplicación y la hermenéutica. Así, ya hemos visto las claras metas que declara el Código de Comercio de Francia para sus institutos concursales; en Italia, la legislación reconoce el fin de “conservar el patrimonio productivo”, y en Alemania se persigue satisfacer a los acreedores mediante la realización del patrimonio del deudor o mediante un plan de insolvencia dirigido a la conservación de la empresa. También en Gran Bretaña, los poderes de la Corte, para someter a una compañía a la administración provisoria, tienen por finalidad la supervivencia de la empresa o de una de sus partes, la aprobación de un acuerdo con sus acreedores, la sanción de los responsables y en su caso, la realización más ventajosa del patrimonio. 2) Reacción de la ley ante la manifestación de un estado de insolvencia: el deudor tiene el deber de evidenciar su estado y someterse a los mecanismos legales de solución. En Francia, Bélgica y en Portugal, remarcando la trascendencia del problema, existen sistemas públicos de detección de la insolvencia que ante la manifestación de la crisis determinan consecuencias procesales independientes de la actitud del deudor. En España, la ley obliga al deudor a solicitar el concurso dentro del mes siguiente que hubiere conocido o debido conocer su estado de insolvencia. 3) Mayor precisión en la caracterización de los presupuestos de la insolvencia: esto determina una intervención y respuesta más oportuna, y evita el agravamiento de la crisis. Así la ley alemana distingue entre la insolvencia, la amenaza de insolvencia y el

sobreendeudamiento , y la portuguesa amplía el presupuesto de la insolvencia al de la empresa en situación económica difícil. 4) Mayor amplitud de legitimados para promover el proceso y limitación a la disponibilidad de la instancia judicial: La existencia de mayor cantidad de legitimados para promover el proceso trasluce la importancia del problema, y que el mismo trasciende el interés del deudor y del acreedor. En Suiza y en España pueden instar el concurso tanto el deudor como sus acreedores, y a estos legitimados en Francia se suma al Procurador Fiscal, en Italia e Inglaterra, al Ministerio Público, y en Portugal al Ministerio Fiscal. 5) Iniciativa de otros intereses distintos al de los acreedores: En Francia el comité de la empresa o delegados del personal están convocados para integrar los órganos de control, en Bélgica, representantes de los trabajadores intervienen en la consideración del plan, y en la legislación portuguesa las peticiones de los procesos, deben notificarse a la comisión de trabajadores. 6) El Juez es la figura principal: y posee amplias atribuciones que ejerce de oficio. Así en Francia posee el control de la administración de la empresa en dificultades, como en la elaboración, aprobación y ejecución del plan, también son amplios los poderes en Italia, Alemania, donde incluso puede rechazar “in limine” en plan propuesto por el deudor, en Portugal donde decide el tipo de proceso adecuado al grado de crisis de la empresa, en los EEUU e incluso en la nueva ley de España. 7) El deudor no dispone de la instancia judicial del proceso de crisis: es decir, que no decide a que tipo de proceso colectivo habrán de ser sometidos sus acreedores, ya que ello dependerá de la naturaleza de la crisis que afecta al deudor y de un conocimiento objetivo inicial de la realidad patrimonial del deudor. En este sentido se estructura el régimen de administración provisoria de la ley alemana, y la legislación francesa, la belga, la ley portuguesa y la suiza. 8) El plan es el centro de la reglamentación: y el mecanismo principal para superar la crisis por lo cual, la trascendencia que se le da a ésta justifica que el régimen destinado a superarla no quede librado a las partes, justificando la existencia de pautas rígidas sobre el contenido del plan y de amplias facultades judiciales para controlarlo. El plan es un proyecto sobre el futuro del patrimonio en crisis que precisa fundamentalmente los medios para la viabilidad de la empresa y la posibilidad de satisfacción de los acreedores. Esta preocupación es central en las legislaciones de Francia, Italia, Alemania, Inglaterra, Bélgica, España y EEUU. 9) La preocupación por la crisis también abarca como uno de sus efectos, la sanción de las conductas ilícitas en el ámbito mercantil y penal: El código de comercio francés establece la responsabilidad personal de los dirigentes en la clausura por falta de activos, un severo procedimiento de falencia personal al que se llega por actos y conductas civilmente reprochables, y varios delitos e infracciones. En Gran Bretaña el organismo de aplicación “Insolvency Service”, emite resoluciones de descalificación, por las que se imponen severas restricciones con períodos que alcanzan los 15 años, incluyendo su nombre en el “Registro de Directivos Descalificados”, que es un organismo a cargo del Registro de Sociedades. En similar línea se inserta el régimen de inhabilitación de la ley portuguesa.

(73) Todos estos nuevos regímenes recogen los objetivos de un “Régimen eficaz y eficiente de la Insolvencia”, acordados en la Comisión de trabajo V de la UNCITRAL, cuyas directivas se emparentan con la tendencia del denominado “voluntarismo” asentado sobre el principio (como vínculo ideológico) de la omnipotencia de los acreedores en la dirección de la quiebra, pero que se diferencia del voluntarismo tradicional por ser parte de un movimiento general de desregulación sustentado en tendencias ideológicas, donde se subraya la concepción contractual de las herramientas de tratamiento y solución de la insolvencia. Iglesias sostiene que este modo de concebir la regulación de la crisis patrimonial tiene sustento en los desarrollos teóricos de la ciencia económica, y reconoce sus fuentes en la revitalización de la economía neoclásica por diversas ramas como la teoría del capital humano, la mitología de Friedman y su teoría monetarista, la escuela de la

Public Choice de Buchanan, el denominado movimiento de los derechos de propiedad y las restantes escuelas neoinstitucionalistas de la economía, y particularmente los presupuestos y postulados de los análisis de la Economía de costos de la transacción. Estas influencias habrían dado lugar a una particular visión del derecho cifrada en el paradigma del “homo economicus” hacia el del “homo contractual”, con lo que el derecho no sería más que una estructura de intercambios, una formulación contractual. (IGLESIAS JOSE A.: “Las Tendencias del Derecho Concursal Comparado y las Reformas a nuestra Legislación”, publ. ED, ejemplares del 13,14 y 17 de Noviembre de 2003).

(74) Juan Bautista Alberdi nos enseñó que la Constitución, asegura una entera libertad de las facultades productivas del hombre, y que el gobierno tiene el poder de estorbar o ayudar a su producción, para lo cual debe contemplarse que no sólo la libertad y la igualdad, son los medios empleados para atraer capitales, sino que la generación de riquezas se encuentra estrictamente vinculada con las seguridades que el derecho comercial pudiera brindarle. Por ello, en su tiempo el genial tucumano que la inspiró, pretendió hacernos entender que “las leyes contra los deudores de mala fe contribuyen a establecer la confianza en el comercio, y tienen gran influjo en la baja de interés de los capitales y en su afluencia y multiplicidad. Una buena legislación de quiebras, pero no una legislación cruel, ciega, que no sepa distinguir la desgracia del fraude, sino aquella que impida que la quiebra se convierta en industria y negocio tan lucrativo, como otra cualquiera, será uno de los medio más eficaces de organizar el propósito de la Constitución Argentina, dirigido a atraer capitales extranjeros a la confederación”. (conf.: ALBERDI, J.A.: “Sistema Económico y Rentístico”, p.159, Ed.Ciudad Argentina).

(75) Deben atenderse las propuestas de modo de tomar lo que tienen de bueno, y siempre algo se encuentra. En este sentido vale destacar algunas de las medidas recomendadas por una comisión de expertos del Banco Mundial en el año 2002, entre ellas: simplificar los procesos verifcatorios, crear juzgados concursales para los grandes centros comerciales, propiciar reformas legislativas que separen los procesos de empresas respecto de las personas físicas, armonizar las reglas de responsabilidades de directores y administradores con las disposiciones societarias, poner el marcha el registro nacional de concursos, establecer criterios para la selección de los magistrados con énfasis en la capacitación en lo comercial, administración y finanzas, aplicar técnicas de mediación y arbitraje, diseñar estándares éticos en el entrenamiento judicial con procedimiento para facilitar las denuncias, mejorar la supervisión de los Síndicos, estableciéndoles además exámenes de calificación y capacitación continuada (conf.: “Reporte de Observancia de Estándares y Códigos. Argentina. Sistemas de Insolvencia y de derechos de crédito”, puede verse en página web [http://www.worldbank.org/ifa/icr\\_arg\\_spa.pdf](http://www.worldbank.org/ifa/icr_arg_spa.pdf)).

(76) Con mayor autoridad se ha dicho: “Sobre este último punto -protección creditoria- parece necesario repetir que el proceso ejecutivo concursal apunta en primer lugar a la protección de los acreedores, según un principio fundamental emergente fuertemente sostenido por la Comisión Ministerial, mientras la conservación de la empresa, con toda la carga social de la cual está animada y con todas las finalidades humanas a las cuales tiende, debe ser perseguida correctamente sólo en modo compatible con la protección creditoria; de otra manera se sacrificarían derechos subjetivos personales a favor de otros y además injustificadamente a cargo de ellos, como precisamente los acreedores, cuyo contributo económico ha hecho posible la vida de la empresa, y por ello, los mismos trabajadores dependientes en cuanto acreedores”. (Conclusión de la Comisión Ministerial Italiana para la Reforma Concursal, publicada en “Derecho Concursal”, t.1, p.565, de Pajardi, Alegría, Kleidermacher, Montalbán y Gebhardt).

(77) Los reiteradamente mencionados Tribunales de Comercio franceses, son 191 en total, y se ocupan de resolver generalmente litigios entre comerciantes o entre comerciantes y

sociedades comerciales y los que se refieren a actas comerciales, y entre estos temas se encuentran la prevención, rectificación y la liquidación de empresas. La secretaría del Tribunal tiene a su cargo distintas funciones: resguardo de actos del Tribunal, entrega de copias de sus decisiones, tiene a su cargo el registro Mercantil y de Sociedades, asegura la costa y rúbrica de los libros de los comerciantes y sociedades comerciales, entre otras funciones administrativas. El tribunal de comercio resuelve en primer y último resorte, resultando la posibilidad de revisión excepcional y según la importancia del litigio. El Tribunal de Comercio está formado por jueces no profesionales, de los comerciantes benévolos, elegidos para 2 a 4 años por otros comerciantes. La jurisdicción la forman un Presidente, un vicepresidente y un número variable de Presidentes de sala y jueces consulares. La Fiscalía representa las autoridades públicas ante el tribunal de comercio, y debe expresarse facultativamente cuando lo desee, y obligatoriamente sólo en los procesos de rectificación o liquidación judicial de empresas. No resulta extraña la función en la prevención, porque de hecho el Tribunal cumple otras funciones que escapan a la función jurisdiccional, y son propias en nuestro país, de otros órganos como el Registro Público de Comercio o la Inspección de Personas Jurídicas. De hecho, en el procedimiento de alerta, el Presidente del Tribunal no interviene como juez, sino como “hombre notable”.

(78) Art. 4º de la Ley Orgánica Nº 22.315

(79) Incluso pudiera efectuar tal contralor respecto de los comerciantes matriculados, en la medida en que se les impusiera con carácter de ineludible la matriculación cabiera a estos establecer el carácter obligatorio de la inscripción como comerciante. Como se establece en el Código de Comercio de Ecuador, el nuestro debería modificarse en lo pertinente estableciendo que no se podrá ejercer el comercio sin la inscripción ante el Registro de Comercio como comerciante, y el otorgamiento de la matrícula respectiva. Cabe referir que en mencionado cuerpo normativo ecuatoriano se califica de ilícita la actividad mercantil efectuada sin tal inscripción (agregado al art.6).

(80) Se ha optado por designar a la institución con un solo nombre: el concurso. Esta es también la solución brindada a la nueva ley concursal española del año 2003. En la exposición de motivos se justificó la elección de la siguiente forma: “El nombre elegido para denominar el procedimiento único es el de “concurso”, expresión clásica que, desde los tratadistas españoles del siglo XVII, fundamentalmente de Amador Rodríguez (Tractatus de concursu, 1616) y de Francisco Salgado de Somoza (Labyrinthus crediturum concurrentium, 1646), pasó al vocabulario procesal europeo y que, por antonomasia, describe la concurrencia de los acreedores sobre el patrimonio del deudor común....No se persigue con ello solamente rescatar un vocablo tradicional en la terminología española, sino utilizarlo para significar el fenómeno unificador de los diversos procedimientos de insolvencia e identificar así gráficamente el procedimiento único, como ha ocurrido en otras legislaciones” (E.M.Ley 22/2003, del 9 de Julio de 2003).

(81) Siguiendo en el tema los lineamientos de la ley alemana, los supuestos de concursamiento pueden describirse de la siguiente forma: La insolvencia: es aquella situación en la cual el deudor no está en condiciones de cumplir con las obligaciones exigibles, en definitiva, incapacidad total o permanente de cumplir en todo o en parte con las reclamaciones de los acreedores, exteriorizada para los acreedores con el estado de cesación de pagos. Aquí el trámite se inicia a instancia del acreedor, del deudor, o de oficio por la remisión del caso por parte de la IGJ. Con esta ampliación en los legitimados se persigue conseguir la tempestividad del trámite. Amenaza de insolvencia, es la situación de insolvencia potencial, o sea cuando sea de esperar que el deudor no esté en condiciones de cumplir con sus obligaciones al momento del vencimiento. Este supuesto sólo puede ser invocado por el deudor y por la IGJ. Sobreendeudamiento, esta causa está destinada a las personas jurídicas, y se refiere a la situación en la cual el patrimonio del deudor no cubre

las obligaciones contraídas, que se diferencia de la insolvencia porque en esta existe una regla contable en la cual el pasivo es superior al activo, y por lo tanto el capital es insuficiente para satisfacer a todos los acreedores; en el sobreendeudamiento se supone una permanente incapacidad patrimonial del deudor para cumplir en todo o en parte las reclamaciones de los acreedores al vencimiento de sus créditos. Ambos conceptos se diferencian por la posibilidad de acceso al crédito del deudor.

(82) El plan deberá estar referido a la satisfacción del pasivo y en la medida que los acreedores no deban soportar un injusto sacrificio, a la preservación de la empresa. Si bien su elaboración estará a cargo del Administrador, intervendrán en su confección el deudor y el representante de los acreedores. Deberá estar listo, negociado y aprobado por los acreedores al cabo del término que al efecto fije el Juez, y constar de dos partes, una descriptiva, que indique las medidas ya adoptadas, las que deben profundizarse y las que se adoptarán en el futuro para la satisfacción de los acreedores, y el salvataje definitivo de la empresa a través de su conservación en manos de los mismos dueños o de su cesión. La parte organizativa determinará como el plan va a incidir en el pasivo y la metodología a emplear para su satisfacción. Desde la apertura de la etapa del convenio, el juez establecerá un término de tres a seis meses según sea las características cuantitativas y cualitativas del concurso, para la elaboración del plan y la negociación del mismo. Previo a homologar, el Juez podrá oír a quienes no lo hubieran suscripto, o a quienes intervinieron en su elaboración, de modo de recabar mayor información para su análisis del plan propuesto, e incluso brindar un nuevo término para que se reformule algún aspecto, de modo de evitar el rechazo de la homologación. Tal como lo establece la ley falimentaria italiana de marzo de 1942, el juez sólo homologará luego de un cuidadoso examen formal y de mérito, ponderando la conveniencia económica del plan para los acreedores, en relación con la actividad existente y la eficiencia de la empresa -art.181-, y como se previó en nuestro país en el proyecto de reformas de 1993, tomando la idea de Malagarriga, podrá el órgano jurisdiccional incluso homologar, a pesar de no haberse reunido las mayorías necesarias, si así lo aconsejan las circunstancias del caso, o desventajas ciertas para los acreedores en el cobro de la liquidación por quiebra. Con la homologación el plan adquirirá el carácter de cosa juzgada aún para quienes se hubieran opuesto, levantando con ello el Juez el procedimiento concursal, con lo que el concursado recuperará la administración plena y disposición de la empresa.

(83) Los acreedores son, como dice Nuria Bermejo Gutiérrez, los mayores interesados en que el valor del patrimonio del deudor sea máximo, pues cuanto mayor sea el valor de éste, mayor será el valor de sus créditos, lo que aconseja a dejar en sus manos el descubrimiento del destino que haya de darse al patrimonio concursal (conf.: GUTIERREZ, N.: “Créditos y Quiebras”, p.505).

(84) Esta fórmula destinada a la pre-insolvencia, responde a la necesidad de tiempos más complejos de nuevas fórmulas que superen las deficiencias de las ofertas tradicionales en materia de prevención (MAFFIA. O.: “Sobre acuerdo preventivo extrajudicial”, ED, 4/11/2004, p.1). Como contrato, merece ser mantenido, ya que resulta auspicioso que la autonomía de la voluntad sea suficiente para resolver los conflictos que desatan en la vida empresaria, y más si ello ocurre tempestivamente, evitando que la crisis se desate. Sin embargo en el ámbito de la jurisdicción el instituto debe reformularse, restringiendo la oponibilidad del acuerdo homologado a la categoría comprendida, y sólo a los acreedores que hubieran sido efectivamente llamados. Es de observar para ello la experiencia francesa en “reglement amiable”, e incluso, los ajustes que hoy se evalúan sobre esa figura fuertemente auspiciada por sus virtudes preventivas, como asimismo nuevas variantes que empiezan a imponerse en el debate como la liquidación amistosa bajo control judicial y la cesión amistosa judicialmente asistida. El incumplimiento al acuerdo preventivo

extrajudicial, debe ser un supuesto objetivo de apertura del Concurso. Finalmente, el uso de la figura puede ser alentado por diversos estímulos como la reducción de la presión impositiva, que es la receta seductora prevista por el derecho italiano y el portugués, para las fórmulas reorganizativas.

(85) PEYRANO, J.: El Derecho Procesal posmoderno, LL, 1991-A- 915. Vale destacar la impronta realizada en el ámbito procesalista desde la década del setenta por Mauro Cappelletti y su “Movimiento por el Acceso a la Justicia”, con el que influyó notablemente en las ideas de nuestro país sobre la ciencia del proceso y el deber social de los juristas, desafiándolos a hacer ciencia útil, a escuchar, interpretar y buscar en la política procesal las técnicas y mecanismos modernos que brinden respuestas a los reclamos urgidos y complejos del presente (conf.: MORELLO, A.: “El Proceso Civil Moderno”, p.36).

(86) Se deberá acudir al efecto la concepción aristotélica-tomista, por la cual los valores éticos y jurídicos son aprehendidos por la razón mediante el conocimiento de los fines inherentes a su propia naturaleza, y a la filosofía de los valores, desde donde J. Finnis sostuvo que a la ley positiva le corresponde determinar los principios y valores contenidos en la ley natural, realizándolos en concordancia con la circunstancia histórica concreta (conf.: TORRE MARTINEZ, C. De la: “La recepción de la filosofía de los valores en la filosofía del derecho”, Ed.Universidad Nacional Autónoma de México).

(87) Insolvency practitioners - Insolvency Act 85 part.I, Insolvency Act 86, part.XIII, propuso la creación de un cuerpo de expertos en insolvencia, integrado por abogados y contadores, que debían acreditar una experiencia no inferior en el cargo de cinco años, aprobar un examen de capacitación y la constitución de fianza suficiente para la eventualidad de daños ocasionados por mal desempeño doloso o negligente de la función. La supervisión del procedimiento estaría a cargo del Ministerio de Comercio.

(88) El Instituto Federal de especialistas en Concursos Mercantiles (INFECOM), fue creado por disposición de la ley de concursos mercantiles del año 2000, y es un órgano auxiliar del Consejo de la Judicatura Federal, a su vez órgano administrativo del Poder Judicial de la Federación, con autonomía técnica y operativa, cuya principal misión es la autorización del registro de personas que acrediten requisitos necesarios para realizar las funciones de visitador, conciliador o síndico. Lleva además estadísticas, dispone la elaboración de análisis, estudios, programas de capacitación y difusión de información.

(89) “Informe de la Asociación Jueces para la Democracia al Anteproyecto de acuerdo reglamentario del año 2003, del pleno del CGPJ, por el que se modifica el reglamento de 1995, en lo relativo a la especialización de miembros de la carrera judicial en los asuntos propios de los órganos de lo mercantil”.

(90) JACQUEMIN,Alexis, SCHRANS, Guy: “Eléments structurels d`une magistrature économique”, p.421. Sostienen dichos autores que la puesta en marcha de la magistratura económica debe tener previamente precisados: 1) los agentes en causa (empresas, Estado, particulares); 2) las relaciones potencialmente conflictivas entre estos agentes; 3) los tipos de conflictos (por ejemplo aquellos relativos a la legalidad económica y a la oportunidad económica); 4) la naturaleza de la intervención deseada (opinión, conciliación, compromiso de arbitraje, juicio natural que no se puede apelar;(cosa juzgada). 5) la naturaleza de la composición de los organismos llamados a resolver el conflicto, yendo del “perito” al juez, pasando por el “sabio” (prudente, circunspecto) y la autoridad administrativa.

(91) Ministerio de Justicia de la Nación, “Plan Nacional de Reforma Judicial”, cap.III.

(92) ibid. En síntesis, el “Modelo Reducido” de oficina judicial, trata de dar funcionalidad a los órganos jurisdiccionales en donde la actuación del juez resulta decisiva para el descubrimiento de la realidad fáctica, y en nuestro caso, lo será para el cumplimiento de los fines del trámite concursal. En este contexto, la participación del juez en la dirección del proceso, en la producción de prueba, y en la activa función de un juez que es la

personificación del Estado, deseoso de satisfacer el interés público de paz social y justicia, es la regla. Por ello es este también el modelo que se aconseja para los juzgados de instrucción, fiscalías de instrucción con procedimiento acusatorio pleno, juzgados de conocimiento regidos por el Código Procesal Civil y Comercial, y especialmente, para el proceso civil moderno que postula la Escuela de La Plata.

(93) El Juez en lo concursal, debe reunir los mismos atributos personales, técnicos, gerenciales y físicos, que cualquier otro (la Comisión Perfil del Juez, de la Mesa Permanente de Justicia del Diálogo argentino, concluyó que el candidato a juez debía reunir cuatro tipos de idoneidades: 1- idoneidad técnico jurídica; 2- idoneidad físico-psicológica; 3- idoneidad ética y 4- idoneidad gerencial. Publicado el documento en "Realidad Judicial", del 15/08/2003, ed. La Ley.), pero además debe contar con la personalidad y templanza suficiente, como para asumir el rol de director activo del proceso propuesto, y el conocimiento del derecho en general que le permita garantizar la vigencia también en este campo, de la tutela judicial efectiva y las reglas del proceso justo. Los mecanismos del selección de Magistrados, deberán atender que la especialidad de un juez de concursos, presupone el amplio conocimiento del derecho en general, y la capacidad de interpretarlo con un criterio finalista de hermenéutica, además de la aptitud de comprender otras materias que se relacionan directamente con las crisis empresarias, como la economía, la contabilidad, mercado de capitales, el derecho laboral, los procesos sociales, la realidad, elementos de psicología para entender conductas de los actores del sistema, y debe comprender también cuales son los efectos que sus decisiones pueden tener en la sociedad, con otras empresas, e incluso respecto del Estado y los servicios públicos. El juez concursal no estará exento de la demanda de discreción e independencia, que debe manifestar en sus conductas personales, y en el ejercicio racional y prudente de sus potestades en la dirección del proceso, en la que deberá demostrar una clara comprensión del sentido de su función. Desde la literatura de economía judicial se ha señalado la necesidad de que los jueces ejerzan su función en un marco adecuado de premios y castigos, en donde los incentivos permitan a estos desplegar su máxima capacidad. Finalmente, la modernidad exige de los jueces el manejo adecuado de los medios informáticos con los que pueda contar, y tal condición se ve reforzada en la materia concursal donde mucha información les llegará directamente envasada en mecanismos compactos, deberá procesar datos y planillas, y el dominio de mecanismos de búsqueda en internet, será de rigor.

(94) Los secretarios tienen asignada en la organización judicial argentina el monopolio de la "fe pública" en las actuaciones judiciales y un gran número de actividades de índole administrativa y judicial. La modernidad, el despegue que se ha producido en estos tiempos del formalismo y el cúmulo de tareas que esperan solución en los juzgados ha generado una fuerte discusión sobre mantener o no al Secretario en un rol burocrático que le asigna el sistema, por lo menos en lo formal. Sobre este punto, la mayoría de los análisis que se han efectuado modifican el sistema existente, y hay desde quienes abogan por la supresión de los secretarios, a quienes piden su transformación en administradores de juzgados, o quienes los ponen en cabeza de la oficina de tramitación de expedientes, de manejo de recursos y de diligenciamiento de medidas, o simplemente le asignan mayores responsabilidades acordes a la función que en la práctica ejercitan. Lo cierto es que los juzgados argentinos tienen en Juez y Secretario un equipo de trabajo, que no sólo responde a las necesidades de distribución de tareas y de delegación de funciones, sino que además en los hechos, responden a una exigencia constante del hombre que toma decisiones de trascendencia, que siempre tiene a su lado alguien, un consejero, ministro, secretario o como se llame, con quien compartir las evaluaciones y someter el análisis a los oficios de la dialéctica. Es inherente al carácter social del hombre, y si el Juez pierde al Secretario en esa función, lo sustituirá por otro funcionario con otro nombre, que tenga la capacidad

técnica de cumplir ese mismo rol. Sin embargo, la escala de responsabilidades que ha debido afrontar el secretario en el funcionamiento de los Juzgados, ya sea por su capacitación y experiencia, o por la complejidad y volumen de los temas que deben atenderse, que determinaron la progresiva delegación de funciones, justifican un sinceramiento de los esquemas formales. De esta forma las tareas de inteligencia del trámite que lleva el secretario, como su calidad de relator de autos y sentencias, no sólo debe ser blanqueado para precisar responsabilidades e incluso remunerar adecuadamente, sino además para seguir experimentando con más atribuciones de funciones que no impliquen invadir la tarea jurisdiccional del Juez. En este sentido, en los concursos y las quiebras el secretario podría firmar las providencias de mero trámite, como dar a conocer el informe general, tener por promovidos incidentes, dar vistas, conferir traslados, poner planillas a estudio, llevar incidentes de rendiciones de cuenta (salvo controversia), etc. En especial, el sistema concursal propuesto permite se asigne al Secretario la tarea de enlace con la Inspección de Personas Jurídicas en relación a la prevención, y es éste quien debería organizar las citaciones y la información con la que contará el juez en la primer instancia al tratamiento judicial de la insolvencia.

(95) información disponible en la página web de la Corte Suprema: [www.csjn.gov.ar](http://www.csjn.gov.ar), y en la del Poder Judicial de la Nación, ingresando a la Cámara Nac. Apel. Comercio: [www.pjn.gov.ar](http://www.pjn.gov.ar). No se trata de iguales estadísticas las que informan ambos sitios, e incluso los datos que contienen exhiben importantes diferencias de confección, acceso y coherencia, tal como ha sido destacado en el “Análisis del Fuero Comercial -Resumen Ejecutivo”, culminado por FORES en el año 2004, donde se hace hincapié en la necesidad de generar fuentes de información estadística que respondan a las características de fidelidad, publicidad y homogeneidad.

(96) Las estadísticas de los juzgados de Concursos y Sociedades de la Provincia de Córdoba informan causas ingresadas con discriminación de tipo de causa, resoluciones dictadas discriminadas por objeto de juicio o de la actuación, autos discriminados (según un amplio listado que incluye el modelo), y “recursos discriminados según el resultado”, lo que cabe destacar, se trata nada más y nada menos que de la incorporación de pautas de calidad en el sistema estadístico, toda una novedad.

(97) Cabe aclarar que el Registro Nacional de Concursos y Quiebras previsto por el art. 295 LCQ, nunca fue creado, y que a causa de la ausencia de información sobre personas inhabilitadas, a fin de ejercer en forma eficaz los controles que contribuyan a la moralización y seriedad del comercio, la IGJ dictó la Res.Gral.17/04, donde se crea el libro alfabético de personas inhabilitadas por quiebra, respecto de juicios tramitados en el fuero ordinario en lo federal de Capital Federal.

(98) Resulta en este sentido digna de observar la experiencia seguida en el marco del convenio de colaboración suscripto ente el Ministerio de Justicia, el ilustre Colegio de Abogados de Madrid y la Comunidad de Madrid, en fecha 1 de Febrero de 1995, para la transparencia de las subastas judiciales, donde se estableció la finalidad de facilitar a los ciudadanos un asesoramiento jurídico preciso en el tema, e incluso intervenir en el trámite cuando se trate de casos en que proceda el asesoramiento gratuito.

(99) Ni bien ingresamos a este terreno nos vemos en la necesidad de distinguir los conceptos de eficacia y efectividad, el primero relacionado con el grado de cumplimiento de las metas propuestas, y el segundo con la producción en relación a los insumos utilizados. En cambio el concepto de eficiencia comprende a ambos términos. En definitiva toda decisión eficiente será aquella que consigue un objetivo determinado al mínimo costo conforme a la síntesis que permite el repaso por las distintas definiciones que proporciona el análisis económico del derecho.

(100) Conforme al criterio de Pareto, la eficiencia la determina la mejora global, en

términos económicos sería que aquellos individuos que mejoren su situación puedan compensar a aquellos que empeoran, y por otra parte debe ser unánime, es decir aceptada por todos, en términos económicos implica que una situación va ser más eficiente que otra cuando ninguno de los sujetos empeora su situación y al menos uno la mejoró. (conf.: PARETO, Vilfredo Manual de Economía Política, Atalaya, Bs. As., 1945; SOLA, J.V.: "Constitución y Economía, p.72 y sgtes., Abeledo-Perrot, 2004).

(101) COUTURE, E.J.: Anteproyecto, p.41.

(102) En el 6 de septiembre de 2001, fue suscripto entre la Procuración General de la Nación, la Defensoría General de la Nación y la mayoría de las Cortes provinciales, el Convenio sobre el Sistema de Información para la Justicia Argentina, en el que se estableció un compromiso de incorporar en sus respectivas jurisdicciones mejoras en el sistema de obtención de datos para una mejor comprensión de la realidad, se definen objetivos comunes y establecen indicadores que permitirán una evaluación de la situación no sólo cuantitativa, sino también cualitativa. Estimo que las dificultades en la implementación de este sistema de información radican en la ausencia de una adecuada cultura, ya que alta actitud y decisión de los órganos superiores de gobierno en llevar adelante todas las medidas que implican la puesta en marcha, son dotación informática y capacitación, incluso para quienes deberían relevar los datos y no le dan la importancia que el tema merece, reduciendo a una tarea burocrática más que se suma a la sobrecarga laboral.

(103) FIEL organizó en los años noventa una estadística privada debido a la ausencia de datos públicos relativa a la duración máxima y mínima de los juicios en los fueros Comercial, Civil, Laboral y Contencioso Administrativo de la Nación (La reforma del Poder Judicial en la Argentina, julio 1996, gráfico 4, pág. 49).

(104) Ministerio de Justicia de la Nación, "Plan Nacional de Reforma Judicial", cap.I.

(105) BIELSA, R.A.: ob.cit., p.22.

(106) Ministerio de Justicia de la Nación, " Plan Nacional de Reforma Judicial", cap.I.

(107) CUETO RUA, J.C.: "Fuentes del Derecho", p.151.

(108) LL, 1983-B, 658/706, y ED 43-129.

(109) Juzgado Nacional de Primera Inst. en lo Comercial N°26, firme, 10/03/2004, en "Menzildjian de Pelligri, Anelga s/Acuerdo preventivo extrajudicial", publ. ED, 27/10/2004, con nota de Lorente y Truffat.

(110) Se destaca en el tema el trabajo realizado por FORES, en "Radiografía de la Justicia Argentina", (ver: [www.foresjusticia.org.ar](http://www.foresjusticia.org.ar)).

(111) Señala Berizonce: "un tópico de particular importancia cuyo abordaje requiere un afinado enfoque desde la perspectiva sociológica, es el que plantea la ignorancia del derecho y el sistema de justicia, erigidos en formidables obstáculos que se oponen al acceso a la justicia" (BERRIZONCE, R.O.: "Efectivo acceso a la justicia", p.129, Librería editora Platense SRL, obra prologada y ponderada por el Prof. Mauro Cappelletti).

(112) Poniendo de resalto, que el estado de derecho es un desafío común, recordó recientemente Abel Fleitas Ortiz de Rozas una obra de Carlos Nino ("Un país al margen de la ley (estudio de la anomina como componente del subdesarrollo argentino), donde comentaba "la tendencia recurrente de la sociedad argentina, y en especial de los factores de poder, a la anomia en general y a la ilegalidad en particular, o sea, la inobservancia de las normas jurídicas, morales y sociales". (La Nación, 11 de Agosto de 2005, opinión).

(113) JUAN PABLO II, "Memoria e Identidad", p.109, ed. Planeta.

(114) Explicaba el eminente pensador argentino José Ingenieros, que los ideales comunes, representados por la conciencia social, no son igualmente sentidos por todos los miembros de una sociedad; solamente son claros y firmes en los núcleos animadores, que prevén el ritmo del inmediato devenir. Estos ánimos renovadores, señalaba Ingenieros, tienen su enemigo militante en las minorías conservadoras, detrás de las cuales actúa su aliado

invisible: “los hábitos sedimentados en la rutina de las mayorías”, entonces “la inercia mental de los más obra como peso muerto frente el variar de la realidad y a los ideales que interpretan su ritmo. El conformismo nace de los hábitos que acomodan la voluntad a la menor resistencia; toda variación que altere el actual estado de equilibrio perturba esos hábitos y plantea dificultades imprevistas que reclaman un nuevo esfuerzo de adaptación. En el orden social la rutina representa acomodaciones ya automáticas, opuestas a cualquier renovación que exija actividades inteligentes; las mayorías amorfas nunca desean los cambios que promueven las minorías pensantes, porque para ellas todo cambio es trabajo presente cuyos beneficios ulteriores no sospechan. Son, por ende, enemigas del progreso, sin perjuicio de aprovechar más tarde los cambios realizados por el exclusivo esfuerzo ajeno”. (conf.: INGENIEROS J.:”Las Fuerzas Morales”, p.104, ed. Losada).

(115) GRINBERG, L. Y GRINBERG, R.: “Identidad y Cambio”, p.81, ed. Paidós.

(116) Conf.: INGENIEROS, J.: ob.cit, p.106.

(117) LESSER, A.: “Herramientas para el cambio de la Justicia”, cuadernillos capacitación judicial Instituto Alberdi, Entre Ríos, año 2001.

(118) COUTURE, E.J., “Introducción al Estudio del Proceso Civil”, p.47, ed. Depalma. Se refiere a la obra de Francois Rabelais “Gargantua et Pantagruel”.

(119) MORELLO, A. M.: “Desde la Primera Instancia y el cambio de Mentalidad”, en rev.LL, 28/04/04, p.1.