

Recepción concursal de la crisis y presupuesto objetivo de los concursos

Por Daniel Fernando Alonso[1]

El consulado de Buenos Aires [\[arriba\]](#)

Mediante el Supremo Decreto del 29/3/1836 sobre esperas y quita, el entonces Gobernador de Buenos Aires declaró abolidos “los juicios de concursos de acreedores y llamados de esperas o moratorias y de remisión o quitas”, prohibiendo solicitar “ninguna de las dos cosas en juicio”, ni obligar a acreedor alguno “a concederlas por el voto de los demás acreedores”. Invocaba como fundamento que “sólo sirven para que los malos pagadores se burlen de todos” validándose los efectos de manejos fraudulentos y de siniestras inteligencias y confabulaciones”. [2]

Con esta norma, interrumpía temporaria y parcialmente la aplicación del régimen de las Ordenanzas de Bilbao (de 1737) cuya vigencia en estas tierras se dispusiera mediante la Real Cédula de Erección del Consulado de Buenos Aires, expedida en 1794 (consulado que, bajo el Secretariado perpetuo de Manuel Belgrano, fuera el único en territorio de lo que hoy es la República Argentina).

El Código de Comercio [\[arriba\]](#)

Este régimen colonial fue el reemplazado por la primera legislación comercial patria (sin perjuicio de que algunas provincias -como Corrientes, Mendoza y San Juan- adoptaran transitoriamente el Código de Comercio Español de 1829), es decir, por el Código de Comercio redactado por Eduardo Acevedo y Dalmacio Vélez Sarsfield, que se adoptara por el Estado de Buenos Aires en 1859 y por la Nación en 1862.

Inspirado en la tradición napoleónica del Code du Commerce de 1807, nuestro Código de Comercio contaba con su Libro IV originariamente titulado “De la insolvencia de los comerciantes”. El mismo fue modificado en 1889, cambiando su denominación a “De las quiebras”.

Con aplicación restringida a los comerciantes, el Código de Comercio sólo preveía una solución para la crisis: la quiebra. Su art. 1511 establecía que

“Todo comerciante que por cualquiera causa cesa sus pagos, se halla en estado de quiebra” y su segundo párrafo decía “La cesación de pagos, característica del estado de quiebra, puede no ser general. Todo aquel que sin razón particular respecto de alguno o algunos créditos comerciales cesa de pagar unos, se considera en estado de quiebra aunque atienda al pago de los otros créditos”.

El diseño del Código originario no satisfizo y a los pocos años el Informe de la Comisión Reformadora de 1889 señaló que la reforma, entre sus temas principales, le daría “a este juicio casi los caracteres de una liquidación judicial, [...] una ley que, por su naturaleza, debe reconocer por principal objetivo la rápida solución de ese estado excepcional y complejo del comerciante”. La reforma incorporó la referencia al cese del pago de “una o varias obligaciones comerciales” en el art 1379.

Así, en este tiempo, el concepto detrás del término “cesación de pagos” era interpretado como cesar en los pagos. Y, por otro lado, era considerado el “hecho generador” del estado de quiebra[3].

El Libro IV del Código de Comercio fue sustituido totalmente por la Ley N° 4.156 (promulgada el 30/12/1902), cuyo art. 165 declaró “derogadas las disposiciones del Libro Cuarto del código de comercio”.

La Ley N° 4.156 [\[arriba\]](#)

Sin apartarse de su carácter ceñido exclusivamente a comerciantes, la Ley N° 4.156 incorporó novedades significativas en la historia del derecho falimentario argentino, innovando al prever junto con la “quiebra”, la denominada “Convocación de acreedores” (arts. 6 a 42). La ampliación a dos de la oferta de procedimientos concursales implicó no sólo pasar de un derecho de quiebra a un derecho concursal, sino también la regulación en forma diferenciada del presupuesto objetivo para la procedencia de cada uno. Veamos:

El art. 6 rezaba:

“Todo comerciante matriculado que se encuentre en la imposibilidad de cumplir con sus obligaciones comerciales, deberá antes de la efectiva cesación de pagos o hasta tres días después, presentarse ante el juzgado de comercio o solicitar reunión de acreedores”.

Resalto que la ley terminológicamente se refería al “estado de cesación de pagos”, “la cesación de pago” o de “pagos”, e incluso al “estado de insolvencia” (esto último sólo en el art. 8), e incluía también la mención de “la efectiva cesación de pagos” (arts. 6, 43, 47 y 76). Ello permitía, al menos desde una interpretación literal del texto legal, considerar que se invitaba -u obligaba- a la presentación aún sin “cesación de pagos” (puede contrastarse también otras normas como el art. 8 inc. 2, 43 y 44, entre otros). Es decir, esto implicaba que podía tramitarse la referida “convocación” íntegramente sin llegar a la “efectiva cesación de pagos”.

Ley N° 11.719 [\[arriba\]](#)

La Ley N° 4.156 fue reemplazada por la Ley N° 11.719, promulgada el 17/9/1933, cuyo art. 207 dispuso que “quedan derogadas las disposiciones de la Ley de quiebras N° 4156”.

Basada en el Anteproyecto redactado por el senador Ramón Castillo, quien por entonces contaba con “larga actuación de magistrado”[4], la Ley N° 11.719 implicó una aplicación extensiva del régimen de la quiebra, puesto que alcanzaba a quienes habían dejado de ser comerciantes y a las sociedades no comerciantes. La denominada “ley Castillo” abandonó los criterios de la Ley N° 4.156, y volvió a la “cesación de pagos” para establecer que “constituye el estado de quiebra”[5]. Por entonces el debate se centraba en la relación entre “cesación de pagos” y “estado de quiebra”, y se comenzó a hablar que la cesación de pagos como un concepto “doctrinario”[6].

En este marco, en 1937, Raymundo Fernández publicó su Fundamentos de la quiebra, ofreciendo una sistematización de las conocidas teorías imperantes en ese momento: materialista, intermedia y amplia. Importa destacar que tanto la teoría materialista

(requiere el incumplimiento, es decir, un cesar de pagar), como la intermedia (requiere un incumplimiento, pero no siempre estos importan cesación de pagos), requieren un incumplimiento. Contrariamente, la teoría “amplia” concibe la cesación de pagos como un “estado” y no un hecho, estado que se percibe a través de una “infinita variedad de hechos”[7] que lo exteriorizan, hechos que, por ende, no pueden enumerarse taxativamente y requieren de la valoración judicial.

Mas allá de que la segunda parte de esta obra -págs. 219 a 829- fue un game changer, sintetizando el estado del arte hasta ese momento, puede decirse que también sirvió para consolidar “una verdadera sustitución, en el tiempo, del presupuesto objetivo concursal: del incumplimiento, que es un hecho, a un verdadero estado del patrimonio”[8]. El término “cesación de pagos” perdió su significación más literal, para conceptualizarse con un sentido distinto, como estado del patrimonio.

Ahora bien, el usar el mismo término en forma equívoca puede tener sus consecuencias.

Ley N° 19.551 [\[arriba\]](#)

Esa mutación llegaría para quedarse varias décadas en el derecho concursal argentino, en tanto la Ley N° 19.551 (promulgada el 4/4/1972), derogó a la Ley N° 11.719, pero consolidó el concepto de cesación de pagos en su concepción de la teoría amplia. Así, lo identificó como “presupuesto para la apertura de los concursos regulados por dicha ley}” (art. 1), y utilizó este término en los artículos 11 inc. 2, 40 inc. 5, 41, 61 inc. 5, 85, 86, 89, 90, etc., refiriéndose a la “época en que se produjo la cesación de pagos” (art. 40 inc. 5), la “fecha inicial de la cesación de pagos” (arts. 119, 120 etc.), el “conocimiento de la cesación de pagos” (art. 123).

En su Exposición de motivos, suscripta por Francisco Quintana Ferreyra, Héctor Alegría y Horacio P. Fargosi, la Comisión explicó que mediante el proyecto “queda(ba) solucionada la vieja disputa respecto de la exigencia de la cesación de pagos para la apertura del concurso preventivo” (v. II.1.), que la cesación de pagos “constituye un estado económico susceptible de ser demostrado a través de ciertos hechos” -los reveladores- (v. II.2.) y decidió “mantener la fórmula cesación de pagos por su tradición en el derecho argentino y en sus fuentes, estimando que un cambio por otro giro, también discutible en cuanto a su precisión, aparejaría nuevos problemas interpretativos, que se han querido superar; paralelamente se aclara la expresión a través de otras normas del proyecto (v. II.2. segundo párrafo). En esa línea se entiende la enumeración de los hechos reveladores y su interpretación como no taxativa[9].

Subrayo que la Ley N° 19.551 sólo empleaba una vez la voz “insolvencia”; lo hacía en el art. 166, precisamente en la norma relativa a la responsabilidad de los representantes.

Puede entonces decirse que, a esta fecha, el estado de cesación de pagos era el presupuesto objetivo para la apertura de los concursos, conceptualizado como

“la imposibilidad en que se halla el deudor de cumplir regularmente sus obligaciones, entendiéndose que la expresión adverbial ‘regularmente’ implica tanto un incumplimiento con medios normales, excluidos los ruinosos, como oportuno, es decir, al vencimiento de las obligaciones”[10].

Ley N° 24.522 [\[arriba\]](#)

Tributaria de la referida conceptualización, la Ley N° 24.522 entró en vigencia el 18/8/1995. En efecto, en nuestro tema y pese a las numerosas modificaciones posteriores, continúa en lo conceptual a su antecesora y conserva la referencia al “estado de cesación de pagos” o la “cesación de pagos” en los arts. 1, 66, 78, 79, 115, 116, 117, 119, 149, 169, normas que -incluso- repiten la redacción originaria de la ley.

Empero, la Ley N° 24.522 implicó también la necesidad de efectuar nuevas consideraciones.

Por un lado, por su “simplicidad terminológica”, conforme la Exposición de Motivos de la Ley N° 19.551, por tradición en el derecho patrio y para “evitar problemas interpretativos”, la expresión “cesación de pagos” ha quedado identificada como el presupuesto objetivo de los dos procedimientos concursales formales: el concurso preventivo y la quiebra.

Por el otro lado, con la Ley N° 24.522 se adopta terminología que abre senderos, o cuanto menos debates, respecto de la “cesación de pagos” en su carácter de exclusivo como presupuesto objetivo.

El tiempo se encargó de agregar “presión” dirigida a una mayor amplitud y flexibilidad en la recepción del derecho de la insolvencia, frente a la crisis empresarial. Aquí es donde, por un lado la “teoría amplia” -en terminología de Fernández- parece estrecha para acoger el fenómeno de la crisis, estableciendo un presupuesto más gravoso. Por el otro, la misma convive con la conceptualización de la cesación de pagos -como con el concepto de Tonón- que permite preguntarse cuántas personas jurídicas y cuántos empresarios individuales -sin contar personas humanas no comerciantes- se encuentran en cesación de pagos si nos atenemos a considerar que estar en cesación de pagos implica no poder “cumplir regularmente sus obligaciones” y entendiendo que “‘regularmente’ implica tanto un incumplimiento con medios normales, excluidos los ruinosos, como oportuno, es decir, al vencimiento de las obligaciones”.

Test de liquidez [\[arriba\]](#)

De este modo, nuestro ordenamiento concursal ha receptado y recepta el denominado “test de liquidez” (liquidity test) y no el “test del balance” o “del estado financiero” (balance sheet test), reflejado en ese estado general y permanente de imposibilidad de afrontar el cumplimiento regular.

En este sentido, puede decirse que sigue la línea captada como mejores prácticas internacionales tanto en los Principios y Líneas Rectoras para Sistemas Eficientes de Insolvencia y de Derechos de los Acreedores - Abril 2001 (principio 9 de la versión 2001)[11], y de la Guía Legislativa de la CNUDMI[12] sobre el Régimen de la Insolvencia (2004)[13].

Hacia el futuro [\[arriba\]](#)

Ahora bien, no puede olvidarse que, en esto, nuestra legislación se ha centrado en la crisis financiera. Los desafíos presentes, que también acompañan líneas rectoras de los estándares internacionales, con distintos grados de recepción en el derecho

comparado, son: (1) conceptualizar la cesación de pagos de un modo más amplio, (2) ofrecer soluciones a las crisis antes de que se instale la cesación de pagos, y (3) ofrecer mayor estímulo y protección a soluciones “privadas” de la crisis. Veamos:

Otros presupuestos objetivos [\[arriba\]](#)

La legislación concursal es excepcional y como tal, se ocupa activamente de precisar sus presupuestos de aplicación. Basta ver que el régimen concursal comienza con dos artículos dedicados precisamente a cada presupuesto, el objetivo y el subjetivo.

Sin embargo, la propia ley ha adoptado para el acuerdo preventivo judicial homologable, la expresión “dificultades económicas o financieras de carácter general” (art. 69 - v. modificación por art. 18 de la Ley N° 25.589 - BO 16/5/2002), estableciendo así lo que podemos interpretar como una excepción al presupuesto objetivo concursal, o como un presupuesto objetivo llave de un “derecho de crisis” -menos concursal y más de crisis-, con cierta relación con la norma del art. 6 de la Ley N° 4.156.

Así recepta “dificultades de carácter general” sin requerir generalidad y permanencia, y habilita que esas dificultades sean “económicas” y no sólo “financieras”.

Soluciones preinsolvencia [\[arriba\]](#)

El mismo acuerdo preventivo extrajudicial homologable -comúnmente denominado “APE”- implica una solución híbrida que amalgama una negociación extrajudicial y preconcursal con la recepción de su fruto prenegociado (prepackaged) a través de un trámite formal judicial abreviado. Al validar un presupuesto objetivo más amplio, ofrece una alternativa para anticipar el abordaje de la crisis, para la preinsolvencia, tendiendo así hacia soluciones simplificadas que faciliten las reestructuraciones extrajudiciales.

Ciertamente este vehículo ha recibido críticas entre nosotros. Sin embargo, amerita potenciar su mayor flexibilidad negocial, aprovechando su rapidez, su menor costo y sus mayores posibilidades de mejorar el recupero general -particularmente cuando se las compara con la liquidación-. Podrían agregarse alternativas que protejan el ingreso de dinero fresco, que incluyan la posibilidad clara de negociar por clases de acreedores, evitando así que el APE tenga en definitiva un tratamiento demasiado asimilable a un concurso preventivo. Para ello se precisa prever la alternativa de protección legal para la “etapa prejudicial” y reglas más claras para la “etapa judicial” que garanticen adecuadamente el ejercicio efectivo del derecho de defensa en juicio de los acreedores y el debido proceso.

Otra alternativa puede explorarse potenciando a los contratos plurilaterales de la deudora con sus acreedores, con el fin de encontrar una solución a la insolvencia, por los cuales de buena fe se haya negociado un acuerdo que eventualmente pueda solucionar la insolvencia -en esto ya avanzó la Ley N° 22.917 en 1983-. También a través de la adopción de ciertos “códigos de conducta” para la negociación -actitud colaborativa, compartir información y que la misma sea protegida, brindar parámetros para priorizar al otorgamiento de nuevo financiamiento- con la intervención de alguna “autoridad”; aquí también hemos tenido proyectos en el 2002 y durante el año pasado.

En esto no se trata de hacer el cambio sustancial de partir de lo extrajudicial y pasar, por conversión, al régimen y efectos del concordato; sino que se puede lograr el efecto de, continuando en la esfera contractual, preservar el principio de igualdad de modo que los no firmantes no reciban trato discriminatorio respecto de los que negociaron y acordaron. Extrajudicialmente, si pretendemos cierta “oponibilidad concursal”, hay que exigir el cumplimiento de la regla concursal de igualdad de trato, evitando así la vulnerabilidad frente a eventuales ineficacias en una hipotética quiebra posterior, e incluso los riesgos de responsabilidad para los administradores sociales.

Protección y estímulo a las renegociaciones privadas [\[arriba\]](#)

En síntesis, aparece la necesidad de proteger las negociaciones “privadas”. No puede dudarse de la preferencia por la autocomposición de la crisis,^[14] respecto de la heterocomposición de la misma. Y hablando de la heterocomposición, en tanto ella importa la intervención de una tercera persona, ajena e imparcial, al conflicto, no puede cerrarse en la solución “judicial”, donde por más esfuerzo y celeridad que intentemos, el conflicto siempre se resuelve a distinto ritmo.

Conservación de la empresa y recepción concursal de la crisis: a modo de conclusión [\[arriba\]](#)

Mucho podemos hablar del principio de conservación de la empresa -y quizás ahondar en la protección constitucional del comercio, del ejercicio de industria lícita, e incluso de la protección de la dignidad de la persona humana como emprendedora, como entrepreneur, empresaria-. Contrariamente, poco puede decirse a favor de la inconveniencia de acudir a soluciones preventivas y, dentro de ellas, a soluciones preventivas ensayadas antes y para evitar el desarrollo y furor de la crisis.

Las consideraciones sobre el presupuesto objetivo, a través de su historia vernácula, nos proyectan un presente, con cierta estrictez, que como se asentara en la Exposición de Motivos de la 19.551, tiene la fortaleza de “mantener la fórmula cesación de pagos por su tradición en el derecho argentino y en sus fuentes” y elude en parte “nuevos problemas interpretativos”. La ampliación o renovación asoma, tal como ha ocurrido con la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial, trayéndonos formulaciones nóveles para algunos “patrimonios de afectación”, a través de sus arts. 1687 -“insuficiencia de los bienes fideicomitidos” para la liquidación judicial del fideicomiso- y 1360 -“desequilibrio patrimonial o insuficiencia del activo hereditario”- para la “masa indivisa insolvente”).

Estas consideraciones sobre el presupuesto objetivo nos proyectan un futuro que requiere mayor flexibilidad; lo contrario implica correr el riesgo de la conceptualización de Rosas de que “los juicios de concursos de acreedores y llamados de esperas o moratorias y de remisión o quitas” “sólo sirven para que los malos pagadores se burlen de todos”.

Notas [\[arriba\]](#)

- [1] El presente es una transcripción revisada y dividida en subtítulos de la intervención del autor en el Panel I: “Las crisis empresariales. Soluciones” de las Jornadas sobre “Insolvencia y reestructuración empresarial. Presente y futuro del derecho de crisis” organizadas conjuntamente por el Departamento de Derecho Empresario de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, y el Instituto Argentino de Derecho Comercial (IADC), el día 9 de diciembre de 2021.
- [2] Mario Rivarola, Tratado de Derecho comercial argentino, t. V. Buenos Aires, Compañía Argentina de Editores, 1940, pág. 10.
- [3] Rivarola, pág. 56.
- [4] Mario Rivarola, Tratado de Derecho comercial argentino, t. V. Buenos Aires, Compañía Argentina de Editores, 1940, pág. 8.
- [5] Rivarola, pág. 57.
- [6] Mauricio L. Yadarola, Revisión crítica de jurisprudencia, 1934, 416.
- [7] Raymundo Fernández, Fundamentos de la quiebra. Buenos Aires, Compañía impresora argentina, 1937, pág. 274.
- [8] Adolfo A. N. Rouillon, Régimen de concursos y quiebras. Ley 24.522. 17ma ed. Buenos Aires, Astrea, 2016, pág. 19.
- [9] Ver sobre el tema Héctor José Miguens, “Historia del concepto de estado de cesación de pagos en el derecho argentino y comparado (1862-1945)”, en: Derecho Comercial y de las Obligaciones; 12-2018, págs. 691-724.
- [10] Antonio Tonón, Derecho Concursal I - Instituciones general. Bs As. Depalma, 1982, pág. 20; en igual sentido puede verse: Francisco Quintana Ferreyra, Concursos, T. I. Buenos Aires, Astrea, 1985.
- [11] “El test preferido de insolvencia debe ser la inhabilidad del deudor para pagar sus deudas a la fecha de su vencimiento—conocido como test de liquidez. El test basado en el balance puede ser utilizado como test alternativo secundario, pero no debe remplazar al de liquidez”. Ver también versión revisada en 2015, “Principles for Effective Insolvency and Creditor/Debtor Rights System”, principio C4 (hoy disponible: <https://documents1.worldbank.org/curated/en/557581467990960136/pdf/101069-WP-Bo x393252B-PUBLIC.pdf>), sin olvidar su nota al pie.
- [12] Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, más conocida por su sigla en inglés UNCITRAL.
- [13] V. discusión en los puntos 27 a 29 y recomendaciones 15 a 18, disponible en: https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/05-8_0725_ebook.pdf.
- [14] Abogando por la solución de la crisis de la empresa estructurada societariamente, se enfatiza que ella es “un problema de los administradores y de los socios”. Ver por todos, Efraín Hugo Richard, “Crisis societarias: visiones encontradas: la societaria y la concursal”. pág. 17.