



**UNIVERSIDAD  
ABIERTA  
INTERAMERICANA**

**FACULTAD DE CIENCIAS  
JURÍDICAS**

Trabajo Final para obtener el título de  
Abogado

**“EL ACUERDO PREVENTIVO Y LOS  
ACREEDORES”  
(Argentina 1995-2004)**

**TUTOR: Dr. Daniel Agostino**

**ALUMNO: Perera Natalia Laura**

**22 Noviembre 2004**

## **Introducción**

La gran dinámica que hoy caracteriza al mundo de los negocios y la denominada globalización de las economías hace que el derecho concursal deba estar acorde a estas circunstancias.-

La escasa respuesta legislativa que esta rama del derecho ha efectuado para hacer frente a los cada vez mayores desafíos, que la actividad mercantil nos plantea, impone la necesidad de encontrar soluciones normativas para atender los nuevos y permanentes conflictos que la actividad empresarial enfrenta.-

El presente trabajo tiene como objetivo analizar uno de estos conflictos, que a nuestro juicio, requiere una adecuada respuesta de nuestro derecho positivo, y entendemos como adecuada, aquella norma surgida como consecuencia del estudio y análisis de los distintos intereses que el legislador debe efectuar de manera tal que el derecho creado tenga fundamento en el equilibrio de dichos intereses.-

Contrariamente a esto vemos que nuestra legislación, en esta rama, responde generalmente en forma espasmódica y precaria, con el agravante que en ocasiones, aquel equilibrio solicitado se rompe en pos de la tendencia económica predominante, dejando de lado aquello del bien común o el bienestar general o lo que es peor, respondiendo a intereses sectoriales.-

Por lo dicho nos hemos enfocado en el derecho de la insolvencia y sin temor podemos afirmar que "Está en obras en el mundo" y ello obedece al hecho que los actores de dicho ámbito jurídico están contestes en que las soluciones legislativas vigentes han sido, en mayor o en menor medida, insuficientes.-

Estas "soluciones", ya sean a través del mecanismo preventivo o de la quiebra no han sido tal, como parte de la doctrina sostiene. Si analizamos dentro del contexto de nuestra propia y dolorosa coyuntura actual, que ha vuelto a poner el tema en la consideración pública con modificaciones legislativas realizadas y otras en ciernes, pretendiendo sostener que será el derecho concursal el que devuelva a nuestro país a mejores momentos.-

En esta coyuntura hemos visto una corriente reformadora del sistema concursal, en especial, los institutos legales destinados a conservar y reorganizar la empresa (concurso preventivo, art. 5 a 68 LCQ, y acuerdo preventivo extrajudicial, art. 69 a 76 LCQ, cramdown, art. 48 LCQ, continuación de la explotación, art. 190 LCQ).-

Sabido es que una de las funciones del derecho concursal consiste en conservar la empresa por vía de reorganización y a ello apuntaron tales modificaciones. Nuestra

postura no es contraria a estos fines, pero entendemos que los acreedores, no han encontrado la protección necesaria en esta ley.-

Muchas veces se ha recalcado la existencia de una estrecha vinculación entre los cambios económicos y las reformas concursales (sólo porque a aquellos, en general y casi como una ley física, le siguen éstos últimos), lo que ha sido definido, con mejor pluma, como "la particular sensibilidad del sector del Derecho concursal al marco de relaciones Estado - Sociedad - Economía - Derecho".-

En nuestro caso, si bien la ley 24.522 significó un viraje hacia concepciones privatistas emparentadas con una visión ultraliberal de la economía (tal como sucediera a comienzos del siglo XX con la ley 4156), lo cierto es que la reforma concursal de 1995 se produjo dentro del marco general de una ley (la 19.551) donde el interés general (vgr. art. 159 LCQ), tributario de concepciones más intervencionistas, no quedó completamente eliminado.-

Pero es válido recalcar que más allá de las diversas reformas que sufrió nuestro sistema en materia concursal, (una transitoria, ley 25.563 y la otra permanente, ley 25.589), desde enero del 2002, no se ha tenido en cuenta algunos aspectos, necesarios para una buena aplicación de la LCQ, que hacen referencia a la protección de ciertos acreedores que en determinados aspectos no encuentran en esta ley el respaldo necesario que hace a su protección.-

En consideración a lo expuesto trataremos en esta tesis, la desprotección sufrida por los acreedores, y como en su afán de recobrar el dinero que se les adeuda, se acogen a distintos acuerdos, por demás perjudiciales para su patrimonio, sin regulación normativa alguna.-

Asimismo se analizara esta situación en el derecho comparado y las distintas posturas doctrinarias.-

# **CAPITULO I**

## **CONCURSO-NOCIONES GENERALES**

### **I. Distinción fundamental entre concurso y quiebra.-**

El concurso busca la continuidad de la empresa, y su objetivo es levantar la situación que motivo la cesación de pagos.-

La quiebra en cambio es un proceso liquidatorio. El concursado, cuando se le decreta la quiebra, es separado del Patrimonio, del cual se hace cargo un Sindico que procederá a liquidar el activo del concursado para cancelar con el producido el pasivo. Las voces "concurso" y "quiebra" son cuanto menos ambiguas.-

*La ley de Concursos forma parte del CCOA, concretamente constituye su libro IV, pero a partir de la ley 19.551, cuando se habla de concurso se hace referencia a Concurso comercial, pero también al Concurso civil.-*

### **II. Distintas clases de Concursos.-**

Concurso es una voz genérica que, en nuestro actual sistema jurídico positivo, tiene dos especies: la quiebra (a veces también llamada falencia; de ahí la designación del quebrado como fallido), que es el proceso concursal enderezado a la liquidación; y el concurso preventivo, que es el proceso concursal de prevención o reorganización.-

Históricamente, la quiebra es muy anterior al concurso preventivo, y nació como forma especial de tutela de los derechos de los acreedores, ante los resultados insatisfactorios a que conducía la ejecución individual de activos insuficiente en el patrimonio del deudor, según ya hemos visto al tratar tal vía ejecutiva. La liquidación de los bienes del patrimonio del deudor insolvente es el propósito que alienta a este proceso que, como tal, es un proceso de ejecución.-

Con el correr de muchos siglos fueron elaborándose ciertos mecanismos jurisdiccionales tendientes a dar solución a los conflictos del deudor insolvente con sus acreedores, pero sin liquidar los bienes o, al menos, sin liquidarlos de manera forzada, masiva, y con todas las gravosas consecuencias personales que la quiebra siempre tuvo para los fallidos. Estos procedimientos procuraban evitar la quiebra, poner fin a la insolvencia antes de llegar a esa etapa; en otras palabras, prevenir la quiebra, y de ahí su identificación como procesos de prevención (en nuestro derecho actual, el concurso preventivo). En los últimos años, una corriente doctrinal cada vez más difundida pone de resalto que estos mecanismos se instituyen legalmente como oportunidad para que el deudor insolvente reorganice la estructura financiera de su pasivo, y que, si tiene actividad empresarial, lo haga de modo que no sólo prevenga la declaración de quiebra sino que también, y principalmente, solucione las verdaderas causas de la crisis empresaria o del estado de cesación de pagos, evitando definitivamente la liquidación de la actividad y del patrimonio. Por eso, los que tradicionalmente fueron llamados procesos concursales preventivos o de prevención, actualmente se los denomina procesos concursales de reorganización. Nuestra ley concursal, sin embargo, sigue utilizando la más tradicional nomenclatura de concurso preventivo.-

Finalmente, puede señalarse que, juntamente con los dos procesos concursales clásicos (quiebra o proceso concursal liquidativo, y concurso preventivo o proceso concursal de reorganización) existen otros mecanismos más informales de solución de la insolvencia y de las crisis económicas o financieras de carácter general, denominados acuerdos preconcursales o paraconcursales. Esta forma simplificada, en gran medida extrajudicial, voluntaria, permite celebrar acuerdos entre el deudor y todos (o parte) de los acreedores, que tiendan a dar fin a la crisis o a la cesación de pagos de manera rápida, económica y discreta. La ley concursal los regula a partir del art. 69. No son, estrictamente, concursos, sino métodos alternativos de prevención o de solución de las crisis económicas y financieras generales o del mismo estado de cesación de pagos.-

### **III. Principios rectores de la legislación concursal y sujetos tutelados por ella.-**

La impotencia patrimonial se traduce, de inmediato u en un plazo más o menos breve, en falta de pago de las obligaciones del titular del patrimonio insolvente, con lo cual es evidente que, en primer lugar, resultan afectados los intereses de los acreedores

del deudor insolvente. Históricamente, la primera forma de respuesta al problema del deudor que dejaba de pagar (la quiebra) fue un medio instrumental de defensa de los acreedores.-

El interés de ellos fue el objetivo central, procurándose -ante la evidencia empírica de la insuficiencia de activo como regla- que la satisfacción de las acreencias fuese lo más igualitaria posible.-

Ello explica el nacimiento del primero de los principios orientadores de la legislación concursal: *pars condicio creditorum* o principio de tratamiento igualitario de los acreedores. Relacionados con éste, y también con miras a satisfacer el interés de los acreedores, surgen otros principios de carácter más instrumental: el de eficiencia en la liquidación; el de simplificación de los métodos de recomposición del patrimonio del fallido; el de economía de costos del proceso; el de celeridad y abreviación de los plazos procesales; entre otros.-

Durante el siglo xIx se consolidó la idea de que los deudores podían caer en insolvencia sin dolo ni culpa, esto es, de manera casual y de buena fe. Esta concepción permitió la consolidación y la difusión de los procesos concursales preventivos, y en la quiebra se 'introdujeron modificaciones que dieron trato más benévolo al fallido en comparación con las severas penas que históricamente se le habían aplicado por el solo hecho de quebrar. Junto al hasta entonces excluyente interés de los acreedores, se puso al interés del deudor como posible centro de atención de la legislación concursal. Se consideró factible y hasta ventajoso que el deudor pudiese remontar la insolvencia y reintegrarse a la actividad comercial lo antes posible y con el menor deterioro patrimonial. Al contemplar la posibilidad de tutelar al deudor, fructificó otro principio que habría de orientar muchas disposiciones de las sucesivas leyes concursales: el principio de "salvavarda de la integridad patrimonial del deudor". De él derivan no sólo los mecanismos preventivos o procesos concursales de reorganización, sino también, en la misma quiebra, institutos tan importantes para el fallido como la rehabilitación personal y patrimonial, los límites temporales al desapoderamiento y las exclusiones de ciertos bienes a la acción de los acreedores, la economía de gastos, la devolución de los saldos al deudor, etcétera.-

En el siglo xx hizo eclosión el fenómeno empresarial en el campo jurídico. La empresa se convirtió en el centro de atención del derecho comercial y desplazó el eje de atención del derecho concursal. Pero más tarde se advirtió el peligro de desaparición de la empresas a raíz de la insolvencia, y se entendió que cuanto mayo fuera la empresa comprometida, mayores serían los intereses afectados por su eventual cese. La suerte de

las actividades empresariales pasó a ser la principal preocupación, viéndose en la insolvencia de las empresas (especialmente de las grandes), un problema que no era ya exclusivo de su titular y de los acreedores. La empresa es fuente de empleos y de ingresos tributarios, muchas veces generadora de asientos poblacionales y eslabón con otras empresas en el crédito o en los sistemas de producción y de comercialización. Al tomarse conciencia de que la desaparición por quiebra de una empresa afecta muchos más intereses que los de los acreedores inmediatos, la preocupación por salvaguardar o rescatar las empresas en peligro dio nacimiento al llamado "principio de conservación de la empresa", el cual fue elevado a categoría de principio inspirador de muchas disposiciones de legislaciones concursales a partir de mediados del siglo xx. En algunos casos, legislativamente o por vía de interpretación de la doctrina o de la jurisprudencia, se llegó a la exageración de este principio inspirador, llevándose a la categoría de objetivo único de la concursalidad. Esa tendencia, a la que denominamos conservacionismo extremo, se halla en retroceso.-

La legislación concursal vigente en nuestro país tiene numerosas disposiciones que tienden a satisfacer los intereses del deudor concursado, de sus acreedores y de la empresa comprometida por la insolvencia.-

Puede afirmarse que la defensa del crédito e igualdad de trato de los acreedores, la salvaguarda de la integridad patrimonial del deudor, y la preservación de la actividad empresarial útil, siguen actuando como principios orientadores de diversas disposiciones del derecho positivo vigente. En algunas normas se manifiesta con más fuerza uno de esos principios orientadores, al paso que otro se pone de resalto con más intensidad en otras reglas. Con frecuencia, el operador concursal advierte la difícil situación planteada entre los distintos intereses en conflicto y la imposibilidad de satisfacer a todos a la vez. Es entonces cuando se aprecia la delicada tarea de repartir equitativamente en un contexto de escasez, en el cual es menester efectivizar delicadamente una justicia distributiva. Los distintos intereses afectados por la insolvencia, las graves repercusiones de ésta y los plurales sujetos involucrados que aspiran a la tutela legal, la necesidad de realizar justicia de tipo distributivo ante la imposibilidad de llevar a cabo la justicia conmutativa, así como los principios orientadores elaborados a través de la historia a los que nos hemos referido, explican la existencia de una legislación diferenciada -la ley concursal- que da respuestas distintas de las del derecho común a los conflictos intersubjetivos que se plantean cuando hay estado de cesación de pagos o insolvencia patrimonial.-

## **IV. Características de la Legislación concursal.-**

La legislación concursal tiene las características de ser excepcional, en gran medida, imperativa, sustancial y procesal.-

- a) Es excepcional porque se aplica sólo en situaciones de insolvencia judicialmente declarada; o sea, cuando hay proceso concursal abierto. Por ser excepcional, cuando se aplica esta legislación sus reglas prevalecen sobre las del derecho común.
- b) Es, en gran medida, imperativa porque la mayoría de las reglas concursales no puede ser dejada sin efecto, y prevalece sobre cualquier acuerdo en contrario de los particulares.
- c) Es sustancial, ya que muchas normas de la legislación concursal atienden a los derechos de fondo de los sujetos involucrados, modificando, en mayor o menor medida, las prescripciones del derecho común (civil, comercial, laboral, etcétera).
- d) Es procesal, pues la legislación concursal organiza y regula los procedimientos judiciales de quiebra y de concurso preventivo, los cuales tienen características especiales a las que seguidamente nos referiremos.

### **IV.1. Características del proceso concursal.-**

El proceso concursal se caracteriza por ser universal, único y predominantemente inquisitivo.

- a) Universalidad. La universalidad es, quizá, la nota más distintiva de los procesos concursales. Aunque con menor frecuencia, bien se la llama colectividad o pluralidad. Junto al proceso sucesorio, los concursales han sido tradicionalmente considerados colectivos o universales por oposición a los procesos singulares o bilaterales o individuales. El criterio de clasificación se basa en que en los primeros convergen las pretensiones de todos los acreedores sobre la totalidad de un patrimonio, contrastando con los segundos, en los cuales se ventilan pretensiones individuales respecto de hechos, cosas o relaciones jurídicas determinadas.-

El principio concursal de universalidad guarda paralelismo con la noción del patrimonio como universalidad jurídica.-

Cuando se considera al patrimonio como el conjunto de bienes y deudas (o cargas) de una persona, o también como el conjunto de sus derechos y obligaciones susceptibles de apreciación pecuniaria o valoración económica, los procesos que



comprometen al patrimonio (en vez de comprometer algunos bienes singulares) tienden a sujetar todos los activos del deudor, y convocan a dirimir y efectivizar sus derechos sobre ellos a todos los titulares de acreencias contra ese deudor.-

Ello ha sido descrito como las dos caras de la universalidad concursal: objetiva y subjetiva.-

En su expresión o perfil objetivo, la universalidad se refiere a los bienes comprometidos en el proceso concursal (activo concursal). En su expresión o perfil subjetivo, llamado también colectividad, relaciona a todos los sujetos involucrados como acreedores o titulares de pretensiones que pudieran afectar la integridad patrimonial del concursado (pasivo concursal).-

La universalidad se concreta en diferentes normas de la ley concursal, que constituyen así expresiones jurídico-positivas de ese principio general.-

En su perfil objetivo, la materialización más expresiva del principio concursal de universalidad es el art. 107 de la LCQ, que constituye la norma genérica sobre bienes sujetos a desapoderamiento en la quiebra.-

En la faz subjetiva, son derivaciones de la concursalidad las reglas que consagran la carga de verificar los créditos impuesta "a todos los acreedores" (arts. 32 y 126, LCQ), y la prohibición de deducir o proseguir juicios de contenido patrimonial contra el deudor en concurso preventivo (art. 21, LCQ) y contra el quebrado (art. 12, LCQ).-

Si bien la universalidad es una característica indiscutida de los procesos concursales, debe advertirse que es un principio general pero no absoluto. El propio texto del art. 2º de la LCQ, deja en claro de antemano que hay bienes excluidos; además, en otras disposiciones legales se hallan enunciaciones referidas a los acreedores exceptuados de la concurrencia. Con respecto a los bienes, en el proceso concursal más severo (la quiebra) se aprecia un doble orden e limitaciones: numerosos bienes se excluyen del desapoderamiento (art. 108, LCQ), y ningún bien adquirido por el fallido después de la rehabilitación es desapoderable (art. 107, LCQ). Otro tanto ocurre con los acreedores: los posteriores a la presentación del deudor en concurso preventivo quedan fuera de éste (arts. 16, 19, 32 y 6, LCQ), igual que en la quiebra, se excluye a los acreedores posteriores a su declaración (art. 104, parte 2a, LCQ); también hay exclusiones comunes a ambas clases de procesos concursales (arts. 21, y 132, LCQ).-

El principio concursal de unidad o unicidad es derivación lógica de la universalidad. Difícilmente podría ser universal un proceso que no fuera único.-

La unicidad ha de entenderse como la imposibilidad lógica y jurídica de coexistencia de dos procesos concursales relativos al patrimonio del mismo sujeto.-

La característica de proceso único se complementa y concreta con la de juez único y con el fuero de atracción.-

El principio de unicidad no está expresado, como el de universalidad, en norma similar a la del art. 1º, párr. 2º, de la LCQ, pero jurídicamente se puede inferir de expresiones concretas en diversos textos legales (arts. 4º, 10, 21, 64, 77 inc. 1, 101, 104 y 132, LCQ).-

También este principio tiene sus excepciones. La unidad de proceso concursal es tal sólo en el ámbito territorial del país, puesto que en el orden internacional sigue prevaleciendo el sistema de pluralidad de concursos. También el fuero de atracción tiene sus excepciones (arts. 21, inc. 2, y 132, LCQ).-

El proceso concursal no es, estrictamente, un proceso inquisitivo puro, ni tampoco un proceso inquisitivo acentado al grado equivalente al de un proceso criminal. Pero tampoco es un proceso regido exclusiva ni mayoritariamente por el principio dispositivo propio de los procesos bilaterales civiles y comerciales sino que se debaten intereses privados. Por eso, a nuestro juicio conforme a la legislación vigente en el país, los procesos concursales pueden ser caracterizados como predominantemente inquisitivos o inquisitorios.-

En los procesos que conocemos como inquisitivos, el del juez está notablemente acentuado, al paso que lucen proporcionalmente disminuidos los poderes y las cargas de los sujetos del proceso. El principio inquisitivo es también denominado principio de oficiosidad (poniéndose de este modo el acento en el juez u oficio'. Ejemplo paradigmático de proceso inquisitivo en nuestro país son ciertos juicios criminales que pueden ser iniciados, impulsados, delimitados y finalizados de manera oficiosa. En general, el principio inquisitivo rige en procesos en que están en juego intereses generales (o públicos) y, por ello, indisponibles. En tales casos, ni siquiera los sujetos afectados o interesados tienen todas las facultades ni los poderes ni las cargas, pues la sociedad considera que, al excederse la esfera de intereses de los particulares, la intromisión del Estado está justificada, concretándose ella en los mayores poderes conferidos a los jueces. La extrema inquisitividad impide a las partes restringir los límites del debate, priva de relevancia jurídica al desistimiento o al allanamiento, desconoce la extinción del proceso por perención de la instancia, no asigna restricciones a la tarea investigativa oficiosa del juez, etcétera.-

## **V. La economía, el crédito, la empresa. Tutela de los derechos de interés general.-**

El patrimonio es la prenda común de los acreedores, y éstos tiene el derecho de cobrarse ejecutando los bienes de su deudor. Cada uno de ellos puede formular su pretensión por separado y frente a una posible situación de riesgo, correr la suerte de su diligencia.-

Si el patrimonio es presuntamente insuficiente, las ejecuciones singulares o particulares no satisfacen, por lo que se ha ideado un procedimiento de ejecución colectiva o concurso.-

La concursabilidad de un procedimiento implica que la consecuencia de la crisis de la empresa sea reparada mediante una regulación de todas las relaciones, y no solamente esto, sino con una regulación igual de todas las relaciones (*pars condictio creditorum*) salvo naturalmente las causas legítimas de prelación, es decir, que las relaciones se presenten ya al concurso como desiguales.-

Ese procedimiento tiene mayor importancia en materia comercial por el álea propia de los negocios y allí recibió el nombre de bancarrota o quiebra. Pero se da también la situación de concursabilidad en el desenvolvimiento patrimonial de los no comerciantes.-

El concurso evita que los acreedores se cobren según su mayor o menor diligencia, satisfaciendo aquellos íntegramente sus créditos y no cobrando los morosos o quienes tuvieron mejor voluntad con el concursado.-

El proceso concursal se caracteriza por su unidad, es decir, por su universalidad, y tiene sostén en el trato con que deben ser medidos los acreedores.-

La experiencia demostró que era posible llegar al mismo resultado sin la quiebra del comerciante, si podía concertarse entre este y los acreedores un acuerdo o concordato por el cual se difiriera la fecha de los pagos o se establecieran quitas. Por eso se acogió la institución del concurso preventivo, que determinó los recaudos por los cuales se podía llegar a esa solución.-

También se admitió que pudiera darse término al deudor, mediante un arbitrio análogo denominado acuerdo o concordato.-

## **VI. El Patrimonio y las Obligaciones.-**

El patrimonio es la prenda común de los acreedores, y estos tienen el derecho de cobrarse ejecutando los bienes de su deudor. Cada uno de ellos puede formular su pretensión por separado y frente a una posible situación de riesgo, correr la suerte de su diligencia.-

Si el patrimonio es presuntamente insuficiente, las ejecuciones singulares o particulares no satisfacen, por lo que se ha ideado un procedimiento de ejecución colectiva o *concurso*. “La concursabilidad de un procedimiento implica que la consecuencia de la crisis de la empresa, esto es, la insatisfacción de los acreedores, sea reparada mediante una regulación de *todas* las relaciones, y no solamente esto, sino con una regulación igual para todas las relaciones (*pars condicio creditorum*), salvo naturalmente las causas legítimas de prelación, es decir, que las relaciones se presentan ya al concurso como desiguales. Desde el punto de vista del deudor, la concursabilidad comporta que la regulación se produzca con *todos* sus bienes, por que de todos sus bienes el deudo debe extraer los medios para liberarse de las deudas”.-

Ese procedimiento tiene mayor importancia en materia comercial por el alea propia de los negocios y allí recibió el nombre de bancarrota o quiebra. Pero se da también la situación de concursabilidad en el desenvolvimiento patrimonial de los no comerciantes, hipótesis en la que se constituía en concurso denominado civil, que ya la reforma de 1983 (Ley 22.917) subsumió en los concursos preventivos y en las quiebras –sin distinción del carácter civil o comercial del deudor-, unificando el régimen en la materia.-

El concurso evita que los acreedores se cobren según su mayor o menor diligencia, satisfaciendo aquéllos íntegramente sus créditos y no cobrando los morosos o quienes tuvieron mejor voluntad con el concursado. “Precisamente por ello dentro de nuestra sistemática legal, así como de otras análogas legislaciones, el proceso concursal se caracteriza por su unidad, es decir por su universalidad, y tiene sostén en el trato con que deben ser medidos los acreedores (*ius pars condicio omnium creditoris*).-

Supongamos que un deudor tiene tres acreedores a quienes adeuda, respectivamente, 10.000, 20.000 y 50.000. Y consideremos que todo su patrimonio no pase de 40.000. Por el camino de la ejecución singular, dado el caso de que embargue con prioridad el acreedor de 50.000, este cobrará íntegramente dicha suma y nada recibirán los otros acreedores. Contrariamente, mediante el concurso, los tres acreedores cobrarán la mitad de las respectivas deudas, es decir, 5.000, 10.000 y 25.000.-

La experiencia demostró que era posible llegar al mismo resultado sin la quiebra del comerciante, si podía concertarse entre éste y los acreedores un acuerdo o

concordato por el cual se difiriera la fecha de los pagos o se establecieran quitas. Esta solución no podría fracasar por la oposición de determinada minoría, tal vez un solo acreedor. Por eso acogió la institución del *concurso preventivo*, que determinó los recaudos por los cuales se podía llegar a esa solución.-

También se admitió que, en el concurso de la quiebra, pudiera dársele término mediante un arbitrio análogo, denominado *acuerdo o concordato resolutorio*.-

## **VII. Regulación Jurídica.-**

No es unánime la determinación de si la regulación jurídica de la quiebra y del concurso civil corresponde al derecho sustancial o al derecho procesal.-

En la Constitución Nacional, después de delegar en la Nación la legislación sustancial, propia de los códigos de fondo, dispone el art. 75, inc. 12, que también compete al Congreso de la Nación dictar, entre otras *leyes generales para toda la Nación*, la de *bancarrotas*.-

Le confiere así esa facultad independientemente de la que abarcaban los códigos sustanciales, por lo cual no toma partido sobre su naturaleza.-

Como hemos sostenido reiteradamente, no hay entre el derecho sustancial y el derecho procesal fronteras definidas, y en las leyes se encadenan y armonizan disposiciones propias de ambos. Nos inclinamos, sin embargo, por considerar que las leyes concursales son, principalmente, de derecho procesal. Fijan el procedimiento de la ejecución colectiva como otra especie que, juntamente con la ejecución singular, da los instrumentos que se hacen valer ante la jurisdicción judicial para que los acreedores ejerzan el derecho de cobrarse con los bienes de sus deudores. Tienen, sin embargo, importantes disposiciones de derecho sustancial.-

El congreso nacional ejerció su facultad en materia comercial. Originariamente, incorporó el régimen de las quiebras al Libro IV del Código de Comercio. Luego reemplazó sus disposiciones por la de la Ley de quiebras 4156, del 30 de diciembre de 1902; más adelante, sancionó la ley de quiebras 11.719, del 27 de septiembre de 1933.-

Contrariamente, los concursos civiles no fueron objeto de una ley uniforme para toda la Nación, sino materia regulada por la legislación local, en los respectivos códigos de la Nación y de las provincias. Así, el Código Procesal de la Nación –antes de la ley 19.551- dedicaba el libro V, *Procesos universales*, Título I, al *Concurso Civil*.-

Posteriormente se promulgó la ley 19.551 que entró en vigencia el 2 de julio de 1972, la cual extendió su reglamentación, no sólo a los concursos de los comerciantes, sino también al concurso civil. Por vez primera en la evolución de nuestra legislación sobre la materia, quedó comprendida toda la concursabilidad en dicho cuerpo normativo, que derogó el mencionado Libro del Código de forma.-

En 1983, por medio de la Ley 22.917, la citada ley de 1972 fue modificada en numerosos aspectos, siendo del caso señalar en este introito que la reforma entrañó la unificación de los concursos, reduciéndolos al concurso preventivo, a la quiebra y al concurso por liquidación administrativa.-

Recientemente, con mas precisión el 17 de agosto de 1995, entró en vigencia una nueva “ley de concursos y quiebras”, que ahora lleva el N° 24.522 (en adelante LCQ), que reemplaza al cuerpo normativo anterior, bien que respetando en gran medida su estructura e introduciendo, en cambio, la médula de los criterios económicos, dominantes en nuestro medio desde la asunción –1989- del presidente Menem.-

Esos principios consisten, en nuestra materia, en el protagonismo de los sistemas de libertad de acción de los sujetos afectados por la insolvencia (acreedores y deudor) y la desaparición, o notoria mengua, de las usualmente relevantes facultades de los jueces comerciales.-

Junto con la introducción de esos elementos, esta ley, proyectada en el ámbito del Ministerio de Economía (y con la relativa ausencia y desinterés del Ministerio de Justicia, desde donde había surgido un proyecto distinto que no logró su apoyo), aporta criterios flexibles y auspiciables para la solución de las crisis de las empresas, para restituir rápidamente al empresario desventurado al ejercicio de nuevas actividades comerciales, suprimiendo o elastizando los sistemas represivos y los cercenamientos (inhabilitaciones, restricciones ambulatorias, etc.) dirigidos al deudor que la jurisprudencia había exacerbado, quizás ante la ausencia de la represión penal, ámbito jurisdiccional al que el legislador confía -ahora- la policía del comercio, con exclusividad, cuando media la insolvencia.-

La sanción de esta ley aparece en el marco de una situación recesiva de la economía Nacional, caracterizada por estremecedores índices de desocupación laboral.-

Desde círculos oficiales se ha esperado que este nuevo estatuto contribuya a paliar tan doloroso fenómeno social, pero debe admitirse que el específico problema de la insolvencia, por mucho que se haya generalizado como producto de la recesión, es tan solo un aspecto menor ante el espectro macroeconómico que se caracteriza por fenómenos mundiales como la crisis de las economías emergentes, el diverso destino de

los excedentes financieros, etc. Por ello, esa esperanza esta exagerada, quizá por razones de política doméstica.-

Desde aquí solo cabe decir que el nuevo sistema legal de los concursos se muestra más estrictamente en consonancia de la política económica y, en ese sentido, tal armonización por si sola es buena. La nueva ley será sin duda objeto de críticas fundadas (nacidas incluso de la negativa a oír medulosos aportes de buena voluntad de profesores, magistrados y profesionales), pero en la medida en que abandona criterios arcaicos (como las represiones comentadas), priva de responsabilidad y atribuciones a jueces que aparecen desbordados (como toda la administración de justicia en general), flexibiliza las soluciones preventivas (v.gr., a través de convenios diferenciales que reducen a su mínima trascendencia al otrora principio esencial de la igualdad de trato y alienta los acuerdos entre los afectados como protagonistas fundamentales de los efectos de la crisis de la empresa; en este aspecto cabe aguardar resultados positivos.-

### **VIII. Naturaleza Jurídica.-**

Hemos caracterizado el concurso como un proceso “y precisamente como un proceso de ejecución”. Así se dijo: “tampoco creemos que se pueda dudar del carácter *contencioso* del proceso de quiebra, es decir, que ella presuponga una contradicción acerca del derecho (precisamente la insatisfacción del interés) que se dirime por la vía de la acción, y sea, sin embargo modificada y adaptada en su ejercicio a la exigencia de la tutela colectiva”.-

Sin embargo, no se nos escapan las sólidas argumentaciones que se han opuesto a esta tesis, considerándolas como *procesos voluntarios*.-

El carácter contencioso es a nuestro entender manifiesto, cuando la quiebra se declara a pedido del acreedor. Este pretende percibir su crédito, total o parcialmente, y lo demanda jurisdiccionalmente, debiendo probarlo, así como la cesación de pagos (Art. 83, LCQ). El deudor es llamado a juicio para *que invoque y pruebe cuando estime conveniente a su derecho* (Art. 84 LCQ). Aunque no es un proceso de *ante-quiebra*, significa controversia o contienda y decisión sobre aquellos y otros extremos. Veremos mas adelantes supuestos en que la controversia se decide en contra de la procedencia de la quiebra.

Puede además el deudor pedir reposición en un incidente que asegura con amplitud el análisis y prueba de la existencia de los presupuestos sustanciales, que son

el fundamento de la pretensión del acreedor (Art. 94 LCQ). Por lo tanto, si es contencioso el proceso ejecutivo, pese a la limitación de las defensas también lo será el concursal.-

Menos clara es la naturaleza contenciosa de la declaración de quiebra a petición del deudor. Se le ha justificado como “la expresión de una excepción del deudor, que hace valer su derecho a la ejecución colectiva, en oposición a la acción individual”.-

En añeja doctrina judicial hubo de aceptarse el concurso de acreedores a partir de la publicación de los edictos, pues tenía la naturaleza de un proceso contencioso.-

Partiendo de la comparación de los métodos de nuestro Código Procesal, de la ley 11.719 y de la ley de enjuiciamiento civil española, se había llegado también a la conclusión de que, en todos ellos, se enfrentaba un juicio contencioso.-

Cabe, empero, señalar la opinabilidad de tal comprensión; tanto, que se ha juzgado inadecuadamente la propia caracterización del concurso como proceso, lo cual implica abrir una polémica en la que –cualquiera sea la convicción a que se llegue no se podrá perder de vista que, en los concursos, el interés general o colectivo tiñe y trasciende la contienda de intereses privados que se desarrollen en ellos.

No es dudoso que frente a la crisis patrimonial de la empresa, aparece gravemente implicado el interés del Estado, puesto que la quiebra afecta en sus consecuencias el orden de la economía.-

La comunidad sufre de un modo u otro la insolvencia de determinado sujeto (piénsese en la eventual desaparición de la empresa, la disgregación de sus factores organizativos, la pérdida de la fuente de trabajo, etc.), en función de lo cual se observa la enfatización del carácter publicístico de los concursos.-

Asimismo, deberá recordarse que, al margen de la naturaleza que se asigne a los concursos, en su estructuración legal encontraremos normas, no sólo procedimentales, sino también sustanciales, a saber: comerciales, civiles, penales y administrativas.-



## **CAPITULO II**

# **INSOLVENCIA EMPRESARIA Y SU IMPACTO EN LA ECONOMÍA**

### **I. El daño individual y social.-**

El sistema concursal, en su conjunto, se muestra ineficiente en cuanto a la morigeración del daño causado por la insolvencia y en cuanto a la equitativa distribución de daños.-

La indebida prolongación de los procesos constituye un factor que acrecienta el daño proveniente de la insolvencia.-

A fin de evitar el acrecentamiento del daño provocado por la quiebra, debe mejorarse la liquidación de bienes a través de la intervención de entes con capacidad técnica.-

El correcto ejercicio de las acciones de responsabilidad y revocatoria, en la medida que tienden a acrecentar la masa activa, contribuye a disminuir el daño provocado por la quiebra.-

La consideración de los daños sociales de la quiebra es -en líneas generales- ajena a la ley concursal. La confusión de roles, en cuanto a la solución de los problemas sociales creados por la insolvencia, llevó en la práctica a acrecentar los daños generados por la misma.-

Deben revisarse los criterios de distribución de los daños generados por la insolvencia, ya que el exceso de privilegios conspira contra la equidad del sistema.-

### **II. La quiebra y los grupos económicos.-**

Tal vez se recuerde la experiencia jurisprudencial argentina en el caso Swift Deltec, probablemente el más resonante “Leading Case”, que transitaran los tribunales nacionales en materia de quiebra y grupos económicos.-

La suma sintética del caso, es que un grupo de empresas formado por frigoríficos y comercializadoras nacionales e internacionales, con un centro de poder residente en las Bahamas, determinó que los frigoríficos operaran en la Argentina a pérdida, mientras las utilidades generadas por la operatoria de venta, quedaban transferidas al exterior en las comercializadoras, también integrantes del grupo.-

En aquel entonces, año 1970, regía la ley 11.719, que no contenía disposición alguna respecto de la realidad económica, el descorrimiento del velo societario, el disregard of legal entity o ultravires. Sin embargo, en meritorio y valiente fallo, el juez Dr. Salvador María Losada, aplicando los conceptos referidos, decretó la quiebra no solo de Swift, que era la única sociedad que había solicitado su concurso preventivo, sino lo de todo el grupo, aún la de aquellas integrantes cuyo asiento se encontraba en el extranjero.-

Sin considerar los vericuetos a que diera lugar el caso señalado, lo concreto es que la doctrina dio lugar al precedente jurisprudencial y con esta huella, en la reforma concursal del 72, ya se consagró el principio de la extensión de la quiebra hacia toda persona jurídica que defraudare a los acreedores, abusando de la personalidad societaria, autorizando al descorrimiento del velo societario al efecto.-

Distintos casos tuvieron que ser considerados por nuestra jurisprudencia, como el del famoso grupo de hecho Sasetru, y con tal experiencia nos parece que la reciente reforma de la ley 24.522 se encuentra en la buena doctrina al respecto.-

En efecto, como ya señaláramos, no se considera con ningún prejuicio negativo la mera existencia del grupo y se extenderá la quiebra de una de las integrantes al resto, sólo en el caso de abuso de la posición dominante, desnaturalizando el interés social de la controlada, o en caso de confusión patrimonial inescindible, como así en el supuesto de la lización defraudatoria de la figura societaria ya referenciada. Agregado a ello, el avance de la reforma se encuentra en materia de la prevención de la quiebra, por la cual se acepta que el grupo solicite el concurso preventivo de todas sus integrantes, aunque una sola de las sociedades se encuentre en cesación de pagos y el resto se hallara in bonis, cuando tal circunstancia afectare al grupo todo.-

## CAPITULO III

# LA REGULACION JURIDICA DEL CONCURSO EN EL DERECHO COMPARADO

### I. Antecedentes Históricos.-

Al comienzo de todas las civilizaciones, tanto en la Roma primitiva, como entre los pueblos Germanos, los acreedores han usado legítimamente vías de hecho respecto de la persona misma de los deudores. Es así como en Roma en la ley de las XII Tablas el acreedor, mediante el procedimiento de la *manus iniectio*, podía apoderarse del deudor para reducirlo a esclavitud o para matarlo; y a estar a los textos cuando había mas de un acreedor, podían repartirse el cadáver. Este apoderamiento de la persona del deudor, suponía también la de su patrimonio.-

El deudor reducido a la esclavitud pasaba con su cuerpo y con sus bienes al acreedor. La *manus iniectio* conducía desde entonces, aunque por una vía indirecta, a la venta en bloque del patrimonio, cuyo precio se repartía entre los acreedores.

Mas adelante se introduce el procedimiento de la *missio in possessionem*, en la cual la aprehensión de los bienes es inmediata. Los acreedores no están más obligados a apoderarse del cuerpo del deudor, sino que aprenden directamente su fortuna. La *missio in possessionem* podía ser pronunciada a petición de un solo acreedor, pero si la obtenía, no era en su solo beneficio, sino en el de todos los que se sumaban al procedimiento. De esta manera se constituía una masa de acreedores que presentaba analogía con la que se forma actualmente con la quiebra.-

En otra etapa de la evolución ya no se vendió el patrimonio, y el derecho pretoriano condujo a una cesión universal por la cual los acreedores elegían un *magister*, quien, mediante el pago de un precio que se repartía entre los acreedores, adjudicaba en bloque la fortuna del insolvente a un *bonorum emptor*, que sucedía en la universidad.-

Al comienzo del imperio otro procedimiento entró en uso. A la *bonorum venditio* se suma la venta al detalle, denominada *bonorum distractio*, en que un curador vendía los bienes de uno a uno.-

Aún más adelante, una ley Julia del tiempo de César o de Augusto, incorporó la *bonorum cessio*, consistente en el abandono que hacía el deudor de todos sus bienes a favor de sus acreedores, con lo que evitaba la prisión por deudas y la infamia.-

Por ello se ha podido decir que la quiebra es de inspiración Romana.-

Con la caída del Imperio se instala, por el principio de la nacionalidad del derecho, junto al derecho Romano el derecho Germánico que no tarda en penetrarlo. Para el deudor insolvente preveía formas de ejecución personal.-

Sobre la base de estos aportes, la institución de la quiebra se elabora en el medievo, en la época comunal, particularmente a partir del Siglo XIII, en que se diseñan dos formas de ejecución: la individual y la colectiva. En el Siglo XIV, la quiebra alcanza aquellas estructuras fundamentales que ya no ha abandonado y conserva hasta el presente. Se ha afirmado que las influencias decisivas ejercidas sobre la institución, derivan del derecho intermedio o medieval, no del derecho Romano.-

## **II. Antecedentes Nacionales.-**

El más remoto antecedente Argentino se encuentra en las Ordenanzas de Bilbao, Capitulo XVII, de aplicación por disposición de la cédula de erección del consulado de Bs. As. De 1774.-

Después de la emancipación, la materia, en lo que atañe a los comerciantes, se legisló en el Código de Acevedo y Vélez Sársfield, que entró a regir en la Provincia de Bs. As. en 1859 y en la República en 1862. Fue reformado en 1889, y el nuevo código no se apartó mayormente del anterior, aunque se incorporó la adjudicación de bienes como solución de la quiebra.-

Los intentos reformistas plasmaron en la Ley 4.156 de 1902, igualmente para los concursos comerciales. Su aplicación no fue satisfactoria, por lo que se sucedieron proyectos de reforma, que al fin dieron lugar a la sanción de la Ley 11.719, que mejoraba sensiblemente la Ley que venía a reemplazar y que rigió desde el 1º de Noviembre de 1933 hasta el 30 de Junio de 1972, también para los concursos comerciales.-

En cuanto a los concursos civiles, su regulación jurídica se atribuía a las legislaciones locales. Figuraba en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (Arts. 681 a 713), para su aplicación por los Tribunales Nacionales, y en los Códigos Procesales de las Provincias.-

El gobierno de *facto*, en el poder desde el año 1966, nombró una comisión para que confeccionara un anteproyecto, el cual, con pocas modificaciones, que no varían su estructura y orientación, dio lugar a la Ley 19.551, publicada en el Boletín Oficial el 8 de Mayo de 1972.-

Otro régimen de *facto*, que gobernó entre 1976 y 1983, reformó aquel cuerpo normativo mediante la Ley 22.917, publicada en el Boletín Oficial el 27 de Noviembre de 1983 y aplicable a los concursos que se abrieran 30 días después (Art. 6º).-

Antes de las modificaciones introducidas por dicha ley, otras disposiciones legales enmendaron explícita y aún implícitamente el texto sancionado en 1972. Entre ellas cabe señalar la Ley 20.744, que reformuló, en gran medida, el sistema de los privilegios; así también la Ley 20.595, que agravó las exigencias para presentación en concurso preventivo, y la Ley 21.488, con notoria incidencia en la terminación de los juicios de quiebra en relación con la depreciación monetaria.-

Este proceso de diversos y parciales cambios legislativos, contemporáneos con diversos proyectos que la mayoría de las veces naufragaron, son demostrativos de la insatisfacción generada por aplicación de las normas positivas, lo cual es natural que ocurra dado que la materia legislada consiste precisamente en el incumplimiento generalizado de obligaciones por parte de un sujeto cuyo patrimonio es insuficiente.-

La inquietud se potencia normalmente cuando, como en los últimos años, la insolvencia se generaliza por los esperados procesos de reconversión empresarial o por los indeseados efectos de una política que conduce a la recesión.-

En ese marco de insatisfacción por los resultados de la aplicación de las normas vigentes que sancionó la Ley 24.522 (con el nombre de “Ley de Concursos y Quiebras”- LCQ-), que aprovecha la base estructural de la anterior, con sus dos procesos básicos (el Concurso Preventivo y la Quiebra), añadiéndole las pautas directrices de una política tendiente a la desregulación normativa, la reducción de costos causídicos, acotamiento de facultades de los jueces con la contrapartida de la elevación de la autonomía de la voluntad de los involucrados y aminoración de la incidencia, hasta entonces vigente, de los criterios publicísticos de los Concursos y Quiebras, conservación de la empresa y punición al comerciante que abusó del crédito.-

En el nuevo articulado se rechazan varios aspectos de las normas sancionadas y se aplauden otros tantos.-

Ahora solo resta por ver si el resultado es el esperado en la espinosa situación en la que operará el flamante cuerpo legal.-

### **III. Comunidad Europea.-**

A iniciativa de la República Federal de Alemania y de la República de Finlandia, sobre la base del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (CE) y, en particular, de su artículo 61, así como del apartado 1 del artículo 67 y tras dictamen del Parlamento Europeo y el Comité Económico y Social, se aprobó el pasado 29 de mayo de 2000 el reglamento (CE) 1346/00 del Consejo, sobre procedimientos de insolvencia, que entrará en vigor el 31 de mayo de 2002.-

Este reglamento se enmarca en el ámbito de la regulación internacional de la insolvencia de carácter transfronterizo (quiebra internacional), que desde la década de los '90 constituye preocupación prioritaria del legislador. En efecto, las crisis económicas generalizadas y periódicas desde los años '70, así como la progresiva globalización de la economía internacional, han impulsado, entre otros factores, la búsqueda de un régimen uniforme regulador de la quiebra internacional.-

En esta línea cabe citar en los últimos años, en el marco del Consejo de Europa, el Convenio de Estambul del 5 de junio de 1990, así como el del 23 de noviembre de 1995, sobre aspectos internacionales de los procedimientos de insolvencia, que viene a completar en el ámbito concursal al Convenio de Bruselas del 27 de setiembre de 1968, sobre competencia judicial y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, documentos públicos con fuerza ejecutiva y transacciones judiciales. A ello se añade, además, dentro del ámbito internacional pero fuera del ámbito comunitario, la ley modelo elaborada por la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), sobre insolvencia transfronteriza, del 30 de mayo de 1997.-

Asimismo, existen diversos proyectos en curso sobre esta materia, de entre los que debe destacarse el proyecto sobre insolvencia del American Law Institute (ALI/NAFTA).-

Es en este ámbito en el que debe situarse el reciente reglamento (CE) 1346 del Consejo, del 29 de mayo de 2000, sobre procedimientos de insolvencia, cuyo análisis abordaremos a continuación.-

### **III.1. Objeto y ambito de aplicacion del reglamento.-**

El reglamento (CE) 1346/00 del Consejo tiene por objeto los procedimientos transfronterizos de insolvencia, dadas las crecientes repercusiones transfronterizas de las actividades empresariales, así como la incidencia que la insolvencia de dichas empresas tiene en el mercado interior. Ello determina la necesidad de coordinar las medidas que deberán adoptarse respecto de un deudor insolvente que tiene bienes o acreedores en diferentes países. En este sentido, y dentro del marco del mercado interior, es necesario evitar que las partes encuentren incentivos para transferir bienes de un Estado miembro a otro en busca de una posición jurídica más favorable (Forum shopping).-

Por todo ello, forman parte del contenido del reglamento disposiciones que regulan la competencia para la declaración de procedimientos de insolvencia, así como disposiciones relativas al reconocimiento de esas decisiones, la participación de los acreedores y la situación de los trabajadores, así como normas de competencia y derecho aplicable.-

En definitiva, como el Convenio de Estambul de 1990 o el posterior de 1995 y, en otro ámbito, la ley uniforme de la CNUDMI, el reglamento 1346/00 del Consejo tiene por finalidad básica simplificar las formalidades a que está sometido el reconocimiento y ejecución recíproca de resoluciones judiciales en materia concursal, que no afectará a los derechos concursales internos de los países miembros de la Unión. El artículo 1.1 del reglamento delimita su ámbito de aplicación sobre la base de los siguientes elementos:

Procedimiento colectivo fundado en la insolvencia del deudor, con independencia de que éste sea persona física o individual y de su condición como empresario. El reglamento no recoge un concepto de insolvencia, lo que es valorable positivamente, dado que la insolvencia es un concepto resuelto de muy diversas maneras en los distintos ordenamientos nacionales, lo que facilita la aplicación del reglamento.-

Que el procedimiento implique desapoderamiento total o parcial del deudor.-

Que implique el nombramiento de un "síndico", definido en el artículo 2º, en el que, siguiendo una técnica característica del derecho angloamericano, se delimitan conceptualmente algunos de los términos más empleados en el reglamento, como "cualquier persona u órgano cuya función consista en administrar o liquidar la masa o supervisar la gestión de los negocios del deudor" [art. 2º, inc. b)], figurando en el Anexo C del reglamento la lista de dichas personas u órganos en los diferentes Estados

miembros. En base a la delimitación que se hace del concepto de síndico, parece, por tanto, que el reglamento se aplicará a procedimientos liquidativos o conservativos y de ahí sus funciones como liquidador o administrador de la masa; no obstante, el considerando 10 del reglamento establece como requisitos del procedimiento de insolvencia, que lleve consigo el desapoderamiento total o parcial del deudor y el nombramiento de un *liquidador*, haciendo cuestionable la referencia a este último -y no al síndico-, la posibilidad de que el ámbito de aplicación del reglamento se extienda a los procedimientos conservativos en los que no hay liquidador.-

Ello nos lleva a una cuestión más amplia, cual es el valor jurídico del Preámbulo del reglamento y su relación con el articulado, en supuestos de contradicción.-

No hay pronunciamiento alguno en el derecho originario ni derivado de la Unión Europea sobre el valor jurídico que ha de concederse a los preámbulos del derecho derivado.-

No obstante, dado que en los derechos nacionales los preámbulos y exposiciones de motivos tienen un valor de interpretación auténtica y autorizada de la norma, entendemos que este valor puede extrapolarse al ámbito del derecho comunitario.-

En base a ello, y dado que se ha de conceder mayor valor al articulado que al Preámbulo, entendemos que la referencia que en el considerando 10 se hace al liquidador, ha de entenderse hecha al síndico, sobre la base del artículo 1.1 del reglamento. Esta interpretación resulta, además, acorde con el objetivo del reglamento de dar tratamiento adecuado a las insolvencias transfronterizas, para lo que resultaría óbice limitar su ámbito de aplicación a procedimientos liquidativos con exclusión de los conservativos.-

No obstante, hay que precisar -como más adelante se analizará- que la posibilidad de someter procedimientos de insolvencia liquidativos y conservativos bajo el ámbito de aplicación del reglamento, debe matizarse en función de que se trate de un procedimiento principal o secundario de insolvencia.-

En efecto, en el reglamento se reconoce la posibilidad de que el procedimiento principal de insolvencia, declarado donde el deudor tenga situado el centro de sus intereses principales (art. 3.1), coexista paralelamente con procedimientos secundarios o territoriales. Estos últimos pueden declararse con anterioridad (art. 3.2) o posterioridad (art. 3.4) a la declaración del procedimiento principal, en el lugar donde el deudor posea un establecimiento (art. 3.2). Los procedimientos secundarios abiertos con posterioridad a la declaración del procedimiento principal sólo podrán tener carácter liquidativo en base a los artículos 3.3 y 27 del reglamento. En este sentido, en el Anexo B del



reglamento se enumeran los procedimientos liquidativos, según los distintos derechos nacionales de la comunidad, que pueden dar lugar a un procedimiento secundario con posterioridad a la declaración de un procedimiento principal de insolvencia. Ello parece deberse al carácter universal del procedimiento principal, que se extiende a todos los bienes del deudor, por lo que, una vez declarado, impediría la posible finalidad conservativa de un procedimiento secundario abierto con posterioridad.-

No obstante no admitirse la posibilidad de declarar procedimientos secundarios conservativos tras la apertura de un procedimiento principal, sí se admite que cuando, de conformidad con la ley aplicable al procedimiento secundario, "sea posible terminarlo sin liquidación, mediante un plan de recuperación, un convenio o una medida similar, dicha medida podrá ser propuesta por el síndico del procedimiento principal".-

Con relación al derecho español, ello determina la posibilidad de que un procedimiento secundario de quiebra termine mediante un convenio entre el deudor y sus acreedores (convenio solutorio de quiebra), posible en base a los artículos 898 a 907 del C. de C. de 1885.-

No es necesaria la intervención judicial en el procedimiento. En este sentido, el término "tribunal" en el ámbito del reglamento debe entenderse como persona u órgano al que la ley nacional confiera competencias para abrir un procedimiento de insolvencia [art. 2º, inc. f)]. Puede tratarse, por tanto, de procedimientos de carácter judicial, administrativo o de cualquier otra índole, siempre que se trate de un procedimiento de insolvencia reconocido y legalmente eficaz en el Estado miembro en que se abre, quedando, por tanto, excluidas sólo las soluciones privadas a la crisis económica.-

Asimismo, quedan excluidos del ámbito de aplicación del reglamento los procedimientos de insolvencia relativos a empresas de seguros, entidades de crédito, organismos de inversión que posean fondos o valores negociables de terceros y organismos de inversión colectiva.-

Con relación al ámbito de aplicación del reglamento en el derecho español, dada la participación de España en la adopción de este reglamento, se pueden plantear las siguientes cuestiones:

De una parte, la aplicación del reglamento a procedimientos concursales, con independencia de la condición empresarial del deudor común, determina que queden bajo su ámbito de aplicación los institutos concursales civiles así como los mercantiles, dado el tratamiento duplicado de las crisis económicas en función de la condición empresarial del deudor común característico del derecho español frente a la generalidad de los ordenamientos de derecho comparado que, siguiendo la solución característica

del derecho angloamericano, han unificado el tratamiento de las crisis económicas del deudor común.-

Asimismo, la inclusión dentro del ámbito de aplicación del reglamento tanto de los institutos concursales conservativos como de los liquidativos, lleva a considerar que quedan bajo su ámbito los institutos liquidativos civiles (concurso de acreedores) y mercantiles (quiebra), así como los institutos conservativos (quita y espera civil y suspensión de pagos mercantil). No obstante, resulta cuestionable esa inclusión, particularmente en relación con los institutos mercantiles, ante la exigencia expresa del artículo 1.1 del reglamento de que se trate de un procedimiento colectivo fundado en la *insolvencia*. En efecto, ello conecta con una cuestión polémica y debatida en el derecho español en torno a la delimitación del presupuesto objetivo de apertura de los institutos concursales mercantiles, esto es, quiebra y suspensión de pagos (C. de C. de 1885 en aspectos sustantivos y C. de C. de 1829 y LSP de 1922 en aspectos adjetivos).-

El carácter arcaico y disperso de la normativa concursal española -que data del siglo XIX- es una de las causas determinantes de la división de la doctrina entre quienes sitúan, siguiendo el modelo del Código francés napoleónico de 1807, el presupuesto objetivo de apertura de la quiebra en la cesación de pagos como mero hecho externo y quienes, por el contrario, siguiendo el modelo del derecho alemán e italiano de la "legge fallimentare" de 1942, lo sitúan en la insolvencia como situación económica de fondo.-

Asimismo, y en conexión con ello, la doctrina española se encuentra dividida entre quienes construyen las relaciones entre quiebra y suspensión de pagos dentro del sistema sobre la base de distintos presupuestos de apertura (insolvencia, la quiebra y la suspensión de pagos) o sobre la base de la identidad de presupuestos, pudiendo declararse ambos institutos ante una situación de insolvencia.-

Este debate está superado en la actualidad tanto en el derecho europeo como en el norteamericano, en los que en las últimas reformas concursales acontecidas se ha optado por la unificación procedimental (el concurso de acreedores, que refunde soluciones liquidativas y conservativas) y el establecimiento de la insolvencia como presupuesto de apertura del único procedimiento que se introduce. Por ello, en el artículo 1.1 del reglamento se habla de "procedimiento colectivo fundado en la insolvencia", en una clara referencia a ese único procedimiento concursal con soluciones liquidativas y conservativas que se ha configurado en las últimas reformas acontecidas en el marco del derecho comparado, sobre las que incidiremos más adelante.-

En el Anexo A del reglamento, en el que se enumeran los procedimientos de insolvencia a los que se refiere el artículo 1.1, se opta por incluir bajo el ámbito de aplicación del reglamento en derecho español, el concurso de acreedores, la quiebra y la suspensión de pagos.-

Ello debe interpretarse, a nuestro entender, más que en el sentido de una clara toma de postura en torno de la delimitación de los presupuestos objetivos de apertura de los institutos concursales en derecho español, como un intento de facilitar la aplicación del reglamento y, con ello, la consecución de los objetivos perseguidos con éste a través de una interpretación extensiva y no restrictiva de los procedimientos incluidos bajo su ámbito.-

No obstante, el reglamento (CE) 1346/00 entrará en vigor el 31 de mayo de 2002 y en esa fecha es previsible y deseable que se haya llevado a cabo la esperada y necesaria reforma del derecho concursal español, siguiendo las tendencias generalizadas en el ámbito del derecho europeo. En efecto, tras los frustrados intentos de reforma a través del ALC de 1983 y la propuesta de reforma de 1995 del profesor Rojo, en la actualidad parecen haberse retomado los trabajos de reforma por una sección especial de la Comisión General de Codificación, específicamente constituida para la reforma del derecho concursal.-

A ello debe añadirse que en la recientemente aprobada ley de enjuiciamiento civil (LEC L. 1/00), la disposición final decimonovena establece que en el plazo de seis meses desde la entrada en vigor de la LEC, el gobierno remitirá a las Cortes Generales un Proyecto de Ley Concursal, permaneciendo entre tanto en vigor los artículos 1318 a 1396 de la LEC de 1881, reguladores de los aspectos adjetivos concursales.-

Esperamos, por tanto, que a la entrada en vigor del reglamento (CE) 1346/00, la reforma del derecho concursal español sea una realidad que obvie toda cuestión sobre los institutos concursales incluidos en el ámbito de dicho reglamento.-

### **III.2. Procedimiento principal y secundario de insolvencia.-**

El reglamento (CE) 1346/00, teniendo en cuenta las diferentes normativas dentro de la Comunidad Europea con relación a la protección de los distintos intereses en juego en los procedimientos concursales, reconoce un *procedimiento principal de insolvencia* y la posibilidad de *procedimientos territoriales secundarios* que abarquen exclusivamente los bienes situados en el país en que se incoe el procedimiento.-

El procedimiento principal de insolvencia de iniciará en el Estado miembro en que "se sitúe el centro de los intereses principales del deudor", presumiéndose respecto de sociedades y personas jurídicas que "el centro de los intereses principales es, salvo prueba en contrario, el lugar de su domicilio social" (art. 3.1).-

En el preámbulo del reglamento [consid. 13)], se concreta que el centro principal de intereses "debería corresponder al lugar donde el deudor lleve a cabo de manera habitual la administración de sus intereses y que, por consiguiente, pueda ser averiguado por terceros".-

El procedimiento principal de insolvencia es un procedimiento con alcance universal, cuyo objetivo es abarcar todos los bienes del deudor. No obstante, pueden desarrollarse paralelamente al procedimiento principal procedimientos territoriales secundarios en el Estado miembro en que el deudor tenga un "establecimiento", limitándose los efectos de estos procedimientos a los bienes situados en ese Estado (art. 3.2). Por "establecimiento" hay que entender, en base al artículo 2º, inciso h), "todo lugar de operaciones en el que el deudor ejerza de forma no transitoria una actividad económica con medios humanos y bienes". Como ya se ha analizado, mientras el procedimiento principal puede tener carácter liquidativo o conservativo, el secundario deberá ser un procedimiento de liquidación (art. 3.3).-

El procedimiento territorial o secundario puede incoarse con anterioridad o posterioridad a la apertura de un procedimiento principal, variando en uno u otro supuesto la legitimación para solicitar su apertura.-

Con anterioridad a la apertura del procedimiento principal, puede ser solicitado por los acreedores locales o del establecimiento local [art. 4º, inc. a)] o declararse de oficio cuando el procedimiento principal no pueda incoarse "a tenor de las condiciones establecidas por la ley del Estado miembro en cuyo territorio esté situado el centro de intereses principales del deudor" [art. 3.4, inc. a)].-

Tras la apertura del procedimiento principal, la declaración de un procedimiento secundario puede ser solicitada por el propio síndico del procedimiento principal [art. 29, inc. a)]. El considerando 19) del preámbulo del reglamento concreta que el síndico solicitará la apertura de un procedimiento secundario "cuando los bienes del deudor sean demasiado complejos para ser administrados unitariamente, o cuando las diferencias entre los sistemas jurídicos sean tan grandes que puedan surgir dificultades por el hecho de que los efectos emanados de la legislación del Estado de apertura se extiendan a los demás Estados donde estén los activos situados".-

Asímismo, iniciado un procedimiento principal de insolvencia, puede solicitar el síndico la apertura de un procedimiento secundario [art. 29, inc. b)]. En todo caso, y con independencia del momento en que se plantee la declaración del procedimiento secundario, debe existir coordinación entre el procedimiento principal y los secundarios, para lo que es condición esencial la estrecha colaboración entre los distintos síndicos, con intercambio suficiente de información y posibilidades de intervención en procedimientos secundarios simultáneos (art. 31).-

### **III.3. Participación de los acreedores.-**

Todo acreedor, con independencia de dónde tenga su domicilio, sede o residencia habitual dentro de la comunidad, tiene derecho a hacer valer sus pretensiones sobre el patrimonio del deudor en todos los procedimientos principales o secundarios pendientes en la comunidad (art. 32.1).-

Esta posibilidad debe extenderse a las autoridades fiscales y organismos de la seguridad social, sobre la base del considerando 21 del preámbulo del reglamento.-

No obstante, cada acreedor puede conservar lo adquirido en un procedimiento de insolvencia, pero sólo estará autorizado a participar en el reparto de la masa en otro procedimiento, cuando acreedores de igual rango hayan obtenido el mismo porcentaje de sus pretensiones [consid. 21) del preámbulo del reglamento]. Se trata de la conocida como Hotchpot rule, en base a la cual se busca la coordinación y no la mera cooperación entre los distintos procedimientos concursales, con respeto en todo caso al principio básico de la "pars conditio creditorum". En efecto, con esta regla lo que se pretende evitar es que un acreedor obtenga un trato más favorable que otro de igual rango al obtener pagos por un mismo crédito en procedimientos de insolvencia seguidos en distintos países.-

La Hotchpot rule ha constituido preocupación constante para el legislador en relación con la insolvencia transnacional y, en este sentido, ha sido recogida en los convenios de Estambul (art. 5º) y en el posterior de 1995 (art. 20.2), así como en la ley modelo de la CNUDMI sobre insolvencia transfronteriza (art. 32).-

### **III.4. Reconocimiento de decisiones y medidas provisionales y cautelares.-**

El reglamento contiene un reconocimiento inmediato de las decisiones relativas a apertura, desarrollo y terminación de los procedimientos de insolvencia, así como de cualquier otra decisión relativa a esos procedimientos (art. 16.1). Este reconocimiento automático tiene como consecuencia inmediata que los efectos que el derecho del Estado de apertura del procedimiento produce, se extenderán a los demás Estados (art. 17.1).-

En base al principio de confianza mutua, los motivos de no reconocimiento deben reducirse al mínimo, limitándose a supuestos en que dicho reconocimiento produzca efectos contrarios al "orden público de dicho Estado, en especial a sus principios fundamentales o a los derechos y a las libertades individuales garantizados por su Constitución". En aquellos supuestos en que los tribunales de dos Estados miembros se consideren competentes para incoar un procedimiento principal de insolvencia, la decisión de quien lo inicie en primer lugar debe ser reconocida en los demás Estados miembros, como concreta el considerando 22 del preámbulo del reglamento.-

En relación con las medidas provisionales y cautelares, es competente para su adopción el mismo tribunal que declaró el procedimiento principal, el cual, además, estará facultado para disponer de los bienes situados en otro Estado miembro. En este ámbito, el síndico provisional de insolvencia -en supuestos en que se haya declarado un procedimiento secundario con anterioridad al principal- debe estar facultado para solicitar en los Estados miembros donde se encuentre un establecimiento del deudor, las medidas de conservación o protección previstas por la ley de ese Estado (art. 38).-

### **III.5. Normas de competencia y derecho aplicable.-**

El reglamento contiene normas de competencia, pero sólo internacional, determinándose la competencia territorial dentro de cada Estado miembro por su derecho nacional (art. 3º).-

En este sentido, el reglamento establece normas uniformes de conflicto sobre la ley aplicable que sustituirán a las normas de derecho internacional privado nacionales. Salvo disposición en contrario, será aplicable la ley del Estado de apertura del procedimiento ("lex concursus") (art. 4.1). Esta norma opera tanto en los procedimientos principales como en los territoriales o secundarios (art. 28). La "lex

concurus" determina todos los efectos del procedimiento -procesales y materiales- sobre las personas y relaciones jurídicas pendientes, regulando las condiciones de apertura, desarrollo y terminación del procedimiento de insolvencia [consid. 23) del preámbulo del reglamento].-

No obstante, el reglamento recoge las siguientes excepciones al principio general de la "lex concursus":

- El fundamento, validez y alcance de los derechos reales se determinará con arreglo al derecho del lugar del establecimiento, no viéndose afectados por la incoación de un procedimiento de insolvencia (arts. 5.1 y 5.2).
- La apertura del procedimiento de insolvencia no afectará al derecho de un acreedor a reclamar la compensación de su crédito, cuando la ley aplicable al crédito del deudor insolvente permita esa compensación (art. 6.1).
- Los derechos y obligaciones de los participantes en un sistema de pago o compensación o en un mercado financiero [directiva (CE) 98/26 del Parlamento y el Consejo, sobre la firmeza de la liquidación en los sistemas de pago y liquidación de valores -DOL 166 del 11/6/1998-], se regirán por la ley del Estado miembro aplicable a dicho sistema o mercado (art. 9.1).
- Los efectos del procedimiento de insolvencia sobre los contratos de trabajo y las relaciones laborales se regularán por la ley del Estado miembro aplicable al contrato de trabajo (art. 10).
- La declaración de un procedimiento de insolvencia respecto del comprador de un bien no afectará a los derechos del vendedor basados en la reserva de propiedad, si dicho bien se encuentra, al declararse el procedimiento, en el territorio de un Estado miembro distinto del de apertura. Si el procedimiento de insolvencia se abre con posterioridad a la entrega de un bien por su deudor, no constituye causa de resolución o rescisión de la venta y podrá el comprador adquirir la propiedad del bien vendido, siempre que el bien se encuentre en un Estado miembro distinto del Estado de apertura (art. 7º).
- Si el deudor, tras la apertura de un procedimiento de insolvencia, dispone a título oneroso de un bien inmueble, de un buque o aeronave sujeto a inscripción en un Registro Público, o de valores negociables cuya existencia suponga una inscripción en un Registro determinado por ley, la validez de dicho acto se regirá por la ley del Estado en cuyo territorio se encuentre el inmueble o bajo cuya autoridad se encuentre el Registro (art. 14).

- Finalmente, los efectos de un procedimiento de insolvencia sobre otros procedimientos en curso sobre un bien o derecho de la masa, se registrarán exclusivamente por la ley del Estado miembro en que esté en curso dicho procedimiento (art. 15).-

### **III.6. La armonización del régimen jurídico de la insolvencia.-**

Aun cuando en la actualidad estamos lejos de conseguir una unificación o armonización del régimen jurídico de los institutos concursales, el reglamento (CE) 1346/00 del Consejo, del 29 de mayo de 2000, sobre procedimientos de insolvencia, representa una vía importante para iniciar el camino hacia esa armonización. En efecto, con el citado reglamento se abordan y encuentran respuesta algunos problemas planteados por la insolvencia transfronteriza, particularmente los relativos a la cooperación judicial civil (CJC), que representa cuestión previa a partir de la que abordar otros aspectos de derecho sustantivo o material.-

No obstante, hay que resaltar que -como se recordará- con anterioridad al reglamento (CE) 1346/00 del Consejo, ya se habían alcanzado importantes logros en el ámbito internacional y comunitario en materia de cooperación judicial civil en general y, en particular, en relación con los procedimientos concursales transfronterizos.-

En el ámbito internacional hay que destacar la labor desarrollada por la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI). Si bien esta Comisión, desde su primera sesión en 1968, ha venido trabajando particularmente en materia de obligaciones y contratos, sin embargo, en el Congreso convocado para celebrar los veinticinco primeros períodos de sesiones de Uncitral (Nueva York, 1992), se planteó la necesidad de tratar el tema de la insolvencia transfronteriza, lo que se abordará -tras sucesivos coloquios y debates con diversas asociaciones- en la ley modelo de la CNUDMI de 30 de mayo de 1997. Uncitral parece haber optado, por tanto, para abordar estos temas, por una ley modelo y no por un proyecto de convención internacional, por la mayor flexibilidad de la primera frente a las dificultades de la segunda. No obstante, la ley modelo supone una opción por un modelo meramente referencial que contiene recomendaciones, que pueden o no ser tomadas en cuenta por los Estados, lo que reduce su eficacia unificadora o armonizadora.-

La ley modelo sólo se centra en algunos aspectos procesales de la insolvencia transfronteriza, a los que da tratamiento paralelo al que resulta del reglamento 1346/00, sin pretensión de unificar el derecho sustantivo nacional concursal. En este marco, el



objetivo de la ley no es sino alcanzar un nivel de cooperación entre los tribunales y otras autoridades competentes de los Estados implicados en una situación de insolvencia transfronteriza, mediante un sistema de cooperación judicial, concretado en el reconocimiento de procedimientos de insolvencia extranjeros. Además de la ley uniforme de Uncitral, hay que citar un proyecto en curso sobre insolvencia del American Law Institute/NAFTA.-

En el ámbito comunitario, la cooperación judicial civil representa una de las formas de cooperación a través de la cual se persigue la consecución de la libre circulación de personas, capitales y mercancías dentro de la comunidad.-

El artículo 220 del Tratado de Roma, constitutivo de la Comunidad Europea, constituyó la primera base jurídica que ha permitido la elaboración de convenios en el ámbito de la cooperación judicial civil entre Estados miembros, sin perjuicio de la posibilidad de que dichos Estados celebren convenios con terceros Estados (por ejemplo: el Convenio de Lugano). Es en este ámbito donde debe enmarcarse el Convenio de Bruselas, del 27 de setiembre de 1968, sobre competencia judicial y ejecución de resoluciones judiciales en material civil y mercantil, documentos públicos con fuerza ejecutiva y transacciones judiciales que, no obstante, excluía expresamente de su ámbito la quiebra y procedimientos análogos. Precisamente, esta exclusión es la que justifica el convenio relativo a procedimientos de insolvencia, complementario, por tanto, del Convenio de Bruselas, publicado en el periódico oficial de las Comunidades Europeas del 23 de noviembre de 1995, al que precedió el Convenio de Estambul, del 5 de julio de 1990. No obstante, aun cuando en 1996 su ratificación era previsible, disensiones políticas coyunturales ajenas a la materia han determinado la expiración del plazo de ratificación y su prórroga, sin ser ratificado por los Estados participantes.-

Posteriormente, el Tratado de la Unión Europea (Maastricht), que entró en vigor el 1 de noviembre de 1993, dentro de ese proceso constructivo europeo en fases, reconoce expresamente en su artículo K.3.2.c la posibilidad de adoptar convenios en los ámbitos contemplados en el K.1 de dicho Tratado, entre los que se encuentra la cooperación judicial en materia civil. Coexistían, por tanto, el artículo 220 del Tratado constitutivo de la comunidad y el artículo K.3.2.c del Tratado de Maastricht como fundamentos jurídicos de la posibilidad de celebrar convenios en el ámbito de la CJC.-

Sin embargo, será con el Tratado de Amsterdam, firmado bajo presidencia neerlandesa por los 15 Estados miembros de la Unión Europea el 2 de octubre de 1997 y en vigor desde el 1 de mayo de 1999, con el que se dará un paso realmente importante en materia de cooperación judicial civil. En efecto, tras el Tratado de Amsterdam se

"comunitariza" la cooperación judicial civil al establecer el artículo 61 (versión consolidada del Tratado de Roma), enmarcado en el Título IV relativo a "visados, asilo, inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de personas", que "para garantizar el espacio de libertad, seguridad y justicia, el Consejo adoptará: ... c) Medidas en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil, de acuerdo con el artículo 65".-

Por su parte, en el artículo 65 de la versión consolidada del Tratado de Roma, se establece que:

Las medidas en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil con repercusión transfronteriza que se adoptan de conformidad con lo dispuesto en el artículo 67 y en la medida necesaria para el correcto funcionamiento del mercado interior, incluirán:

Mejorar y simplificar:

“El sistema de notificación o traslado transfronterizo de documentos judiciales y extrajudiciales”.-

“La cooperación en la obtención de pruebas”.-

“El reconocimiento y la ejecución de resoluciones en asuntos civiles y mercantiles, incluidos los extrajudiciales”.-

“Fomentar la compatibilidad de las normas aplicables en los Estados miembros sobre conflictos de leyes y de jurisdicción”.-

“Eliminar obstáculos al buen funcionamiento de los procedimientos civiles fomentando, si fuera necesario, la compatibilidad de las normas de procedimiento civil aplicables en los Estados miembros”.-

Pasa a ser, por tanto, la cooperación judicial civil en general y, en particular, en materia de procedimientos concursales, una materia regulada por el Consejo que, como se sabe, sólo posee competencias de atribución. El Tratado de Amsterdam deroga expresamente el artículo K.3.2.c del TUE, pero no así el artículo 220 del Tratado de Roma que, por tanto, coexistirá con los artículos 61 y 65, fundamentando el primero la posibilidad de convenios sobre competencia judicial, y los segundos la adopción de reglamentos y directivas sobre esta materia. Es en este marco de los artículos 61 y 65 de la versión consolidada del Tratado de Roma en el que debe enmarcarse y encuentra su justificación el reglamento (CE) 1346/00 del Consejo, del 29 de mayo de 2000.-

En efecto, ante la descripta profusión de normativa y convenios en materia de cooperación judicial (Convenio de Bruselas, Convenio de Estambul, etc.) calificada por un relevante sector doctrinal como una situación de tránsito de "la hambruna al exceso", cabe cuestionarse la necesidad de este nuevo reglamento sobre la materia. No obstante,

entendemos que el reglamento (CE) 1346/00 constituye la expresión del ejercicio por el Consejo de la facultad de legislar sobre cooperación judicial en general y, en particular, en relación con los procedimientos de insolvencia, reconocida en los artículos 61 y 65 de la versión consolidada del Tratado de Roma. Entendemos que esta "comunitarización" de la cooperación judicial debe ser valorada positivamente.-

En efecto, para la construcción europea y el logro de los objetivos de la Comunidad, resulta esencial la libre circulación de personas a cuya consecución contribuye de manera importante la cooperación judicial, particularmente en un tema con tantas aristas e implicaciones como es la insolvencia transfronteriza. La posibilidad, reconocida en el Tratado de Amsterdam, de que el Consejo dicte reglamentos sobre esta materia -como el reglamento (CE) 1346/00- facilita notablemente la consecución de esa cooperación. En efecto, no olvidemos que los reglamentos comunitarios tienen primacía sobre las leyes de los Estados miembros y, en base al artículo 249 del Tratado de Roma, tienen alcance general y son obligatorios en todos sus elementos, siendo directamente aplicable en cada Estado miembro desde su publicación en el diario oficial de la Comunidad Europea o, en su caso, desde que haya transcurrido el plazo de "vacatio legis" que el propio reglamento -o, excepcionalmente, algún Tratado- establezca.-

Por ello, no hace falta ningún acto de recepción, como acontece con las directivas comunitarias, o de ratificación por los Estados miembros, como en los Tratados, lo que facilita la consecución del objetivo de la cooperación. No olvidemos que el convenio relativo a los procedimientos de insolvencia publicado en el periódico oficial de las Comunidades Europeas del 23 de noviembre de 1995 no ha podido ser ratificado, lo que paralizó la cooperación judicial en temas de insolvencia.-

No obstante, situado en su ámbito el reglamento (CE) 1346/00 del Consejo y reconocida la trascendencia de la cooperación judicial en temas de insolvencia como cuestión previa para poder abordar otras cuestiones de derecho sustantivo, se plantea una cuestión de alcance más amplio: la posibilidad de armonización del derecho concursal europeo.-

Abandonada ya prácticamente, por utópica, la pretensión manifestada por el Parlamento Europeo en resolución del 26 de mayo de 1989 (DOCE N° C158, del 26/6/1989) de armonizar el derecho privado europeo hasta elaborarse un "Código Europeo Común o de Derecho Privado", sin embargo sí se ha alcanzado una armonización en sectores puntuales esenciales para la construcción europea en torno a un mercado único, como el derecho de sociedades, bancario, bursátil o propiedad industrial, entre otros.-

Desde esta perspectiva del mercado único se presenta como un sector esencial el relativo a los institutos concursales, pues si bien el derecho de sociedades y sobre competencia, entre otros, regulan las condiciones de entrada al mercado, el derecho concursal, precisamente, regula los mecanismos de salida y supervivencia dentro del mercado. Sin embargo, hasta el momento el derecho concursal se ha presentado como uno de los sectores de más difícil armonización, planteándose las causas de esta dificultad. En este sentido, hasta el momento sólo puede hablarse de un proyecto de convenio sobre quiebras y convenios cuya primera redacción es de 1970 y que, en la actualidad, sigue en la fase proyectada.-

Dos razones, fundamentalmente, parecen dificultar -aunque no imposibilitar- la armonización europea del derecho concursal: el carácter de los procedimientos concursales como procedimientos universales y, en conexión con ello, la particular sensibilidad del sector del derecho concursal al marco de relaciones Estado-sociedad-economía-derecho.-

En efecto, de un lado el carácter de procedimiento universal de los procedimientos concursales, que afectan a todo el patrimonio y todos los acreedores del deudor, dificulta la armonización, particularmente cuando el deudor posee bienes o tiene acreedores en diferentes Estados miembros de la comunidad. No obstante, el reglamento (CE) 1346/00 del Consejo, del 29 de mayo, sobre procedimiento de insolvencia, ha allanado este importante obstáculo, al regular la cooperación judicial en supuestos de insolvencia transfronteriza, con el consiguiente reconocimiento de decisiones y normas uniformes de conflicto sobre ley aplicable.-

Con relación al marco de relaciones Estado-sociedad-economía-derecho, hay que destacar que, bajo un marco de economía social de mercado característico del siglo XX e inicios del XXI, la evolución en los principios de política jurídica informadores del derecho concursal, han determinado su progresiva desprivatización, paralela a la desprivatización de las estructuras económicas. Ello supone que, junto a los intereses privados de deudor y acreedores en el cobro, deban ser tenidos en cuenta otros intereses y, en concreto, uno específico en la conservación de la empresa por razones de interés público y, en particular, un interés en la conservación del empleo manifestado particularmente en empresas de grandes dimensiones, dada la amplia onda de repercusiones que sus crisis conllevan. Esto determina que toda reforma concursal lleve consigo una opción de política económica importante, en la que se manifiestan las diferencias entre los países miembros, lo que ha conllevado una tradicional multiplicidad de procedimientos concursales, muy distintos entre sí. No obstante, el

progresivo proceso de globalización y armonización económica dentro de la Comunidad va restando fuerza a este obstáculo para la armonización concursal.-

En efecto, las reformas acontecidas en el derecho europeo desde finales de los años '70 y principios de los '80 hasta nuestros días, no obstante importantes y sustanciales diferencias entre ellas, manifiestan ciertos rasgos comunes, como la unificación procedimental y subjetiva o la fijación del criterio liquidativo del deudor en la insolvencia. Las diferencias fundamentales radican en el tratamiento de la prevención de las crisis que, en derechos como el francés o, más recientemente, el portugués, encuentran tratamiento legislativo expreso.-

En efecto, en el derecho francés la prevención se encuentra regulada en la "loi sur prévention et règlement amiable des difficultés des entreprises", del 1 de marzo de 1984, modificada por la ley 94/75, del 10 de junio de 1994, desarrollada posteriormente por decreto del 21 de octubre de 1994. Asimismo, y más recientemente en el derecho portugués el decreto-ley 316/98, del 20 de octubre, sobre "Institui o procedimento extrajudicial de conciliação para viabilização de empresas em situação de insolvência ou em situação económica difícil", regula el ámbito de la prevención.-

Asimismo, se manifiestan importantes diferencias en las legislaciones concursales de los países miembros con relación a la composición de intereses públicos y privados en juego en los procedimientos concursales. En este sentido, en los ordenamientos jurídicos latinos se advierte, en ocasiones, una subordinación de los intereses privados respecto de los públicos afectados por la crisis, frente a los ordenamientos anglosajones, en los que la coexistencia de intereses se produce sobre la base de la subordinación de los intereses públicos a los privados [Insolvenzordnung (InsO) alemana del 5 de octubre de 1994].-

En este orden de ideas, dentro del bloque jurídico latino, cabe citar como ejemplos de prevalencia de intereses públicos frente a los privados, en el derecho italiano la "amministrazione straordinaria", introducida por ley del 3 de abril de 1979, recientemente reformada por decreto legislativo 270, del 8 de julio de 1999 o en el derecho francés la "loi sur Redressement et liquidation judiciaires", regulado por ley 85/98, del 25 de enero de 1985, modificada por ley 94/475, de 10 de junio de 1994.-

En definitiva, las diferencias existentes entre las normativas concursales europeas se van acortando, pero siguen siendo sustanciales y, sobre todo, siguen afectando a principios de política jurídica que suponen opciones de política económica, lo que dificulta la armonización.-

No obstante, con el reglamento (CE) 1346/00 del Consejo, se ha dado un paso importante y necesario para facilitar esa futura armonización a la que nos iremos acercando probablemente a medida que se afiance la unión económica y monetaria.-

#### **IV. Mercosur.-**

Habida cuenta de que nuestra materia se vincula con los grupos económicos nacionales y transnacionales, la detección de los distintos intereses en juego, y los efectos que produce o debiera producir la insolvencia o la quiebra en los mismos, precisaremos algunos conceptos básicos sobre estas cuestiones.

Cuando en el campo de la economía se producen determinados fenómenos, el derecho debe generar respuestas que los canalizan a través de las herramientas que proporciona al efecto. Estas respuestas tienen limitaciones, algunas veces pueden albergar y satisfacer en forma legítima la fenomenología producida, otras la respuesta no es satisfactoria, o la doctrina no acepta legitimar con normativa el tema, lo condena, o carece sencillamente de respuestas al momento y prosigue su estudio con distintas alternativas.-

#### **IV.1. Efectos regionales de la quiebra de las empresas transnacionales, multinacionales y grupos económicos.-**

Al respecto, cabe destacar como un hecho indubitable que ciertas actividades económicas han producido en el corriente siglo enormes concentraciones de capital y la expansión del mismo a múltiples actividades. En relación con lo expuesto, desde el punto de vista industrial y comercial, hemos podido observar la conformación de las integraciones horizontales o verticales, como así a los conglomerados, según la afinidad o disparidad de rubros. Por otra parte, abarcadas por la expansión empresarial, las fusiones, adquisiciones, alineamientos operatorios y financieros y toda suerte de combinaciones que día a día produce la macro empresa contemporánea, no ha podido dejar de hacer fuerte impacto en la utilización de las figuras jurídicas, muchas veces demasiado estrechas para albergar tal multifacetismo y envergadura.-

En virtud de lo reseñado, el fenómeno de la concentración de capital, con motivo de su enorme desarrollo para hacer frente a los desafíos tecnológicos, especialmente de

la segunda mitad de la centuria, ha producido a la par de la concentración empresaria, el desarrollo de grupos económicos y coetáneamente, el fenómeno de la concentración o agrupación societaria, para la actuación en derecho del mentado grupo económico.-

Llamamos en derecho entonces, grupo económico en realidad, a un grupo de sociedades con ciertas características especiales y que se distingue del término semántico, como así de otros tipos de agrupaciones con contenido económico.-

## **IV.2. Grupos económicos-nacionales-transnacionales.-**

### **\* GRUPOS DE SOCIEDADES**

Son aquellos formados por varias sociedades entrelazadas, a través de vinculaciones contractuales y/o participación accionaria recíproca y manejo conjunto, de tal suerte, que respondiendo a un centro de poder por encima de todas ellas en una sociedad madre o holding, o instalado en una cualquiera de ellas, dirige la operatividad del grupo, transfiere fotos de una a otra, utilidades y en general negocios de toda índole, haciendo una mera utilización de las distintas formas jurídicas. Considerando el conjunto como un solo block, con una cabeza y varios brazos, para establecer la posición económica del grupo debe recurrirse a balances consolidados, puesto que en realidad es un solo patrimonio a través de distintos nombres y/o pluralidad de actividades.-

Estos grupos pueden ser de hecho o de derecho, según la ausencia o existencia de vinculaciones contractuales explícitas y/o registraciones pertinentes para su identificación.-

En Alemania, la AKG de 1965 produjo un gran estallido en el firmamento legislativo y doctrinario de Europa. El tratamiento de los Konzern de hecho y de derecho, fue sin duda audaz.-

Los conceptos embrionarios del Konzern, habían sido ya introducidos en la AKG de 1937, y en 1960 el parlamento había dispuesto un estudio sobre la concentración empresaria. Fue con este bagaje total que se construyó el respectivo instituto de la Ley de Sociedades.-

La cuestión de los grupos de hecho (faktische Konzern) plantea también situaciones en las cuales su reconocimiento por terceros, o socios minoritarios de una de las sociedades minoritarias, adquiere interés. Un ejemplo válido al efecto es el caso del

accionista minoritario de una sociedad vinculada, que con motivo de la dirección unificada, encuentra disminuido su dividendo que fuera sacrificado por beneficiar a otra sociedad del grupo en la cual no posee acciones.-

En relación a los grupos de derecho, en general, el criterio europeo asume que la constitución del grupo será contractual y normatiza los distintos tipos de contratos, a la manera de la Aktg: contrato de dominación, de transferencia de utilidades, de negocios, el proyecto Costé: de afiliación; Italia: los consorcios.-

Podríamos remarcar que las legislaciones centro-europeas acentúan: a) la libertad contractual; b) adecuada publicación en inscripción y balances, así como información de la marcha del grupo; c) protección de los terceros y socios externos, mediante indemnizaciones por los perjuicios devinientes de la incorporación al grupo de no ejercerse el derecho de receso, y cuidada regulación de este mismo derecho.-

Asimismo, serán nacionales cuando actúen en un solo país y transnacionales cuando su expansión los lleve a tener sociedades vinculadas en varias naciones.-

El criterio de Holanda para considerarlos internacionales, requiere que la mayor parte de sus funcionarios y empleados se encuentre en el exterior. En este caso, tales grupos quedan liberados de cumplir con todo el régimen informativo previsto para los grupos holandeses.-

Sin embargo, el criterio que debemos focalizar es el de la operatoria en uno o varios países por los efectos de la quiebra en tal supuesto, pues el tema de la nacionalidad de las sociedades o grupos, por demás espinoso, nos será ajeno.-

Como elemento caracterológico del grupo, la doctrina ha puesto el acento en un recaudo básico, cual es la denominada dirección unificada. Ello implica, que en lugar de respetarse el interés social de cada una de las sociedades integrantes, el mismo se subordina al interés superior del grupo. Como lógica consecuencia, al sobrevenir la insolvencia, cesación de pagos o presupuesto falencial de ley de una de las sociedades, puede habilitarse la presunción jure et de jure, de que tal presunción falencial se irradia al grupo todo.-

Gran parte de la doctrina europea, con motivo de la invasión de capitales norteamericanos, post guerra mundial, consideró la presunción legal de que la falencia de la controlada implicaba también de pleno derecho, la falencia de la controlante.-

En 1996, Francia produce la reforma de su Ley de Sociedades, pero realmente no afronta la responsabilidad de tratar en ella los grupos.-

Bélgica también reforma su legislación societaria en 1967, introduciendo como novedad la presunción del carácter de filial, es decir –juri et de jure- el carácter de filial



de una sociedad respecto de otra, cuando esta posea más del 50 % del derecho de voto o capital de aquella.-

Asimismo, se presumirá tal carácter de filial –*juris tantum*- cuando la presunta sociedad madre ha ostentado la mayoría social en dos asambleas generales de los dos últimos años.-

En el Mercosur, sólo el régimen brasileño ha legislado sobre grupos propiamente. Se forma entre una sociedad controlante y sus controladas, la cabeza del grupo debe ser brasileña y ejercer el control de modo permanente. Asimismo, y obsérvese el rigor, impone el accionista controlante deberes para con la comunidad toda, y acepta, aun contractualmente, la subordinación de una sociedad a otra del grupo (arts. 116, 266 y 276). Su concepción tiene puntos de contacto con el Konzern del derecho alemán, y aunque no se aclara, pensamos que a nivel de responsabilidad habrá solidaridad entre controlante y controlada.-

Brasil ha reglamentado con cuidado su capítulo XXI, Grupo de Sociedades, habiendo omitido no obstante dos temas fundamentales: la defensa de la competencia y la indemnización posible a los accionistas de alguna de las compañías integrantes del grupo, por los perjuicios que la dirección unificada le ocasione.-

Es interesante consignar, que si bien la ley exige como uno de los recaudos que la constitución del grupo se efectúe por convención, la cual deberá ser aprobada por cada sociedad integrante de acuerdo con las circunstancias necesarias para la modificación de su contrato social, por remisión de este mecanismo el socio disidente goza del derecho de receso (Derecho de retirada) en los términos del art. 137 de la ley.-

Por esta circunstancia, los administradores de la sociedad podrán considerar la necesidad de una nueva asamblea ratificadora o rectificadora de la convención de constitución de grupo, si por los disidentes recedentes se pusiera en peligro la estabilidad financiera de la empresa.-

Sin embargo, el mencionado art. 137 de la Ley de Sociedades por Acciones parece haber sido modificado por la Ley 7958, del 20/12/89, y con ello el derecho de receso al accionista que no estuviere de acuerdo con la decisión tomada por la Asamblea respecto de la incorporación, fusión, cesión y/o participación de la compañía en el grupo de sociedades.-

La doctrina no es uniforme al respecto.-

El art. 269 regula los recaudos que debe contener la convención del grupo específicamente.-

Por otra parte, no se contempla la problemática del íter de constitución y se dispone que la existencia del grupo es tal, a partir del día del archivo o registración (archivamento) en el Registro de Comercio del contrato o convención del constitución del grupo, de las ratificaciones asamblearias de todas las sociedades integrantes y del detalle por declaración autenticada de la composición accionaria del grupo en cada sociedad afiliada o integrante (filiada) o un ejemplar del acuerdo de accionistas que asegure el control de cada sociedad afiliada. Si las sociedades tienen un asiento en distintas jurisdicciones, deberán registrar en cada sede su asamblea sin perjuicio del registro en la sede de la sociedad de comando, como se denomina a la controlada. Las condiciones de registro deberán ser publicadas.-

Si bien cada sociedad integrante conserva su personalidad y patrimonio, el grupo deberá tener su estructura administrativa, pudiendo crear órganos de deliberación colegiada y cargos de dirección general.-

La representación de las sociedades entre terceros puede ser alterada por la convención del grupo debidamente registrada, mas si ello se produjera, es reservada para los administradores naturales de cada sociedad.-

Si bien la ley no considera el contrato de dominación a la manera alemana, su art. 273 acepta que los administradores de las controladas o integrantes del grupo, deben seguir dentro del marco legal o de la convención grupal, las instrucciones específicas de los administradores de la agrupación.-

Los administradores pueden tener administración rentada y también se acepta, según su art. 274, que existan administradores con cargos en más de una sociedad, pudiendo también en ambos casos su remuneración ser prorrateada entre las distintas sociedades del grupo y con cargo a los balances consolidados.-

En materia de balances e información, deben realizarse balances consolidados, comprendiendo todas las sociedades del grupo, y publicarse juntamente con el de la sociedad de comando o controladora incluso si no tiene forma de compañía también debe publicar demostraciones financieras en los términos de la ley. Señalemos que la ley brasileña denomina compañía a las sociedades anónimas, y en el grupo la controladora puede ser cualquier sociedad.-

En el art. 276, y por interpretación armónica de los postulados de la ley, mediante remisiones que efectúa dicho artículo, y de allí al fundamental y rector art. 116 de la ley, se concede al accionista minoritario en las sociedades del grupo el derecho de reclamar por los perjuicios sufridos en la gestión del grupo, cuando se hubiera infringido el deber de la sociedad controladora de velar por sus intereses y por los de la

comunidad toda, en la más clara y gruesa pincelada institucionalista que enmarca la ley.-

En los Estados Unidos de Norteamérica, las regulaciones sobre grupos descansan fundamentalmente en la defensa de la competencia en el mercado y en la transparencia en los balances. Las formas, además de la participación financiera, implican las fusiones o compras de activos.-

El tema de la defensa de la competencia en la jurisprudencia sobre grupos, también es materia de particular preocupación en Europa. La normativa es clara según los arts. 85 y 86 del Tratado de Roma, los directivos de la alta autoridad y los fallos que complementan los alcances e interpretación pertinente.-

Con un criterio más ortodoxo, se ha elaborado la posición de que si no ha mediado abuso del control, desviado indebidamente el interés social, y no habiendo tampoco fraude a los acreedores, utilizando con fines espurios la figura jurídica, la quiebra de una sociedad miembro de un grupo, no implica la extensión de la misma al resto de las sociedades integrantes. No resultaría aplicable entonces, presunción de demérito alguno en contra del grupo, por su mera existencia. Por el contrario, si se produjera alguno de los supuestos previamente establecidos o existiere confusión patrimonial inescindible, queda habilitada la extensión de la quiebra al grupo en su conjunto.-

Esta ha sido la solución adoptada por la reciente reforma de la ley argentina 24522, sobre lo que luego volveremos.-

### **\*GRUPOS DE INTERÉS**

Me refiero así a las sociedades y/o personas que pueden actuar en simpatía, esto es con asistencia recíproca, técnica, comercial o financiera, pero que conservan claramente su individualidad y objetivos propios. Así pueden o no contener grupos de sociedades, pero no se trata de distintas caras de una misma persona, sino que en definitiva son distintas personas que colaboran entre sí en su propio beneficio particular. Para ello se unen en los llamados grupos de interés.-

Concretamente me baso en la legislación francesa de 1967, que crea en el derecho positivo la figura, aún con características que merecen revisión a nuestro juicio. Es decir, por ejemplo, si varias compañías distintas entre sí, deciden colaborar para desarrollar un nuevo producto, podrá haber un grupo de interés. En cambio, si una compañía de aviación, por expansión abarca el turismo, seguro, transporte por otros

medios, distintos aviones y forma al efecto distintas sociedades. Si para mejor gobierno, el poder, centro y centro de decisión se instala en una sociedad que forma su capital con las acciones que le dan la decisión en el resto de las sociedades, estaremos frente un Holding.-

Los grupos de interés han tenido particular éxito en Francia, y en forma invertebrada han producido distintos tipos de los denominados contratos asociativos, sin llegar a formar un grupo de sociedades.-

En esta línea, con particulares características, se encuentran los consorcios del derecho italiano, el grupo europeo de interés basado en la legislación francesa, la que también ha encontrado recepción legislativas en España y Portugal, entre otros, y en el Uruguay, dentro de los países del MERCOSUR.-

En España, por la ley del 28/12/63, se legisló sobre lo que la ley denomina “Uniones y Asociaciones de Empresas”, sin abordar en sí la problemática grupal.-

Por su parte, por ley de 1973, Portugal creó el “Agrupamiento Complementar de Empresas”, con personalidad jurídica, sin fin principal de lucro y beneficios fiscales, a la pequeña y mediana empresa, sin enfrentar tampoco estrictamente el grupo de sociedades.-

En cambio, Brasil ha receptado los consorcios y la figura grupal dentro del matiz de institucionalización de la concepción societaria marcadamente impreso en la ley brasileña del 15/12/76, ya señalado ut supra.-

La República Argentina, ha recogido en su ley de sociedades, dos contratos asociativos, como son el “Acuerdo de Colaboración Empresaria” y la “Unión transitoria de Empresas”, sin receptar la figura de grupo de interés y sin otorgar personalidad jurídica a tales contratos. Su referencia a los grupos se encuentra en la primera parte de la Ley de Sociedades, art. 31 y ss, cuando señala limitaciones y especificaciones respecto del control.-

Por otra parte, al analizar la participación societaria en otras sociedades, establece limitaciones y precisiones, con la obligación en determinados supuestos, de presentar balances consolidados para la debida información, pero sin abordar la problemática del agrupamiento. En cambio, como ya adelantáramos supra, la reciente reforma de la ley falencial, considera sin prejuicios el agrupamiento, pero con poca fortuna introduce la voz “conjunto económico” , que tiene una marcada connotación fiscal, engendrada por el derecho tributario para direccionar la cuantificación impositiva en ciertos supuestos, y que tampoco debe incluirse en el tema bajo análisis.-

En el tema de los grupos, como ya señalamos, hay que considerar asimismo el posible daño a los accionistas minoritarios, en caso de que por motivo de la dirección unificada se perjudique la sociedad en que son socios, en detrimento y a favor de sociedades en las que no detentan tal carácter, o que de cualquier forma queden perjudicados en la ecuación.-

Es por ello proponemos que a la vez de regular el fenómeno en la ley concursal, exista también una normativa armónica en el derecho societario, como una conjunción necesaria para la organicidad legal del fenómeno de concentración societaria.-

Con estas breves referencias, es importante dejar en claro entonces, que la problemática de la extensión de la quiebra y los intereses en juego, deberán juzgarse siempre respecto de los grupos de sociedades, como eventuales figuras de imputación.-

### **IV.3. Interés nacional e internacional frente a los grupos económicos.-**

Naturalmente, cuando se trata de un grupo económico nacional, es decir, que todas las sociedades del grupo están fronteras adentro de un mismo país, el interés va a estar centrado para los acreedores de la sociedad insolvente, en lograr que todo el patrimonio del grupo responda en forma consolidada por el pasivo. Así, habrán de petitionar la extensión de la quiebra de la insolvente al resto de las sociedades integrantes del grupo.-

Si ese grupo, que en su origen fue nacional, extendió su actividad a otros países, convirtiéndose en multinacional, frente a la quiebra de una integrante en uno de los países, nacen los problemas de los acreedores locales por defender el patrimonio de la sociedad local, para responder por sus créditos frente a los acreedores del extranjero que intenten disputarles sus derechos.-

Se gestan así, las denominada preferencias de los acreedores locales sobre los extranjeros, a quienes se relega o se excluye en la quiebra local, aceptándose como consecuencia la pluralidad falencial.-

Comienzan aquí a aparecer los primeros problemas vinculados a las cuestiones de la delegación de soberanía y la territorialidad o extraterritorialidad de la quiebra, en el supuesto de que controlante y controlada permanezcan en distintos países.-

#### **IV.4. Territorialidad y extraterritorialidad de la quiebra.-**

Aún en forma por demás breve, cabe precisar que llegado a este punto debemos tener presente para nuestra reflexión que enfrentamos la temática de la territorialidad o pluralidad de la quiebra, o extraterritorialidad falencial y su concerniente unidad, la que en definitiva encierra un problema de delegación o cesión en alguna medida, de la soberanía nacional, lo que es siempre una difícil cuestión política.-

En efecto, recordemos el proyecto MIICA, que fue pacientemente elaborado por la American Bar Association durante años y que nunca pudo ser concretado por la negativa final de los países involucrados, a aceptar los efectos extraterritoriales en su país de la quiebra declarada en el extranjero.-

Con seguridad, este será el tema más espinoso a considerar por los países del mercado común, de cara a una legislación común en materia falencial, pues la delegación parcial de soberanía se encuentra implícita en esta problemática, a la que hay que enfrentar con la decisión política que el primer tratado de integración, apelando al mismo criterio de entrega en pos de un valor superior, como es el derecho comunitario.-

En efecto, de acuerdo con la contribución jurisprudencial europea, consideramos al derecho comunitario un derecho distinto del derecho internacional y del derecho interno de los estados, un *Tercium Genus* superior a ambos y en cuya aplicación reposa la misma existencia de la integración comunitaria.-

#### **IV.5. Principio de reciprocidad.-**

Nos parece relevante en la materia, la experiencia Argentina que, sin perjuicio de lo establecido en los tratados internacionales (Tratado de Montevideo de 1889 y 1940), mantuvo siempre el criterio de la unidad o territorialidad de la quiebra. Sin embargo, la dura experiencia internacional, por la cual los acreedores argentinos frente a la quiebra de un deudor que tenía establecimiento en el extranjero, eran relegados o excluidos en el concurso allí celebrado, produjo que la doctrina asumiera y finalmente el legislador consagrara el doble principio de la preferencia local y la reciprocidad como requisito para la verificación del acreedor extranjero.-

En efecto, el art. 4 de la ley argentina dispone:

Concursos declarados en el extranjero La declaración de concurso en el extranjero es causal para la apertura del concurso en el país, a pedido del deudor o del acreedor cuyo

crédito debe hacerse efectivo en la República Argentina. Sin perjuicio de lo dispuesto en los tratados internacionales, el concurso en el extranjero, no puede ser invocado contra los acreedores cuyos créditos deban ser pagados en la República Argentina, para disputarles derechos que éstos pretenden sobre los bienes existentes en el territorio ni para anular los actos que hayan celebrado con el concursado.-

Pluralidad de concursos Declarada también la quiebra en el país, los acreedores pertenecientes al concurso formado en el extranjero actuarán sobre el saldo, una vez satisfechos los demás créditos verificados en aquella.-

Reciprocidad La verificación del acreedor cuyo crédito es pagadero en el extranjero y que no pertenezca a un concurso abierto en el exterior, está condicionada a que se demuestre que recíprocamente, un acreedor cuyo crédito es pagadero en la República Argentina, puede verificarse y cobrar –en iguales condiciones- en un concurso abierto en el país en el cual el crédito es pagadero.-

Paridad en los dividendos Los cobros de créditos quirografarios con posterioridad a la apertura del concurso nacional, efectuados en el extranjero, serán imputados al dividendo correspondiente a sus beneficiarios por causa de créditos comunes. Quedan exceptuados de acreditar la reciprocidad, los titulares de créditos con garantía real.-

El texto ha sido objeto de algunas modificaciones, que tal vez puedan debatirse en el Congreso, al analizar la propuesta uniforme, pero que en este estadio nos haría confundir el ángulo de enfoque, al cual deseamos ceñirnos en el presente, rescatando la construcción con la que el legislador consideró ambos principios referidos.-

En primer término, se consagra el principio de que un acreedor perteneciente a un concurso en el extranjero no puede disputarle derechos sobre el patrimonio local al acreedor de dicho concurso. Al mismo tiempo, se le otorga derecho de preferencia al acreedor local, relegando al acreedor extranjero a cobrar sobre el saldo, una vez satisfechas las acreencias locales, mientras que por el principio de reciprocidad se exige el requisito para verificar el crédito pagadero en el extranjero de acreditar; que las mismas circunstancias, el crédito del acreedor local hubiere sido verificado en un concurso realizado en el país al que pertenece el acreedor peticionante.

La cláusula de reciprocidad, proveniente del derecho internacional público, es aceptada como pauta de ecuanimidad en la concesión de derechos que efectúan los países en sus relaciones de estado, a cambio de trato igualitario.-

## CAPITULO IV

### EL ABUSO DE DERECHO EN LOS PROCESOS

#### CONCURSALES

##### I. Cambio de rumbo en la filosofía del sistema.-

La reforma del régimen concursal, implementada en 1995 a través de la ley 24522, trajo un profundo cambio de rumbo en la filosofía del sistema.-

Si bien el llamado “cramdown” acaparó buena parte del debate, otros tópicos de la reforma propuesta para entonces fueron objeto de agudos llamados de atención. Desde la incumbencia profesional del síndico, al tratamiento del pasivo laboral y por sobre todo, la ingerencia de los acreedores en la marcha del proceso, por encima de las facultades del juez que conservó su rol de “director” del proceso desde la literalidad del texto normativo (art.274 LCQ 24522).-

Buena parte de las voces de protesta no fueron escuchadas y la sanción del plexo normativo trajo un aluvión de crítica doctrinaria e ingentes esfuerzos interpretativos para ordenar la aplicación del nuevo régimen legal.-

Debe reconocerse a la doctrina judicial un fecundo trabajo de exégesis que logró sobreponerse a las sombras que sobre buena parte de las numerosas instancias secuenciales del proceso, descargaba el espectro normativo. Vaya en este punto nuestro emocionado recuerdo para Guillermo Mosso, quien bregó incansablemente por el mejoramiento del sistema y que tantas reflexiones nos hiciera compartir.-

Más allá de ciertas novedades recibidas con beneplácito, me refiero específicamente al instituto de la categorización de los acreedores concurrentes que – con sus más y sus menos – se adjudicó el voto positivo de la doctrina, casi sin exclusiones, la mayor parte de las novedades legislativas fueron signadas por una crítica negativa.-

Si pudiéramos de establecer el parámetro preciso del cambio de rumbo, tal vez fuera el rol reservado para el juez lo que marcó la divisoria de aguas entre la postura ius publicista que se asignaba al *ancien regime* y el iusprivatismo acendrado que se creyó advertir, desde el inicio, en la nueva filosofía legal.-



Con temprana opinión sobre el proyecto legislativo, señalamos la presencia de ese vector que giraba el rumbo de nuestra legislación en materia concursal (“Homologación del acuerdo preventivo: iusprivatismo o iuspublicismo” Ponencia a las VII Jornadas de Rioplatenses de Derecho Comercial; Punta del Este, Octubre 28 y 29; 1994) no sin rescatar algunos principios rectores del derecho positivo que impedían el cercenamiento de las facultades jurisdiccionales –llamémosle – básicas.-

Aún con anterioridad a la sanción de la ley 25589, que trajo de la mano la facultad del juez de imponer el acuerdo a acreedores disidentes y la reinstauración explícita del control judicial de la propuesta concordataria, el rol del magistrado concursal fue recuperando paulatinamente. Me animo a decir, por encima de las atribuciones que se pusieran en ejercicio durante la vigencia de la ley 19551, tópico sobre el que entonces poco se discutió, más allá del controvertido control de mérito del concordato.-

Es que la ley 24522 y su cuestionable factura obligó a un gran esfuerzo interpretativo por parte de los jueces, a través del cual se fue filtrando una notable preponderancia y hasta diría, un “rediseño” de los antiguos y nuevos institutos.-

Es así que en una larga lista de fallos comienza a pergeñarse un avance sistemático de la figura del juez en la dilucidación de distintas cuestiones, vitales para el proceso; provistas de claros signos iusfilosóficos y debe decirse también, ideológicos. No fue ajeno al mismo la doctrina del abuso del derecho, desprendida del art.1071 del Código Civil.-

## **II. El abuso de derecho en los concursos.-**

Tal vez por las notables falencias del régimen concursal o por las notorias demandas de la comunidad jurídica en punto a una necesaria moralización en los procesos concursales, la norma del art.1071 del CC comenzó a erigirse en un fundamento jurídico de fuste en la solución de conflictos no amparados por la ley 24522. O, más aún, por sobre las interpretaciones que “prima facie” ésta pudiera despertar.-

Existe a veces en la doctrina autoral y en la doctrina judicial una cierta escisión del pensamiento; una tendencia inercial a crear compartimientos estancos que no condice con nuestro sistema de derecho.-

Nuestros jueces se encuentran obligados a fallar los casos sometidos a su juzgamiento, sin que puedan ampararse en la existencia de lagunas del derecho u oscuridad normativa. De otro lado, los jueces tienen el deber también de aplicar todo el ordenamiento jurídico en la construcción que sostenga la solución del caso.-

Desde esa vertiente, el art.1071 del código civil resulta, a no dudarlo, una norma fundamental en la lucha contra el abuso y un soporte monumental en el plano de todo conflicto jurídico, cualquiera fuere la esfera normativa que el problema aborda en su núcleo central, Y puede llevar al juez de la mano, por camino seguro, hacia una solución satisfactoria, tanto en lo que concierne a la justicia conmutativa como a la justicia distributiva.-

La norma dispone que la ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos y que se considerará tal al que contraríe los fines que aquella tuvo en mira al reconocerlos, o al que exceda los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres. Como se verá, más que un norma es un verdadero axioma del derecho.-

Los procesos concursales no son ajenos a evidenciar conductas abusivas o contrarias a la buena fe. Es verdad que estas se manifiestan por parte de los deudores; pero también por parte de los acreedores.-

### **III. El abuso de los deudores.-**

#### **III.1. La actividad empresarial como presupuesto implícito.-**

Sabido es que los procesos concursales asientan sobre determinados principios rectores, como por ejemplo el trato igualitario a los acreedores –con sus variantes acontecidas con el devenir de los tiempos.-

Por otro lado existen también ciertos recaudos que la ley y la doctrina han distinguido como imperativos. Entre éstos campea la tríada tradicional conformada por el presupuesto objetivo (la cesación de pagos) el presupuesto subjetivo (la calidad del sujeto “concurable”) y el presupuesto activo, es decir la existencia de un sujeto legitimado para instar la apertura del proceso.-

Dichos recaudos tienen expresa recepción legal (art.1; art2: Art. 5; art.11; art.80 y concordantes de la LCQ).-

A la vez, el proceso se estructura sobre ciertos principios reconocidos desde tiempos inmemoriales: la universalidad, la colectividad, el carácter inquisitivo, etc.-

En nuestro regimen legal únicamente la universalidad tiene referencia expresa en la ley (art.1 2do. Apartado). Los restantes principios se articulan sobre la base de **nociones implícitas.**-

Así por ejemplo, la colectividad se infiere del llamado que formula la ley a todos los acreedores de causa o título anterior a la presentación en concurso o a la declaración de quiebra, para que acudan a hacer valer sus derechos.-

Desde nuestro punto de vista, en el concurso preventivo la continuación de la actividad del concursado constituye un presupuesto implícito de orden imperativo. Por lo menos en tanto y cuanto éste desarrolle una actividad en forma de empresa.-

Numerosas normas positivas dan la pauta sobre la existencia del mencionado recaudo.-

Así por ej, el art.15 refiere al control del síndico sobre la administración del concursado. Si no hay actividad obviamente no habrá control que efectuar.-

Los arts. 16 y 17 regulan la actividad del concursado estableciendo cuales son los actos que puede o no realizar. Los actos permitidos son los que hacen a su giro ordinario. Y el giro implica la existencia de una actividad económica.-

El mismo artículo 16 autoriza el pago de ciertos rubros del crédito laboral con el resultado de la explotación. Estas circunstancias que han dado lugar a tantos debates, denotan necesariamente que el giro del deudor continúa. De lo contrario no habría resultados, ni explotación.-

La intervención de los libros del deudor constituye una actividad procesal tendiente a establecer una fecha de corte en las registraciones, para distinguir entre la actividad pre y post concursal., dando lugar esta última a la correspondiente registración contable de las operaciones.-

El art.20 autoriza al deudor a continuar los contratos con prestaciones recíprocas pendientes, previa autorización.-

Dentro del mismo dispositivo, la renegociación de las condiciones de trabajo del personal y la prohibición de suspender el suministro de los llamados servicios públicos, apuntan en la misma dirección, es decir, mantener dentro de condiciones razonables el giro empresario.-

El art.21 inc. 4 establece el levantamiento de las medidas cautelares que hayan de pesar sobre bienes necesarios para el giro ordinario.-

El art.24 dispone que en caso de necesidad y urgencia y con el criterio del art.16 el juez podrá suspender las subastas y las medidas precautorias que impidan el uso por el deudor de la cosa gravada, en la ejecución de créditos con garantía real.-

El art.25 impide los viajes al exterior del concursado o, en su caso, de los administradores; ello así en consonancia con el deber de información y de colaboración que pesa sobre éstos. Información sobre qué? Indudablemente sobre la marcha de los negocios.-

Ya en caso de quiebra, la sección V del capítulo II contempla los efectos de la falencia sobre los contratos en curso de ejecución, lo cual también presupone la existencia de una actividad tendiente al cumplimiento de estos.-

Y finalmente el art.189 y sgts. s refieren a la continuación de la explotación lo que obviamente revela la existencia de una actividad que cesa con el dictado de la quiebra y que puede excepcionalmente ser extendida.-

El principio de conservación de la empresa como razón de orden social y en especial en lo atinente al mantenimiento de las fuentes de trabajo y de riqueza, constituye un cartabón insoslayable en la interpretación de la ley concursal. En tanto así, sin actividad o –cuanto menos- potencialidad efectiva y evidente sobre ésta- no hay empresa que tutelar ni trabajo que conservar.-

Más allá de las innumerables pautas que el régimen jurídico de los concursos provee acerca de la necesaria existencia de actividad productiva por parte del concursado, no debe olvidarse que el concurso preventivo constituye un beneficio que altera drásticamente las relaciones con terceros. Que el principal objetivo del proceso es el saneamiento del pasivo con recursos propios, y que casi siempre son los propios acreedores los generadores de esos recursos, Ya no sólo mediante la mecánica de la capitalización de créditos, sino con el sacrificio que habitualmente soportan, y que constituye una forma de financiamiento. Resulta inimaginable que el remedio legal no se encuentre enderezado a la continuidad de la actividad productiva cuya tutela se pidió.-

Irrumpe de este modo un factor de orden axiológico similar - si se nos permite - al paraguas protector de la personalidad jurídica y de la limitación de la responsabilidad. Sin una empresa productiva y operativa se vulneran los principios que sustentan la personalidad diferenciada entre los accionistas y la sociedad. Sin una empresa productiva y operativa no tiene razón de ser el concurso, que afecta de modo tan palpable y muchas veces violento a los acreedores y a la comunidad.-

Si una empresa no puede llevar adelante la actividad que la justifica, sería ostensiblemente abusivo y contrario al sentido que la ley tuvo en miras brindar el enorme paraguas del concurso para su protección.-

Entra aquí en escena el art. 1071, tornando abusivo el ejercicio del derecho a tramitar un concurso, sin las finalidades que la ley persigue en el mantenimiento de las empresas viables.-

En cuanto a la forma y oportunidad de juzgar el cumplimiento del recaudo implícito de existencia de actividad empresarial, existen numerosas instancias del proceso en que el mismo debe justificarse. En principio la presentación en concurso debe ser fuente eficiente de la actividad desplegada por el deudor y las formas en que la misma es llevada adelante.-

El síndico, en su función de contralor, también debe observar e informar sobre la continuidad empresaria . En particular, en el informe general.-

En caso de que el juez advirtiera la inexistencia de actividad empresarial, debería denegar la apertura del proceso o suspenderlo por falta de uno de sus presupuestos implícitos del concurso preventivo.-

Otra oportunidad se presenta al homologar el acuerdo que se hubiera alcanzado contrariando el orden legal.-

Si bien el art.52 hace eje en la propuesta abusiva como factor preponderante para denegar la homologación, no obsta a las facultades del juez no hacer lugar a la misma, por falta de presupuestos legales. En tal caso, la declaración de quiebra podría ser una de las consecuencias. Pero también la nulidad del procedimiento ante la inobservancia de los recaudos de ley.-

Un fallo dictado en la provincia de Mendoza denegó la conversión de la quiebra en concurso preventivo por interpretar que ante al evidencia de una imposibilidad absoluta de reconversión empresarial y de ofrecimiento de una propuesta de pago decorosa, el proceso tenía un final anunciado..Por ello consideró aplicable a la especie la doctrina extraída del art.1071 del Código Civil. (1er. Juzgado de Procesos Concursales; autos “Viani Raul s/quiebra” 10.3.2000).-

Destacó el Dr. Fragapane, magistrado a cargo del Juzgado, que entre los elementos del abuso de derecho la doctrina exige a) existencia y ejercicio de una conducta permitida dentro del derecho positivo en virtud de una expresa disposición legal; b) contrariedad con los fines de la norma o la regla de la moral, la buena fe y las buenas costumbres; c) la existencia de un daño; d) imputabilidad; agregando algunos autores la atribución del acto a título de culpa o dolo.-

Como fácilmente puede extraerse, en un pedido inconsistente de concursamiento, con falta de actividad productiva, bien sea esta considerada –como lo

hacemos- un presupuesto implícito o no, el abuso de derecho aparece como incontrastable.-

### **III.2. El plan de empresa en la propuesta de acuerdo.-**

Hoy día y perfilada como se encuentra la figura del juez en el pleno ejercicio de sus facultades naturales y sumada la teoría del abuso del derecho en el ámbito concursal, pocas dudas pueden quedar sobre la necesidad y la conveniencia de que el deudor recurra al concurso con un plan de saneamiento y una propuesta sostenida por la reorganización de la empresa, con parámetros claros sobre las posibilidades de cumplimiento.-

En un fallo, se planteo la exigencia de que el deudor adapte la propuesta concordataria a las pautas legales vigentes: (“Massey Ferguson SA s/Conc.Prev.” 4.6.96 JCiv y Com Nro.13 de Rosario; cit. Nuestro trabajo “La propuesta de acuerdo preventivo y su debida observancia del orden jurídico. Facultades de los jueces” en Errepar Doctrina Societaria y Concursal, Diciembre de 2001).-

Una lectura apropiada del art.45 ap.4 lleva de la mano imponer un serio y adecuado cumplimiento de lo que se denomina por la norma “plan de administración”.-

### **III.3. La categorizacion irrazonable.-**

En una larga lista de fallos jurisprudenciales se aprecia la ingerencia de los jueces en el reencauzamiento de la categorización. Si bien el art.41 trae pautas expresas vinculadas a la fundamentación y la razonabilidad de la propuesta de agrupamiento, no es ajena a la esfera del ejercicio regular de un derecho la arquitectura que el deudor formule a ese respecto.-

Así puede apreciarse que en el ejercicio de la fijación “definitiva” de las categorías (en la modalización empleada por el art.42) los jueces han intervenido a menudo reformulando las propuestas del deudor. Puede mencionarse entre algunos fallos los que seguidamente se enuncian:

- Florio ICSA s/Conc. Prev” 22.8.96 .JNCom Nro.11; donde se decidió incluir la categoría legal “acreedores quirografarios laborales” que el deudor había omitido.-

- “Schoeller Cabelma s/Conc.Prev”, 30.10.96 originario del mismo Juzgado; donde se dispuso la categorización separada de las empresas controladas por la deudora.-
- “Listas Argentinas SA s/Conc.Prev”; donde el juez creo una categoría de acreedores estatales (organismos centralizados y descentralizados) , que luego tuvo errático destino (en DSyC Errepar; Nro.155, Octubre 2000 ”).-
- Correo Argentino, originario del Juzg, Com. Nro. 9, donde entre otros ajustes a la propuesta de agrupamiento, se creó una categoría especial para ciertas personas vinculadas al deudor.-
- Y en una serie de precedentes que, atendiendo las peculiaridades del problema, admitieron la fijación de una categoría especial para los organismos recaudadores de impuestos nacionales, provinciales o municipales (“El Rápido Argentino Compañía de Microómnibus S.A. s/concurso preventivo” Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Comercial N° 21 – Secretaría N° 41, febrero 19-2003; “Yampolsky, Natalio Alfredo s/concurso preventivo”, Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Comercial N° 18 – Secretaría N° 35, abril 8-2003).

#### **IV. La propuesta abusiva.-**

Como se puede observar a lo largo de esta tesis hay ciertas propuestas mas que perjudiciales para los acreedores, tal es así que hasta se puede recaer en abuso por parte del deudor al hacer su ofrecimiento, tal es así que la Cámara Comercial juzgó ilícita y contraria a la moral y las buenas costumbres una propuesta de concordato a veinticuatro años, con cinco de gracia y sin intereses (CNCom.Sala C; 4.9.2001; Errepar Doctrina Societaria y Concursal, Diciembre de 2001).-

Justamente, en punto a la homologación del acuerdo, puede fijarse el debate habido en torno al nuevo giro legal impuesto por la ley 24522, y –precisamente - desde la función del juez.-

En los primeros pasos de aplicación de la nueva normativa, se recordará la caracterización de Mafia( ), no exenta de la mordacidad a que nos tiene acostumbrados, al considerar la figura del juez concursal relegada al papel de un “cuentaporotos”. Refería así nuestro maestro al rol que se le asignaba en el cómputo de las mayorías, carente de relevantes facultades frente al acuerdo celebrado por un deudor, cada vez mas “auxiliado” por la ley y sus acreedores, a quienes se proclamaba como

actores principales de la escena concursal. Era, nada más que una petición de principios.-

*“Uno de los puntos más controvertidos de la última reforma concursal fue, sin duda, el recorte de las potestades atribuidas al juez a la hora de homologar la propuesta de acuerdo votada favorablemente por los acreedores.”*

*“La dramática amputación normativa del poder-deber de valorar el mérito del arreglo convenido, fue calurosamente defendida y no menos calurosamente criticada.-”*

Así manifestaba Ribichini( ) la controversia suscitada en torno a las facultades judiciales y, parafraseando a Eco, enumeraba a los “apocalípticos” y a los “integrados” cada uno en su bando, aprobando o contravirtiendo las aludidas potestades (El juez frente a la homologación del acuerdo...” en LL 1997-E-243).-

Anotaba entonces el brillante magistrado de Bahía Blanca, una de las iniciales reacciones de la jurisprudencia, (sino la primera) que rescataba entre las funciones del magistrado del concurso, la de realizar *un control que excede el de la mera legalidad formal*, en los casos en que el acuerdo puede *afectar el interés público*, teniendo en cuenta todo el universo jurídico (CNCom.Sala B, “Covello,Francisca s/Quiebra”; 3.9.1996).-

El mencionado precedente de la Sala C de la Cámara de Apelaciones en lo Comercial, que concitó buena parte de la atención doctrinaria con críticas y aplausos, abrió camino -antes de la reforma implementada por la ley 25589-, para sentar las bases de las facultades jurisdiccionales frente a una propuesta contraria a la moral y a las buenas costumbres, y configurativa de un abuso de derecho.-

Sin embargo, rechazada la impugnación en la primera instancia, la solución implementada en la Alzada dejaba latente cierta oscuridad, por cuanto ordenó devolver los actuados a la instancia de origen *“...encomendándose a la Sr. Juez de grado proveer en consecuencia”*.-

Para más, el fallo contó con el voto en disidencia del Dr. Monti, donde se pugnaba por una reformulación de la propuesta, mediante un nuevo período de exclusividad.-

Sin entrar en el debate relativo a los aspectos fácticos y jurídicos que hacen a la viabilidad de la impugnación del acuerdo, algunos creyeron avizorar, a mi juicio con desacierto, una suerte de intromisión indebida del juez en el diseño de la propuesta votada favorablemente por las mayorías de acreedores requeridas por la ley.-



#### **IV.1. La “propuesta residual”.-**

Quizás con el fallo del Tercer Juzgado de Concursos de Mendoza, a la sazón a cargo del Dr. Guillermo Mosso, se abrió una línea ininterrumpida respecto a la desestimación de la denominada “propuesta residual”, que sin duda constituye un abuso para con los acreedores tardíos o revisantes (“La Franco Andina”).-

Recientemente, la Corte Suprema de Justicia de Mendoza, volvió sobre el tema en el caso “Argenfruit en Pedro Lopez e Hijos s/Concurso Preventivo”.(24 de Junio de 2003; publicada en Errepar, Doctrina Societaria y Concursal; Nro.189, Agosto 2003).-

En este caso se invocó por el impugnante, tanto la ilegitimidad de las propuestas alternativas ofrecidas por el concursado, como la inmoralidad de la que se ha dado en llamar “propuesta residual”.-

La Dra. Aída Kemelmajer de Carlucci, en extenso e ilustrado fallo (concordado por los restantes miembros del Tribunal) dejó en blanco y negro el dilema de hierro que plantea el acogimiento de la impugnación con la aparente y única resolución que decretar la quiebra. Entendió sin embargo la magistrada que frente a tan dramática consecuencia se admite una “tercera vía”, cual es la de ordenar la “readecuación” de los términos del acuerdo haciendo cesar el vicio de que adolece. Fundó su voto en un precedente originario del Juzgado del fuero capitalino Nro.9, en el apuntado voto en disidencia del Dr. Monti en el caso “Línea Vanguard” y en la opinión que el mismo nos mereciera. Primó en la ocasión un gran factor de prudencia, que fue fundado en los principios rectores del proceso concursal relativos a la conservación de la empresa.-

En cuanto a los contenidos de las propuestas ofrecidas cabe señalarse:

- La “propuesta residual” preveía el pago del 100% del capital verificado en seis cuotas anuales y consecutivas con vencimiento la primera de ellas a los 15 años de la homologación del acuerdo.-
- La propuesta A ofrecía el pago del 100 % del capital verificado, sin intereses, de la siguiente manera: al año de la homologación del acuerdo, la suma de \$ 1.000; tres cuotas anuales consecutivas de igual monto; y el saldo en 5 cuotas anuales y consecutivas de igual monto, por el 20% cada una, exigibles a los 15 años de la homologación del acuerdo.(propuesta A).-
- La propuesta B consistía en la constitución de un fideicomiso destinado a

la liquidación de ciertos bienes del activo para satisfacción de los acreedores adherentes.-

Como la propuesta residual había sido considerada abusiva por las instancias inferiores, y en consecuencia “eliminada”, los acreedores que no habían podido o querido pronunciarse favorablemente, quedaban incorporada a la propuesta B, por haber sido esta última “la más votada”.-

Señaló la Dra. Kemelmajer de Carlucci que en los autos había quedado fuera de debate si es lícita una oferta que consiste en pagar con el resultado de la venta de ciertos bienes del activo. Y recordó que se dio respuesta negativa al tema en “Banco Extrader s/Quiebra” (CNCom; Sala D,19.12.95 en LL 1997-E-247).-

Finalmente resolvió la magistrada, con elogiado acierto frente a tales y tantas espinosas cuestiones, que dentro de los aspectos abusivos que permanecían en la especie, a pesar de la “readecuación” formulada en las instancias inferiores, se encontraba el relativo a la incorporación de un grupo de acreedores (disidentes, verificantes tardíos y revisionistas) *en una masa de bienes que fue votada para que cobren sólo los verificados y declarados admisibles que votaron favorablemente la propuesta*. Por lo que se acogió el recurso de inconstitucionalidad interpuesto y se ordenó, destacándose la heterodoxia del tema., remitir los actuados al tribunal de primera instancia, para que conforme el procedimiento que estime conveniente, otorgue al concursado la posibilidad de solucionar el abuso declarado y en la extensión reconocida por la Sala (por ej. Incorporación de nuevos bienes al fideicomiso en la misma proporción de los créditos que pasaron de la categoría residual a la propuesta B.).-

No puedo dejar de destacar finalmente que en el caso que nos ocupa la votación se produjo al amparo de la ley 24522 y la decisión se adoptó cuando ya estaba en vigencia la ley 25589. Cuestión a la que no se dio carácter dirimente pese a haber sido planteada.-

#### **IV.2. Un abuso “atípico” en la propuesta concordataria.-**

Un jugoso fallo fue dictado el 14 de Noviembre de 2001 por el titular del Juzg.1ª.Inst. CyC de Bahía Blanca, el Dr. Guillermo Emilio Ribichini, en los autos “Galassi 2000.-”

En el caso, el concursado había propuesto la conformación de tres clases de acreedores quirografarios, dos de ellas constituías *individualmente* por el Banco de La Pampa y la firma Shell; y la tercera, para “el resto de los acreedores (“el resto del mundo”?).-

- A la primera clase, conformada como se dijo por el único acreedor Banco de La Pampa, propuso pagar el *100% del crédito, más los intereses devengados desde la presentación del acuerdo, a los cinco días de homologado en acuerdo.-*
- A la segunda clase unipersonal del acreedor Shell ofreció también *el pago íntegro del crédito a los 90 días corridos de la homologación del acuerdo.-*
- Y el resto de los créditos quirografarios que –debe decirse también- representaban *el 3% del pasivo total. serían abonados con una quita del 55%, en diez años con seis de gracia. (aparentemente sin intereses).-*

El concursado obtuvo las mayorías de ley y no sólo eso, sino la aprobación anticipada del “resto del mundo” (perdón, del “resto de los acreedores) para el levantamiento de todas las medidas cautelares trabadas, para la *venta de los inmuebles y tenencias accionarias de la concursada y para la renuncia al cobro de acreencias del deudor, respecto de Galassi SA; Norberto Antonio Galassi SA, y Norberto Galassi.-*

Puesto a consideración del Juez la homologación del acuerdo, el panorama fáctico reseñado le hizo interpretar: (y lo digo con sus palabras):

- Que las propuestas diferenciadas fueron *“...tan irrazonablemente distintas que el acuerdo así propuesto en su conjunto, carece de sentido y finalidad, evidenciando, de suyo, la desaparición del presupuesto sustancial objetivo que justificó la apertura de este proceso, y que habilitaría su culminación mediante la resolución homologatoria que se pretende...”*
- *Que de homologarse el acuerdo “...la concursada habrá desinteresado el 97% del pasivo, -que es en rigor el 98,67% teniendo en cuenta que les paga el 100% y recién a los seis años contados desde entonces, abonará la primer de cuatro cuotas anuales, en relación al 1,3% del pasivo remanente;*

- Que resultaba sorprendente “...*tan formidable poder de persuasión en la deudora, y tanta pareja comprensión en los acreedores, frente a tan grosera e irrazonable –por obviamente innecesaria – desigualdad de trato...*”

Lo expuesto llevó al juez a considerar que “*en la formulación –y aceptación - de tan extravagante propuesta, subyace en definitiva una buena nueva: la concursada afirma de estar en condiciones de cancelar el 97% del pasivo dentro de los 90 días corridos.-*”

Luego, declarar la quiebra sería tan o más disparatado que homologar el acuerdo. No me queda entonces, otra alternativa que la **de revocar la apertura de este concurso preventivo, por desaparición sobreviniente del presupuesto sustancial objetivo que le dio sustento** (art.1 párrafo 1 y 79 inc. 1 – a contrario – LCQ; v.CNCom. Sala A, 18.4.67 “*El Dorado Colonización y Explotación de Bosques Ltda. SA*”; en ED 18-611; Bergel, Salvador Darío “*Convocatoria de acreedores sin cesación de pagos* “ – comentando el fallo anterior-, ED 19-469; Maffia, Osvaldo J. “*Derecho Concursal*”, Vol.II, pág. 157 y ssgts.).-

# CAPITULO V

## CRAMDOWN

En este capítulo haré un análisis general del instituto receptado en el art. 48 de la ley N° 24.522, denominado "cramdown", no sólo desde el punto de vista de la doctrina y la jurisprudencia, con las cuales coincido en algunos puntos, pero disiento notablemente en otros, para tratar luego de ello dar una postura personal acerca de cada tema desarrollado. Por ello me abocaré a desarrollar la solución prevista en el art. mencionado, dando cuenta que a pesar de toda buena intención por parte del legislador por establecer un instituto que solucionare una serie de problemas, como es la quiebra y la necesaria afectación que esta produce a los acreedores, éste se ha quedado a mitad de camino y desgraciadamente no ha llegado a buen destino, no ha cumplido su objetivo.

Dentro de este tema en particular, y para lograr alcanzar una idea acabada de los verdaderos orígenes del "**cramdown**" en nuestro país, tomaremos normas extranjeras relativas, no solo al principio de salvataje de la empresa sino también de conservación de la empresa en quiebra, y otras de carácter nacional que fueron antecedentes directos del instituto en desarrollo. Comenzaremos con las primeras para concluir con la legislación nacional que previno a esta figura del "**cramdown**". Cabe agregar que a esta altura que la misma será objetiva absteniéndome a exponer normativa que considero antecedentes necesarios al instituto nacional, para luego si, entrar a desarrollar y realizar las críticas y propuestas personales, con un conocimiento general del mismo.

En 1942 la ley mexicana de quiebras recogió el principio de conservación de la empresa, como norma fundamental de los concursos, establecía que el síndico podía proponer al juez del concurso esa continuación, siempre que la interrupción pudiera ocasionar grave daño a los acreedores, por la disminución de valor que supone la disgregación de los elementos que la componen y siempre que el juez deduzca la viabilidad de la empresa y la utilidad social de su conservación.-

En Italia, el real decreto de 1942 autorizaba al juez a continuar con la actividad de la empresa si la interrupción pudiera derivar un daño grave e irreparable.-

La ley francesa de 1967 estableció un sistema preventivo para empresas que se encuentran en difícil situación financiera, a través de una moratoria que suspende las

acciones de los acreedores por el plazo de tres meses, sistema que no habría tenido mucha aplicación práctica. La ley de 1985 crea un sistema de observación a fin de evaluar las posibilidades de la viabilidad de la empresa, a través de un funcionario experto en crisis concursales; éste debe proponer un plan de continuación de la actividad, o su transmisión a terceros o la liquidación de sus bienes.-

En cuanto a la Bankruptcy de los Estados Unidos de Norteamérica, de la cual erróneamente se ha querido extraer el concepto de "cramdown", poco tiene de semejante con el sistema nacional y en una breve descripción lo tratare de demostrar. En este régimen, por ejemplo el deudor controla su negocio, salvo que sea reemplazado cuando se compruebe mala actuación o fraude; continua la explotación del negocio; el deudor formula un plan de reorganización para lo cual cuenta con un período de exclusividad de 120 días para formular la propuesta y de 180 días para obtener la aprobación del plan, si habiéndolo formulado en término el mismo aún no fue afectado; una vez que el plan ha sido aprobado por el tribunal, la deuda se ve limitada al cronograma y montos de ese plan; una persona física puede solicitar la apertura del procedimiento tanto como las empresas; pueden acceder todos los tipos de negocios; los acreedores votan el plan de reestructuración; el tribunal aprueba o rechaza el plan; como puede observarse, nada tiene que ver dicho sistema con el propuesto por la ley 24.522.-

También se ha instrumentado el instituto de la continuación de la empresa en otras legislaciones, como la de Honduras, Hungría, Persia, Líbano, Chile, Yugoslavia, Grecia y Brasil, entre otras.-

En cuanto a los antecedentes nacionales, en primer término veremos los contenidos del Código de Comercio de 1857/62. En el mismo los acreedores podían autorizar a un síndico la continuación de los negocios, determinando las facultades que se le otorgaban y el tiempo de duración en el cargo. El objetivo en este caso de la continuación de la empresa era la liquidación de la misma. En la reforma, del cuerpo legal citado, del año 1889 se prevé la adjudicación de los bienes a los acreedores a fin de superar el estado de quiebra; por lo tanto se introduce la posibilidad de continuación de la empresa; los acreedores podían hacerse cargo del activo y del pasivo de la quiebra prolongando las operaciones por su cuenta.-

En particular nos detendremos a analizar y explicar el sistema que instauró la ley N° 4.156 y que se podría mantener que es una de las normas que anteceden a la ley 24.522 y que se asemeja al sistema por esta instaurado. En aquella se regulaba el instituto denominado "sistema de adjudicación de bienes", mediante el cual no aceptado el concordato por los acreedores, o por los deudores, en su caso, los acreedores podían

decidir tomar a su cargo el activo y pasivo del deudor. Si el juez autorizaba que tal discusión se llevara a cabo sustituía al deudor en todas sus acciones, derechos y obligaciones con relación a sus bienes, limitándose la responsabilidad al monto de los bienes adjudicados. Este mecanismo legal permitía la adjudicación de bienes por el juez, y los acreedores podían optar por liquidar el activo o por la continuar la explotación. En este último supuesto, y por medio de una construcción doctrinaria y no legal, se sostuvo que se debía constituir una sociedad, la que debía cumplir con los requisitos de las anónimas; ya que era inconcebible que el deudor integrara una sociedad de personas con los bienes de su deudor para después comprometer su responsabilidad personal (ilimitada). En este caso de la continuación del giro comercial se puede ver una similitud con el sistema de salvataje de la ley de concursos y quiebras. No obstante esto, el Dr. Ariel Dasso sostuvo, en una conferencia dada en Mar del Plata, que en realidad este antecedente no lo es tanto, él nos dice que hay que recordar en contexto histórico de la ley citada -año 1902- era una época en la cual era inconcebible la existencia de un patrimonio que funcionara independiente de personalidad jurídica alguna (tal como ocurre hoy con por ejemplo las U.T.E., fideicomisos, AFJP, etc.), y por ende la única forma en que se pudiera continuar el giro era constituyendo una sociedad. Mas nosotros, en contra de esta opinión, creemos que a grandes rasgos puede verse una similitud con el sistema de la ley 24.522, al menos en su esencia. En ambos casos el acreedor toma a su cargo los bienes del deudor para continuar con la explotación de la empresa, con el mismo objetivo de salvarla de la quiebra y mantener un ente útil al bien común en funcionamiento.-

Sin embargo, no podemos dejar de mencionar las diferencias que tienen ambos sistemas, a saber: en el de la adjudicación se transfiere un patrimonio a los acreedores quienes para poder manejarlo debían constituir una sociedad nueva; en el salvataje se hace una transferencia del paquete accionario o de cuotas partes para que el adquirente que podría o no ser un acreedor continúe girando en la misma sociedad, más allá de la novación que produce la homologación.-

A todo esto cabe agregar que la ley N° 11.719 suprime el instituto de la adjudicación de bienes y establece la posibilidad de la continuación de la para las empresas prestadoras de algunos servicios públicos (art.195) cuyo funcionamiento no podía suspenderse.-

En 1970 se dicta el decreto-ley 18.832/70 que modificaba y ampliaba el art. 195 mencionado y estableció que el Poder Ejecutivo por razones de interés público y con el fin de asegurar la paz social, podía disponer la continuación del funcionamiento de determinadas sociedades que fueran declaradas en quiebra, que sería dirigidas por un administrador oficial; y también excepcionalmente se lo podía aplicar este sistema a

sociedades en convocatoria de acreedores. El Estado adelantaba los fondos para la explotación; y fue en función de esto que el Estado recolectó la más diversa gama de empresas en dificultades, y lo peor de esto, al decir de Roberto García Martínez, fue que cuando el Estado ha querido devolver esas empresas a la vida privada fracaso, pues "nadie toma en sus manos voluntariamente un clavo caliente".-

En cuanto a los antecedentes doctrinarios, ya en el Primer Congreso de Derecho Comercial, de 1940, se había propiciado que el tribunal autorizase al síndico la explotación de los negocios del fallido, si la inmediata clausura de los mismos fuere perjudicial para los intereses de la masa. Se reiteraron estas ideas en la Sexta Conferencia Nacional de Abogados de 1959; en las Jornadas de Derecho Comercial de la Universidad de Cuyo de 1965; culminando con el Congreso Nacional de Derecho Comercial de 1969, realizado en Rosario.-

En cuanto a la ley 19.551, ésta en su exposición de motivos señaló la conservación de la empresa como uno de los objetivos orientadores de la reforma.-

Con un tinte más publicista, aunque conectadas por el objeto de salvar la empresa se encuentran, a saber: la ley 22.529 que reformó a la ley 21.526 de entidades financieras establecía una normativa que tendía al traspaso de la entidad a otra, atendiendo a la incidencia en la economía de su actividad y el rol del Estado como protector de su normal funcionamiento; y por otra parte las leyes N° 22.229 y 22.334 que propendían a la protección de las economías regionales de San Juan y Cuyo, regulando las incidencias negativas de la cesación de pagos de las empresas integrantes del "Grupo Greco".-

Cabe por último, y para concluir mencionar que en realidad el antecedente más cercano y fiel del sistema actual es el establecido por los decretos 1.164/93 y 1.845/93 y su modificatorio decreto 585/94, sistema que está establecido a aquellas empresas que atravesando una delicada situación financiera puedan superarla en base a un programa de reestructuración de sus deudas, nuevas inversiones de capital y cambio de la conducción empresarial. Continúa diciendo el considerando del último decreto mencionado, que el mismo tiene como fundamento coadyuvar a la continuidad de las empresas que reúnan ciertas condiciones razonables de viabilidad, con el objetivo expreso de preservar las fuentes de trabajo que pudieran verse comprometidas. Es así que la realidad de los hechos ha demostrado que existen supuestos en que la única posibilidad de asegurar la continuidad de la empresa, y en su consecuencia de las fuentes de trabajo, está dada por asumir, por parte de los acreedores, la realización de la pérdida que implica la diferencia entre su acreencia y el importe que efectivamente pueda recuperarse de las mismas.-

Luego de haber intentado dar una completa revisión a los antecedentes, y por todo lo



expuesto es que pensamos que no se puede sostener que sea la ley norteamericana el presupuesto de nuestro sistema, del cual ya expresamos las diferencias fundamentales que existen entre ambos. En tanto que, en cuanto a sus elementos esenciales, no podemos dejar de negar la vinculación que existe entre los decretos mencionados y la ley 4.156 y nuestro sistema de salvataje de la empresa de la ley N° 24.522.-

Luego de este relato y con una idea más acabada de las raíces del instituto es que nos abocaremos a un análisis exhaustivo del art. 48 de cuerpo legal citado.-

## **I. Concepto.-**

Conforme lo sostenido por el Dr. Ariel Dasso, el cramdown es un sistema de propuesta de acuerdo preventivo por tercero, quien en caso de obtener la conformidad de los acreedores, adquiere la empresa concursada. Implica la sustitución del empresario cesante que en subsidio de su fracaso en la obtención del acuerdo es sustituido por otro empresario que se supone en mejor situación para la continuación de la actividad de la empresa.

Asimismo el Sr. Juez SAVARIANO (OP) de la Sala I de la Cámara de Apelaciones de la ciudad de Nuequen, en su voto en los autos FUVA S.A. s/ Concurso Preventivo ha dicho en relación a este instituto que "... la institución del salvataje de empresas que aparece normada por primera vez en la Ley n 24.522 de Concursos (artículo 48), posibilita que otras personas (que no sean la concursada) adquieran -forzadamente si es preciso- el capital social, como consecuencia de haber logrado antes inexcusablemente una solución acordada con los acreedores de la concursada. Existen en el procedimiento de salvataje dos etapas perfectamente diferenciadas: la primera es la solución concordataria del pasivo quirografario con los acreedores; la segunda será la negociación con los viejos socios. Para que ésta tenga lugar, la ley prevé todo un sistema que determina una estimación del posible valor del capital social que, si es positivo, debe reducirse (apretado hacia abajo significa etimológicamente. Cramdown). Una vez determinado el capital social, el oferente del cramdown puede: a) Ofrecer pagar el 100% a los socios, caso en el cual la transferencia del capital social es irresistible; b) Ofrecer pagarles un importe menor (cualquiera fuera el porcentaje, sin mínimo alguno). Esto implica formular una propuesta de acuerdo a los viejos socios, considerados ahora como clase. Si el instituto del salvataje no existiera, la concursada enfrentaría inexorablemente la quiebra liquidativa. En ésta, los socios equivalen a la clase de los más subordinados de los acreedores, ya que sólo cobrarían- fuera y después de la distribución falencial- una cuota de liquidación, mediante

el eventual saldo que se devuelve a la deudora cuando previamente se ha desinteresado al 100 % de los créditos preferentes, quirografarios y subordinados, más sus intereses posfalenciales (hipótesis jamás verificada en la realidad de las quiebras liquidadas del pasado)...".-

Podemos decir que el cramdown es un sistema por el cual las empresas encuadradas bajo los tipos expresados en la norma, vencido el plazo de exclusividad sin que el deudor haya alcanzado las conformidades necesarias y requeridas, se permite a los acreedores y terceros interesados, en un plazo establecido, presentar su propuesta y de obtener, en función de ella, y de las conformidades exigidas, el traspaso de la participación societaria a favor del oferente que primero las logró.- Al dar nuestro concepto del instituto, nuevamente no coincidimos con el Dr. Ariel Dasso, ya que él sostiene al final de su conceptualización que el deudor "es sustituido por otro empresario que se supone en mejor situación para la continuación de la actividad de la empresa" cuando en realidad no es tal la situación que se da con el proponente ganador, por cuanto éste será no el mejor sino quien de ellos, logre primero las conformidades requeridas y las presente en el expediente y no que realice la mejor propuesta.

## **II. Naturaleza Jurídica.-**

Para el Dr. Ariel Dasso, la transferencia de la empresa constituye dentro del sistema del art. 48 una transferencia forzosa. Ésta, tiene el carácter de una compraventa, la que admite por expresa regulación del Código Civil la prescindencia del consentimiento de una de las partes, en las hipótesis expresamente previstas en el art. 1324. El art. 1324 del mismo cuerpo legal consagra en sus cinco incisos otras tantas excepciones que constituyen la imposición jurídica de la venta, prescindiendo de la voluntad del vendedor. De todas estas hipótesis, para Dasso, la que más se asemeja a la venta forzosa de las cuotas o acciones es la expropiación por causas de utilidad pública, calificada por la ley e indemnizada previamente. Tratándose de una venta, la ley exige determinadas condiciones respecto de la **cosa** vendida: "no habrá cosa vendida cuando las partes no la determinen o no estableciesen datos para determinarla" (art. 1333 primera parte). El otro condicionamiento es el consentimiento. En el nuevo art. 48 se introduce una nueva y diversa hipótesis de transferencia forzosa. Constituye sin lugar a dudas, un procedimiento de excepción, en tal medida que no está previsto en el ordenamiento jurídico. Prescinde del consentimiento, en función del interés público involucrado en el procedimiento justificado por la

necesidad de salvamento de la empresa. Según Dasso el Estado sustituye la voluntad del vendedor por la del poder público, expuesta en el nuevo ordenamiento jurídico, a través del nuevo procedimiento que culmina con la transferencia de las cuotas o acciones, prescindiendo del consentimiento del socio o accionista, **por un precio**. Pero no solo la cosa y el consentimiento constituyen los presupuestos de la compraventa. Tan esencial como ellos, es el **precio** de la cosa objeto, el que debe necesariamente cierto (art. 1349 parte 1º C.C.). Por ello para Dasso esto lleva a dos conclusiones inexorables y que entiende no pueden ser objeto de discrepancias: el sistema de salvataje, introducido novedosamente en el art. 48 de la nueva preceptiva, constituye un sistema excepcional, en tanto el consentimiento del vendedor esta sustituido por la voluntad del Estado en el nuevo ordenamiento, y el **precio cierto** esta referido a una formula de determinación, resultante también de un procedimiento en el que no interviene el vendedor, y queda en definitiva, remitida a las reglas del mercado.-

No comparto en ningún punto la postura doctrinaria de Ariel Dasso en cuanto considerar el procedimiento del art. 48 como una compraventa forzosa y dentro de ella con los caracteres de la expropiación. Sostengo que la expropiación no es de manera alguna una compraventa, sea esta consentida por las partes o sea esta forzosa. Es decir, el Estado, en ella, por un motivo de utilidad publica, se apodera de una serie de bienes privados (cuotas y acciones), indemnizando al dueño por la pérdida sufrida. En esta acción del Estado no hay ni la sombra de un contrato. El Estado procede como poder público: no discute con el dueño, no negocia condiciones, impone una solución y luego, por razones de equidad y de respeto a la propiedad privada, **indemniza** al dueño, vale decir, **no paga un precio**, sino una **reparación**.-

Ahora bien, es cierto que existe una falta total de consentimiento por parte del deudor, ya que éste tiene plena voluntad para, durante el período de exclusividad, lograr los acuerdos necesarios para solucionar su situación y no siendo esto así es que, dándose los requisitos del art. 48, comienza a operar el sistema del salvataje, excluyendo su consentimiento para la adjudicación de las cuotas u acciones de la empresa concursada.

Pero como ya lo sostuve, no creo que ni remotamente esta situación se pueda encuadrar en el instituto de la expropiación, mas si en el supuesto del art. 1324 inciso 4º del Código Civil. En él se sostiene que se está obligado a vender cuando "los bienes del propietario de la cosa hubieren de ser rematados en virtud de ejecución judicial". Ciertamente es que la doctrina le ha dado varias interpretaciones a este inciso del art. pero sin ahondar en las mismas y compartiendo la que sostiene que el órgano público es quien vende, eso si, pero no en representación del deudor o de los acreedores sino a nombre propio, cumpliéndose

de esta manera con los requisitos de la compraventa, es decir, consentimiento, la cosa objeto del contrato y precio.-

### **III. Sujetos.-**

La ley prevé expresamente cuales empresas son susceptibles de "cramdown" una vez que haya fracasado durante el período de exclusividad la propuesta de acuerdo ofrecida por el deudor, ellas son las sociedades de responsabilidad limitada, sociedades anónimas y comanditas por acciones, aquellas en que el Estado nacional, provincial o municipal sea parte y las sociedades cooperativas; ahora bien, se excluye expresamente de este sistema a las empresas aseguradoras, las mutuales y las administradoras de fondos de jubilaciones y pensiones; y en su art. 289 a los pequeños concursos. Y no debemos olvidar que sin mencionarlas, pero por exclusión, "olvida" a las explotaciones individuales, a las pequeñas y medianas empresas (Pymes), las sociedades de personas, que son aquellas en las cuales las situaciones financieras críticas se producen con más asiduidad, más que en las reconocidas por la norma. Cabe agregar que además de este requisito formal, quienes quieran hacer uso de este sistema de salvataje deben inscribirse en el registro, temporáneamente, y sólo ellos serán los habilitados para formular propuestas de acuerdo a los acreedores y éste es el único alcance que se le debe dar a su intervención.-

Ahora veremos los casos de sujetos "excluidos" que serán los supuestos de sociedades de personas; pequeños concursos; y empresas cuyo titular es un comerciante individual.-

En primer termino y aparentemente fundado en la naturaleza de la transferencia y en la necesidad lógica de que si el acreedor para integrar la sociedad deudora lo sea con responsabilidad limitada a su participación, se ha hecho la primera gran exclusión, las sociedades de personas. Sin embargo y recordando lo que ya hemos dicho, incluyo a las sociedades en comandita por acciones en las cuales los socios comanditados tienen responsabilidad solidaria e ilimitada.-

La segunda gran exclusión esta dada por quienes encuadradas bajo la denominación de "supuestos especiales" del art. 48, reúnan la calidad de sujetos de pequeños concursos. Aquí es dable preguntarse el porqué de tamaña exclusión; ¿acaso las pequeñas empresas no merecen ser "salvadas"? Más allá de la discutida posibilidad que el proceso del pequeño concurso sea renunciante; una vez más solo se tuvo en cuenta a las grandes entidades sin observar que, tal vez, no en las grandes regiones industriales o comerciales

del país, donde se produce una gran movilización de capitales y bienes; pero si en las economías regionales, incluso dentro de la misma Pcia. de Buenos Aires, son estas pequeñas empresas el motor de la economía y las creadoras de fuentes de trabajo. Ellas se ven trágicamente destinadas a la quiebra si, durante el período de exclusividad fracasa, su propuesta y por ende el concurso preventivo.-

Se excluyen también a las empresas cuyo titular es un comerciante individual. Este supuesto tiene los mismos óbices que el de las pequeñas empresas -calidad que por general reúnen en este caso-; no entendiéndose porque no se las ha hecho merecedoras de este sistema, cuando son estas las que muchas veces tienen un giro comercial considerable, más aún que una "gran empresa". Pero resultaría explicable la exclusión, puesto que la responsabilidad de este sujeto es ilimitada lo haría incompatible con el sistema del salvataje, cosa que nuevamente nos lleva a recordar la incoherencia de la norma y que ya hemos explicado.-

Se han excluído las sociedades irregulares, hecho que se podría interpretar como una sanción más al hecho de no estar constituídas de acuerdo a alguna de las formas societarias establecidas por ley.-

Creo después de toda esta exposición que no se encuentra fundamento acabado para excluir a las sociedades de empresario único con actividad comercial, como así tampoco a las encuadradas en los casos de "supuestos especiales", aún cuando reconozco que el caso de las sociedades de personas es más delicado y no se podría en este caso aplicar de manera sencilla el sistema ya que la propia confusión de patrimonios y el carácter de solidaridad que se asume haría dificultosa la distinción de las cuotas partes y por ende la diferenciación entre las responsabilidades y alcance de la misma con respecto a cada uno de los socios, llegando en tal caso a la imputación de maniobras fraudulentas, o las consecuencias de ellas, a personas ajenas a las mismas pero integrantes de este tipo de sociedades.-

En cuanto a las sociedades individuales y las de los "supuestos especiales" en realidad no se encuentra el motivo de su exclusión o acaso no son ellas las que en muchas ocasiones realizan operaciones comerciales que sin tener la envergadura, o tal vez sí, de las grandes empresas producen un beneficio considerable para determinadas regiones, y no sólo eso, sino que generan fuentes estables de trabajo. Creo que no solo el carácter jurídico de la persona se debe tener en cuenta para la posibilidad de aplicar el instituto, sino también, y como ya lo dijéramos antes, debe considerarse el giro comercial, las economías regionales, los acuerdos y toda una serie de hechos y actos que hacen a esta clase de empresas "socialmente útiles y económicamente rentables" y por lo tanto

"salvables".

#### **IV. Derecho comparado.-**

Expondré brevemente y a fin de ver de una manera completa y real como funciona este instituto en otras legislaciones. No debemos olvidar que toda legislación que admita este sistema debe propender al salvataje de la empresa que se encuentra en una crisis concursal, tratando no solo de mantener a la sociedad, además deberá tener en cuenta las fuentes de trabajo, la producción, el consumo de la empresa, etc..-

Italia: en 1942 la legge fallimentare reguló la "administración controlada", para los casos de temporaria dificultad, el régimen fracasó, pues al decir de Di Lauro el empresario recién se acuerda de su dificultad transitoria cuando se convenció que su dificultad no es transitoria.-

Francia: el 23 de septiembre de 1967 se sancionó la Ordenanza sobre suspensión provisoria de las ejecuciones y plan de refluotamiento de la empresa, que no se apoya en el estado de insolvencia sino que procura anticiparse a ese evento pensando en la superación de las dificultades que sobrelleve la empresa de importancia social.-

La ley francesa del 10 de junio en conjunto con la ley Gala de Sociedades determina un control de las Sociedades Anónimas que es llevado a cabo por el Comisario de Cuentas, quien ante el avarisamiento de alguna anomalía en la empresa debe comunicarlo a un Comité de Empresas y al Tribunal de Comercio; y de esta manera este último será quien, de oficio, podrá iniciar el procedimiento que someramente consiste en una fase preparatoria que se complementa con un balance económico social que determinara las chances de refluotamiento de la empresa, y de acuerdo al resultado de este examen se determinaran los pasos a seguir.-

Alemania: en un intento de revisión en el campo legislativo de lo que es el actual ordenamiento falencial; el Ministerio de Justicia creó una Insolvenzkommission, que es una comisión legislativa de estudios que se dedica a investigar técnicas para la reforma de los institutos concursales.-

En las jornadas de estudios en Frankfurt se ha dicho que "la instancia no debe esperar el momento de lo irreparable, esto es cuando es total la imposibilidad de cumplir con los pagos, sino que el curso de la justicia debe ser puesto en movimiento cuando existe amenaza o previsión de ulteriores dificultades ... la primer señal de dificultad debe ser tomada en consideración ... el nuevo procedimiento falenciarario no deberá prever una

demanda de quiebra sino una demanda de resaneamiento ... la primer preocupación debe ser de los acreedores que, en su propio interés deben estudiar el remedio que habrá de ser serio y adecuado al genero de la empresa en dificultades ...".-

Holanda: En 1971 se amplio para los casos de dificultades empresariales, el régimen de inspección ya vigente en materia societaria, modificado a su vez por la ley de 1976.-

En la Corte de Apelaciones de Amsterdam funciona una Cámara de Empresas (de 5 miembros, de los cuales dos son especialistas en materia de contabilidad económica y de organización de las empresas).-

Los tenedores minoristas de acciones y el personal en relación de dependencia, estos últimos a través de las organizaciones representativas, pueden solicitar ante dicha Cámara que se disponga una manera de control judicial llamada "inspección" en las S.A., en la cooperativas y en las S.R.L.; inspección que se ordena si existen razones fundadas para dudar de la prudencia con que se conduce la organización. Si el investigador comprueba una mala administración, la Cámara podrá disponer medidas gravísimas como la suspensión o la anulación de una decisión de los dirigentes, de los comisarios o de la Asamblea de los accionistas; la suspensión o la revocación de uno o más directores o comisarios; la derogación temporaria de algunas disposiciones de los estatutos; la disolución de la persona jurídica"; así, la mala administración es suficiente para que intervenga el Tribunal, a instancia de plurales interesados.-

Estados Unidos: ya he expuesto de una manera acabada el sistema de este país al tratar los antecedentes de nuestro instituto y a fin de una mejor diagramación del presente trabajo allí me remito.-

## CAPITULO VI

### EL COCURSO EN ARGENTINA

#### I. Doctrina Nacional.-

Como no podía ser de otra manera la doctrina se encuentra dividida en cuanto a la opinión que se merece la LCQ con respecto a la desprotección jurídica que causa en los acreedores.-

El Dr. Osvaldo J. Mafia(1), ha dado innumerable cantidad de veces su opinión con respecto a este tema. Bajo el rubro discutible de “conversión” la ley 24.522 introdujo una novedad auténtica: el concurso preventivo del quebrado. Paradójicamente, el tránsito desde la quiebra a la figura alterna que consagran los arts. 90 a 93 es lo contrario de lo que en Derecho Concursal se llama “conversión” o “sucesión de los procedimientos” o “transformación de los procedimientos”, entre otras denominaciones, a saber, el pasaje del más “blando” al más “drástico” de los trámites según los califica Provinciali(2), jamás a la inversa. Al revés, entonces, de las regulaciones consagradas en la materia, el art. 90 prescribe que “el deudor... puede solicitar la conversión del trámite en concurso preventivo...”. Si procediera, dispone el art. 93, “el juez deja sin efecto la sentencia de quiebra y dicta sentencia conforme lo dispuesto en los arts. 13 y 14”, esto es, abrirá el concurso preventivo supuesto que correspondiera. Omitimos el examen de la correlación entre ambas normas, a pesar de la tentadora miga que ofrecen. A pedido del quebrado, pues -y no del genérico “deudor”- se abre su concurso preventivo, colocando así al cessatus en situación idéntica a la de quien hubiera empezado el trámite con una demanda en términos del art. 11.

Ahora bien: según los arts. 6 in fine y 30, en caso de que el “converso” que

- no satisficiera el requisito de ratificación (art. 6), u
- omitiera cumplir las cargas del art. 14 inc. 5to. y/u 8vo., o
- desatendiera lo concerniente a edictos (arts. 27 y 28),

“se lo tiene por desistido” (art. 30). Otrosí, puede desistir voluntariamente (art. 31).



¿Desistir -o “por desistido”- de qué? Pues de su “petición”, como la ley 19.551 llamó a la demanda de concurso preventivo. El mismo término había utilizado para referirse en el art. 31 al concurso preventivo ya abierto y en marcha, esto es, la ley reguló el desistimiento de la demanda después de cumplida y agotada su función incoativa. La ley 24.522 se limitó a copiar el texto nada feliz de la anterior, desentendiéndose de las críticas que esa falla de nomenclatura técnica mereció y atrajo.

Asumimos que el ex-fallido y luego concursado preventivamente debe satisfacer las exigencias propias de su nuevo status (entre otras, las de los arts. 6, 14 inc. 5º y 8º, 27, 28). Sabemos de opiniones en contra, pero no las consideraremos ahora. Es premisa de esta ponencia -o postulado, si se prefiere- que el converso sobrelleva las referidas cargas.

El Dr. Alegría Hector(3), por su parte sostiene que, un problema surge con claridad e inmediatez: la mutación de la quiebra en concurso preventivo y el desistimiento voluntario o sancionatorio del último, ¿apareja la resurrección de la quiebra? Contesta que la quiebra, a diferencia del ave Fénix, no “renace” (vocablo que fue empleado). Tampoco había muerto. Estimamos que el mero preguntar si renace es de obvio rechazo, tan obvio como el carácter metafórico-escatológico y metempsicósico de la expresión. Hablemos de “validez”, o de “vigencia”, o de abrogación, esto es, utilicemos el vocabulario que en Derecho tiene un empleo consagrado y una acepción compartida. La hipótesis es bien clara: el juez pronunció la quiebra, el fallido pide la “conversión del trámite en concurso preventivo” y tiene éxito: se halla, pues, en condición de concursado preventivamente (¿concurado ‘preventivamente’ post-quiebra? Peccata minuta). Pero en caso de omitir, en su nuevo status, el cumplimiento de las cargas que recordamos en “I”, el juez “debe rechazar la petición” (art. 13). En ese caso tendríamos:

a) el juez dejó “sin efecto la sentencia de quiebra” y dictó sentencia abriendo el concurso preventivo;

b) El concurso preventivo concluye porque el converso no publicó edictos o por otras de las causales vistas.

Ergo, si el flamante concursado preventivamente no ratifica -caso del art. 6-, o deja incumplidas las exigencias del art. 14 inc. 5 u 8, o no publica edictos, la sentencia que abrió el concurso preventivo habrá de revocarse. En suma: tentación irresistible de escapar de la quiebra decretada y, días después, del concurso preventivo que la siguió por conversión. Pero ¿entonces no reaparece la quiebra, aquella quiebra, si el concurso preventivo cae? Contestamos que no: el texto legal no deja dudas. Si nos preguntasen

qué opinamos diríamos que es un dislate, pero inequívoco: el hecho de que no nos guste ratifica que a la sentencia del art. 93 le otorgamos, de aquí a la eternidad, eficacia cancelativa de la sentencia que constituyó la quiebra.

Qué fácil resulta mostrar, de afuera, los desaciertos de una ley; pero qué difícil la decisión del magistrado, a quien el texto legal condena a observar impasible una burla o remediarla contra legem. Lo veremos en IX.

Los lógicos hablan de una regla llamada “doble negación”, en cuya virtud la negación de una proposición que a su vez negaba a otra actualiza a la primera, vale decir, una proposición sería equivalente a su doble negación: si afirmamos “a”, después “no a” y luego “no (no “a”)", tendremos, nuevamente “a”. Es cierto, aunque sólo en el universo lógico de las proposiciones, por tanto de las entidades abstractas, por tanto ajenas a la temporalidad; pero en Derecho, ese mundo simple y familiar de las negaciones sucesivas de ninguna manera se identifica ni se reduce al caso de la doble negación de los lógicos. Se trata de un camino distinto y largamente recorrido, como veremos examinado algunos casos recurrentes que nos mostrarán la intransferencia de la recordada “doble negación” al ámbito de las prescripciones normativas. En especial, que la “doble negación” no apareja “doble derogación” (manteniendo por ahora una terminología incorrecta).

Echemos una ojeada a situaciones que tal vez no nos orienten mucho, pero en cambio nos despabilarán, por lo menos, de la fascinación que impone el recordado principio lógico con su patencia deslumbrante.

a) Si Juan mata a Pedro, y después Juan se suicida, Pedro no resucita: sigue bien muerto y probablemente enterrado.

b) Si la maestra ordena al alumno que borre de la pizarra la inscripción “Viva Boca”, y después de cumplida la orden la Directora desautoriza a la maestra por la orden dada, con eso solo no alcanza para que la inscripción reaparezca.

c) La ley 19.551 -art. 36- preveía la impugnación a lo aconsejado por el síndico en su informe del art. 35 (art. 36). La ley 24.522 cometió la insensata supresión de esa oportunidad misérrima brindada al concursado y acreedores para hacerse oír sobre algo que específicamente les atañe. Varios proyectos de reformas a la ley actual suprimen esa supresión. ¿Con eso solo reaparecerá el derecho a discutir el consejo del síndico?

d) Si el gobierno confía en recibir ayuda económica de Groenlandia, e inteligentemente cambia el nombre de “Plaza Mayo” por el de “Plaza Groenlandia” para

hacer mérito... Pero aquí se impone practicar una pequeña disección que, nos parece, aclarará el planteo del problema.

El “cambio” de nombre recién hipotetizado admite distintas modalidades posibles. Entre ellas consideraremos sólo tres, pues me bastan en vista a lo perseguido:

1. Una norma deja sin efecto (“deroga”, según la errada nomenclatura usual) la ley o decreto u ordenanza que impuso el nombre de \*Plaza Mayo\* al predio limitado por las calles tales y tales.
2. En lugar de ese contenido, la norma en cuestión se reduce a dejar sin efecto el nombre de “Plaza Mayo” dado a la plaza situada entre las calles...
3. Una norma prescribe que “la hasta hoy llamada \*Plaza Mayo\* se llamará en lo sucesivo \*Plaza Groenlandia\*”.

Únicamente en “1” tenemos un caso franco de -ahora hablamos correctamente- abrogación, o sea eliminación total de una norma por otra. En “2” y en “3” la anterior resultará inaplicable, pero no es abrogada.

Tomamos la referencia de Korkounov(4), gran jurista Ruso, quien opina que la nueva ley puede tener, con relación a la antigua, varias consecuencias. Puede abrogarla completamente y remplazarla por una nueva (abrogatio), o bien modificarla solamente en parte (derogatio), o bien completarla (subrogatio”).

En Roma, “rogatio” era una propuesta dirigida al pueblo, un proyecto de ley (“rogationem ad populum ferre”). “Rogo”, entre otras acepciones, significaba “consultar al pueblo sobre un proyecto de ley”; en suma, “proponer una ley”. Montesquieu menciona las “leyes tabularias”, a saber, “a cada ciudadano se le daban dos tablillas o boletines: el primero, marcado con una “A”, que quería decir “antiquo”, y el otro con una “U” y una “R”, que significaba “uti rogas”, a saber, “según tu propuesta”, por tanto conformidad para que la ley propuesta fuese aprobada. “Ab-rogo”, por el contrario, equivalía a revocar, poner fin a una ley.

“Se deroga una ley cuando se le quita una parte. Se la abroga cuando es totalmente abolida” Halperín(5), “Latín para juristas”, N° 291).

A pesar de que, al menos en nuestro medio, suelen emplearse los términos “abrogar” y “derogar” como sinónimos -y con más frecuencia el segundo-, conviene al tema que nos ocupa volver los ojos a sus significados auténticos.

En las hipótesis 2 y 3 consideradas en anteriormente, no tenemos abrogación típica, y el imaginado reemplazo de nombre de la plaza nos muestra que existen varias

posibilidades de derogación en el sentido recién indicado, esto es, cambio parcial de una norma, que puede llevar a su inaplicabilidad sin abrogarla: sólo en IV, “1” encontramos un caso franco de abrogación, a saber, una norma pone fin a la validez de otra. Las demás hipótesis, insistimos, no revocan la ordenanza hipotetizada aunque la tornan inoperante porque una norma de grado igual y posterior se le opone y por ser posterior prevalece. Esa prevalencia sin expresa invalidación de la ley cuyo contenido se desplaza es frecuentísima, y traduce la típica derogación, esto es, variación del ámbito material, o del personal, etc. de una norma sin abolirla. Eso suele ocurrir -es cualquier cosa menos excepcional- al punto de que a veces hasta se produce contra lo previsto por la disposición nueva. Esto es, una norma deroga sin proponérselo a otra pues la torna parcialmente inaplicable (“inconsistencia parcial” que dicen los iusfilósofos).

Como vemos, para afectar el contenido de una norma no es innecesario abrogarla, o sea quitarle su validez. Es posible introducirle un cambio (derogarla) sin que ello apareje su eliminación, y, según mostramos en IV, esa derogación es posible de distintas maneras.

El art. 93 señala dos pasos en caso de que prosperase el “pedido de conversión” (texto, dos veces, del art. 91. Correlativamente el art. 90 hablaba de “solicitar la conversión”, también dos veces). Sin embargo, adviértase que el juez no dispone la conversión de la quiebra en concurso preventivo como bien señaló Truffat(6), sino que el (art. 93),

a) “deja sin efecto la sentencia de quiebra” y

b) “dicta sentencia conforme lo dispuesto en los artículos 13 y 14”, es decir, y eludiendo visibles complicaciones, decreta la apertura del concurso preventivo.-

Dos prescripciones, entonces. Y a la la manera de Gianni Schicchi(7), “una cosa si perde, altra si trova”. Desaparece la quiebra y nace el concurso preventivo.

El segundo acto jurisdiccional -apertura del concurso preventivo- no deroga stricto sensu la sentencia de quiebra no obstante la notoria incompatibilidad de contenido entre la antigua y la nueva prescripción. Si así fuese, al quedar sin efecto el concurso preventivo por no cumplirse esto o lo otro, parecería que juega una invalidación del fallo que había invalidado la quiebra con el efecto de otorgarle nuevamente vigencia porque la sentencia que la desplazó dio inicio al concurso preventivo que a su vez fue dejado sin efecto al no cumplirse tal o cual carga. Algo así como una doble derogación que repristinaría la medida originaria.

De ninguna manera es así. La seductora patencia de la “doble negación” que dicen los lógicos no se aviene con la doble derogación en el terreno jurídico, obviamente sucesiva

en el tiempo. Además de esa imposible asimilación, tampoco existe nada que se parezca a doble negación en el tránsito de la quiebra a concurso preventivo y ulterior caída de esta última figura por el llamado “desistimiento” (arts. 30 y 31). Fue la sentencia del art. 93 la que dejó sin efecto a la sentencia constitutiva de quiebra, sentencia que operó respecto de la declarativo-constitutiva de la quiebra el mismo efecto que la abrogación de una ley por otra, esto es, la privó de validez, lo cual equivale a decir que puso fin a su existencia. Aunque se entendiera que el desistimiento del concurso preventivo apareja la revocación de la sentencia que hizo lugar a la conversión, no por ello reviviría la que fue dejada sin efecto (abrogada) por esa misma sentencia; es decir, la sentencia que constituyó la quiebra no “renace”, así como no resucita Pedro aunque Juan, que lo mató, se suicidara.

El fallo que dejó sin efecto la quiebra no es revocado, pues, en caso de que el ulterior concurso preventivo se frustrase porque el causante, sin querer o queriendo, dejó caer el procedimiento. Se trata de dos cosas sucesivas y bien distantes: por un lado, una quiebra -y no sólo la sentencia que la originó- desaparecida del universo jurídico por decisión del juez. La otra, un concurso preventivo que nace EN VIRTUD DE LA SENTENCIA ART. 93, y eventualmente desaparece por incumplimiento del art. 6, o del 14 inc. 5, etc. Si esto último ocurriera, la conclusión, de claridad deslumbrante, es que nos hemos quedado sin quiebra y sin concurso preventivo. Casi en “el ámbito de lo no jurídico”, como el título de Engisch. ¿Que esa situación es desagradable? Mucho más que eso: se trata de algo penoso, irritantemente injusto, sobre todo por la tentadora facilidad que ofrece para desasirse de la quiebra y trascartón del concurso preventivo. Empero, duro zafarrando sed zafarrancho.

Conclusión tan decepcionante no pudo conformar a quienes se asomaron al problema. CONIL PAZ buscó remedio considerando que “la ley, si bien esteriliza el trámite liquidatorio, exige, para su favorable conversión -y para la conclusión de la quiebra...- que se inicie y se agote la clásica fórmula del acuerdo concursal... la presentación del pedido y su admisión suspenden la inmediata liquidación de los bienes. Queda así pospuesta una quiebra ya declarada... la quiebra ... continúa pendiente...” (Mafia, Osvaldo, “Conclusión de la quiebra”, p. 116). El art. 93 no dice que la quiebra prosigue hibernada mientras el concurso preventivo corre tras su destino exitoso, sino que el magistrado la “deja sin efecto”; y fácil hubiera sido, para obtener ese resultado, establecer que la sentencia “deja en suspenso” la quiebra (y no sólo “la sentencia” por cierto). En cuanto al art. 203 in fine que el autor cita, es tan feble, tan sutil, tan

fluctuoso, tan tenue, tan efímero el soporte brindado que recuerda un glorioso pasaje de Ortega(8) y Gasset(9) cuando compara el ínfimo, fugaz apoyo en tierra del ciervo que huye de los cazadores con el bailarín que más que pisar el suelo pareciera que apenas lo reconoce (“Sortea el venado, certero, el obstáculo. Con precisión milimétrica se enhebra rauda por el hueco entre dos troncos. Hocico al venteo, corvo hacia atrás el cuello, deja gravitar a su peso la regia astamenta que equilibra su acrobacia... Gana espacio con prisa de meteoro. Su pezuña apenas toca la tierra; más bien -como dice Nietzsche del bailarín- se limita a reconocerla con la punta del pie. Reconocerla para eliminarla...”).

Tal la imagen que nos revive el S.O.S. dirigido al art. 203. Ciertamente “admitida por el juez la conversión” no se liquidan los bienes, pero tal precepto -para más, redundante y superfluo-, es lo más parecido a la pisa fugaz del ciervo que huye como decía Ortega: no equivale a -ni implica- la sobrevida de la sentencia que constituyó la quiebra del ahora converso; además, deducir que “la quiebra ... continúa pendiente” no se concilia con el texto tan explícito como claro y hasta enfático del art. 93: “el juez deja sin efecto la sentencia de quiebra”. Frente a ese dato -rotundo, unívoco, definitivo- la exquisitez retórica se estrella.

Por su parte, el Doctor Guillermo Mosso(10), infaltable en la mesa de los grandes problemas concursales, siempre con aportes de primerísima valía, tropezó con un caso típico: quiebra, conversión, y concurso preventivo fracasado por no acreditarse en las actuaciones la obtención del acuerdo con los acreedores. “... al no haber arribado a resultado positivo el concurso preventivo, consecuencia de la oportuna conversión de la sentencia de quiebra ...recobra todos sus efectos...” ... “la facultad legal de convertir el originario estado falencial en concursal no puede tener más objeto que posibilitarle al deudor ofrecer una solución preventiva... pero no despojarlo en su totalidad de las consecuencias de la declaración de quiebra originaria”, ello por lo disvalioso de las consecuencias... por ejemplo, si tras la conversión... el concursado, ex fallido, no publicara edictos... se vería \*sancionado\* con el desistimiento del concurso preventivo, volviendo al estado in bonis por dicha sanción”. Esa preocupante inferencia lleva al doctor Mosso a sostener que “tal extinción de la quiebra nunca ocurrió ya que, en verdad, la presentación del pedido y la admisión de la conversión suspenden la inmediata liquidación...” (y sigue transcribe el texto de Conil Paz que citamos antes). Comenta el fallo Truffat: “Hay muchas situaciones cuestionables en el instituto de marras, básicamente emergentes de su regulación telegráfica... Creo sinceramente que el texto legal no deja dudas en el sentido que se propone: la privación de efectos de la

sentencia de quiebra es definitiva. Reconozco que de allí se siguen soluciones que no concitan simpatía...”, y tras plurales y sensatas consideraciones finaliza con un párrafo que aplaudimos y nos complace transcribir: “Es de destacar la sincera preocupación del doctor Guillermo Mosso sobre las consecuencias disvaliosas del instituto. Respecto de su profundo análisis, lo que por otra parte es usual en tan prestigioso magistrado, aunque no lo suscribo por lo dicho, sí me aúno a su preocupación sobre esa y otras fallas del novel instituto” (el fallo y la nota de Truffat se publican en “El Derecho”, 7/mayo/997). Nosotros suscribimos el párrafo de Truffat.

El texto de la ley -no su opinable interpretación-, el texto que permite desasirse de la quiebra y, fecho, del subsecuente concurso preventivo, ha recibido un recentísimo y calificado espaldarazo.

En efecto, el proyecto de reformas a la ley 24.522 elevado hace algunos meses por el Ministerio de Justicia a la legislatura, confirma que la quiebra desaparece al pronunciarse la sentencia del art. 93, pues propone agregar a ese artículo la siguiente cláusula: “En caso de que el deudor no cumpla lo dispuesto en los incisos 5 y 8 del art. 14, en los artículos 27 y 28, primer párrafo, o no ratifique el pedido de conversión en los términos del art. 6, se decreta la quiebra”.

No caben dos interpretaciones: si el converso deja caer el concurso preventivo, ¿qué pasa? ¿se despreza la quiebra que perduraba en estado esporular? ¿Prosiguen los actos tan sólo suspendidos por la sentencia del art. 93? Nada de eso: se decreta la quiebra, por tanto no “subsistía” la falencia originaria.

Señalamos que el agregado propuesto por la Comisión Ministerial exhibe notorias imprecisiones; por ejemplo,

1. ¿Es necesario que el converso “no cumpla con los incisos 5 y 8” -o sea los dos- del art. 14?
2. ¿Es necesario que desatienda los -plural- arts. 27 y 28? ¿La omisión de uno solo no basta?
3. Si el converso desiste del concurso preventivo, ¿nihil obstat? (obsérvese que el art. 31, como Martín Fierro, no entró en la lista).
4. ¿La quiebra ”se decreta”, esto es, ocurre y punto? ¿No será que -lenguaje normativo- el juez debe pronunciar la quiebra, o la pronunciará (lenguaje imperativo)?
5. Si entendemos que el magistrado debe declararla, ¿lo obliga derechamente el art. 93, o alguien debe pedirlo? En este último caso, ¿el síndico está legitimado? ¿Asiste quizás ese derecho a algún acreedor?

6. Si alguien debe pedirlo, ¿no corresponde cursar emplazamiento o traslado u otra ocasión de defensa al candidato a quebrar? Obsérvese que el proyecto no incluye el supuesto en examen entre los casos de quiebra indirecta.

Como se ve, muchos peros al agregado que propone la Comisión del Ministerio de Justicia, que hubiera acertado modificando el art. 93 (v. gr, .el juez “deja en suspenso” por “deja sin efecto” u otra fórmula parecida) de modo que la continuación de la quiebra fuese viable ante el previsible fracaso del neo-concurso preventivo, final indeseable y en especial odioso si fue amañado para salvarse de la quiebra y trascartón del concurso preventivo gracias al deus ex machina que la ley 24.522 le ofrece. Lo definitivo es que la Comisión Ministerial no propone hibernar la quiebra en vista al buen andar del concurso preventivo, sino declarar la quiebra si el converso incumple las cargas que condicionan ese nuevo status , lo cual ratifica que el converso ya no estaba en quiebra. Entre tantas cuestiones que suscita el raro instituto en examen recordaré dos, respecto de las cuales discrepan doctrina y jurisprudencia (pusimos “discrepan” por temor a errar: ¿lo contrario de concuerdan será discuerdan?). Apenas una mención, ya que sobre ello disfrutaremos de opiniones tan calificadas como previsibles, en particular las de nuestro máximo conversionólogo (me refiero al doctor Truffat).

1.- ¿Procede la conversión en caso de quiebra directa voluntaria, o sea cuando el propio fallido había solicitado su declaración? Parecería que la jurisprudencia más bien se pronuncia en contra, aunque sin fundamentos convincentes. Lo que realmente gravita es la decepcionante comprobación de lo fácil que de ese modo resulta salvarse de la quiebra -convirtiendo- y del concurso preventivo con sólo omitir el depósito de los cuatro pesos apercibidos para gastos de correspondencia. Y sobre todo el impacto de una rápida praxis que ya se instaló en algunas provincias: ante anuncios de remate aparecen los infaltables “gestores” ofreciendo el remedio milagroso de un pedido de propia quiebra -con automática suspensión de la subasta- y tras ello la conversión en concurso preventivo. Así se explicó hace dos meses, en ocasión de una charla y debate sobre el raro instituto.

2.- Según el art. 90, el derecho a pedir la conversión de la quiebra en concurso preventivo también alcanza “a los socios cuya quiebra se decreta conforme el art. 160”. Ahora bien: este artículo se refiere a los casos de extensión de la quiebra a los socios ilimitadamente responsables de la sociedad fallida. No abarca, por tanto, las diversas hipótesis del art. 161, cuya rúbrica adelanta la pluralidad de casos contemplados (“Actuación en interés personal. Controlantes. Confusión patrimonial”). ¿Omisión o deliberada exclusión?



## **CAPITULO VII**

### **PROPUESTA DE QUITA**

#### **I. Preliminar.-**

Una de las cuestiones que en materia concursal adquirió gran trascendencia en los últimos tiempos, fue el relativo a las propuestas de quitas y su límite porcentual.-

El debate que se insinuó relevante a través de un trabajo publicado por el Dr. Azize (11), se potenció con el fallo “Linea Vanguard”, y finalmente tubo recepción legislativa con el dictado de las leyes 25.563 y 25.589, puesto que ambos regímenes eliminaron al tope máximo de quitas que estipulaba el art. 43, según ley 24.522.-

#### **II. Período Ley 19.551 hasta la sanción de la 24.522.-**

El Art. 44 de la ley 19.551 introdujo por primera vez el tope máximo del acuerdo remisorio, que solo podía alcanzar el 60% de los créditos quirografarios. El Art. 56 estipulaba las mayorías necesarias para aprobar la propuesta que consiste en quita (2/3 parte de acreedores que representen las  $\frac{3}{4}$  partes de capital, o viceversa).-

En la exposición de motivos de la 19.551, al fundamentar la reforma en este aspecto, se destacó que la introducción del porcentaje mínimo cuando por parte de la doctrina y recogida por las legislaciones extranjeras; en ese sentido no se puede admitir propuesta que ofrezca un pago inferior al 40% de los créditos quirografarios.-

A su turno la ley 24.522, en su art. 43 reprodujo la regla del límite porcentual contenido en su predecesora.-

Pablo Heredia(12), analizando el particular, aseveró que bajo ningún punto de vista la propuesta podría consistir en la remisión total de la deuda, ya que ello sería incompatible con el concepto mismo de concordato que, obviamente, debe estar enderezado a alcanzar el pago a los acreedores y no la renuncia a los créditos. La exigencia legal de que se garantice por lo menos el pago de un porcentaje de los créditos goza de una razonabilidad intrínseca manifiesta, aunque pudiera discutirse si la cifra elegida (40%) es la apropiada o no. En efecto, el concordato irrisorio es asimilable, por

sus efectos, a la renuncia general de los créditos, lo que es inadmisibile. Esta exigencia trata de asegurar cierta seriedad a los concordatos, evitando que el mismo sea un vehículo para la licuación inmoral de pasivos.-

Dasso Ariel(13), uno de los autores que polemizó sobre la conveniencia de este límite sostenía que dentro del nuevo esquema de estabilidad económica, con permanencia de los roles relativos del signo monetario y el rol protagónico de los acreedores, este porcentual resultaba casi anacrónico.-

Desde la doctrina se llegó a postular la inconstitucionalidad de la solución legal, juzgándose la irrazonable. Y con relación a la exclusión del límite en los casos de cramdown, se interpretó que violaba el principio de igualdad, por que discriminaba al deudor concursado frente a los terceros proponentes (14).-

Este Argumento fue refutado por Heredia, quien manifestó que el legislador puede contemplar en forma distinta situaciones que considera diferentes, con tal de que la desigualdad no sea arbitraria. Cuando la ley exige al deudor asegurar el pago de por lo menos el 40% de los créditos quirografarios, considera especialmente que se trata de un insolvente que, para dar seriedad a su propuesta, debe cumplir tal recaudo. En cambio, el tercero proponente del Art. 48 no se encuentra objetivamente en igual situación. Nada autoriza a asimilar una situación con otra y la discriminación entre ambas es posible, sin que ello derive en agravio.-

En la mayoría de las propuestas de acuerdo que se dan en la realidad tribunalicia se incluyen en forma combinada, las modalidades de quita y espera; siendo estos plazos excesivamente prolongados. Frente a estas circunstancias, el debate histórico ya reseñado comenzó a reeditarse: a) desde la doctrina, que consideró que la espera simple, sin intereses, equivalía a una quita; aún en ausencia de inflación, el crédito vale menos. La quita derivada de la mera espera es una pérdida real. Para suplir el dinero faltante por la presente insolvencia de su deudor, el acreedor debe endeudarse por el mismo importe a la tasa activa vigente en plaza para mantener su nivel de actividad productiva, y b) desde la jurisprudencia, a partir, del pronunciamiento de la Cám. Nac. Com., Sala C, en Septiembre de 2001, en el caso “Líneas Vanguard S.A.”, en el que se negó la homologación del acuerdo preventivo votado favorablemente por los acreedores, pues si bien la *deudora previó pagar un porcentaje equivalente al 40% de los créditos involucrados, dicho cómputo fue ejecutado sobre el capital nominal y sin calcular la incidencia provocada por el diferimiento en el pago.*-

### **III. Período Leyes 25.563 y 25.589.-**

La ley 25.563, sancionada en el marco de la emergencia productiva y crediticia, eliminó (transitoriamente y hasta el 10/10/2003) el porcentual máximo de quitas en las propuestas de acuerdo, al modificar el art. 43 de la ley 24.522 (art. 2º, ley 25.563). La doctrina mayoritaria respondió con duras críticas a la reforma en general y la supresión del límite de quitas en particular.-

La ley 25.589, que produjo la revisión de la ley de Emergencia (derogando muchas de sus normas), mantuvo sin embargo la eliminación del tope del 40%.-

Dasso expresó que si en su oportunidad calificó como anacrónico el límite que imponía el art. 43, actualmente es lisa y llanamente un despropósito. La crisis de la empresa involucra los intereses de toda la comunidad y hoy la pretensión de mínima es la de obtener que a todo costo, aun con renuncia total del crédito, el deudor pueda continuar con la actividad. La quiebra, el mal mayor, debe ser evitada, y cada vez serán más groseros los instrumentos en la medida en que más crítico, conflictivo y precario sea el escenario.-

El acreedor y, con ello, la comunidad aspiran a que el deudor siga trabajando y la ley no puede constituirse hoy en el impedimento para que ello ocurra, aún cuando sea sacrificio íntegro del crédito anterior a la presentación en concurso, en tanto cuanto serán los mismos acreedores quienes a través de la expresión de su voluntad mayoritaria lo consientan.-

Los profesores Rivera y Roitman, analizando la contrarreforma de la ley 25.589, advierten que se han ponderado distintas circunstancias para no reincorporar el mínimo del 40%. Entre las razones que invocan se encuentran:

- a) Que ese mínimo no es corriente en el derecho comparado.-
- b) Parte de la doctrina Argentina lo ha cuestionado.-
- c) En la actual circunstancia económica deben favorecerse los acuerdos entre deudor y acreedores, para posibilitar la subsistencia de las empresas y conservar el aparato productivo lo mas activo posible; y con ello las fuentes de empleo.-
- d) El límite no es un contenido esencial; tanto que en la ley 24.522 ese mínimo no existía ya cuando se trataba de la oferta por terceros (art. 48, en su redacción original)
- e) La misma ley 25.589 incorpora una facultad judicial muy importante: el juez puede no homologar el acuerdo cuando él es abusivo o en fraude a la ley, lo cual opera a modo de balance con la atribución del deudor de ofrecer un acuerdo por debajo del 40% que preveía la ley 24.522.-

Mas allá de las consideraciones respecto de las relaciones del art. 43 y el nuevo art. 43 y el nuevo art. 52 (que será tratado en el capítulo respectivo), podría interpretarse que la propia ley 25.589 ha introducido una pauta a tener en cuenta en las propuestas de acuerdo: *que el pago resultante del acuerdo impuesto equivalga a un dividendo no inferior al que obtendrían en la quiebra los acreedores disidentes (art. 52, cramdown power).*-

Para finalizar este análisis es preciso recordar (aunque parezca una obviedad) que la propuesta de acuerdo preventivo en ningún caso puede consistir en una remisión total de los créditos de los acreedores. Ello contradice la naturaleza misma del concordato preventivo: el arreglo del pasivo, aunque de mínima, debe estar enderezado a la satisfacción de las acreencias **(15)**.-

#### **IV. Propuestas de acuerdo e indexación.-**

No se discute que la emergencia declarada a partir de la alteración de el régimen cambiario, y los índices de inflación que se registran, ha provocado el envilecimiento de la moneda y la depreciación del valor de los créditos.-

Tales alteraciones tienen su reflejo en el plano concursal, y en particular en el ámbito de las propuestas concordatarias.-

Largo fue el camino recorrido por la jurisprudencia especializada concursal para lograr que el instituto de la indexación tuviera aplicación concreta en esta rama del derecho.-

Desde la vigencia de la ley 19.551, y aferrándose a los argumentos sustentados por la teoría nominalista que campeaba en el derecho patrio, los magistrados negaron sistemáticamente la aplicación de cualquier mecanismo indexatorio que potenciara el capital adeudado por el deudor. Este juicio partía del supuesto de la cristalización del pasivo; la directiva de suspensión de los intereses fue interpretada en el sentido de depreciación monetaria **(16)**.-

Sin embargo, y ante la sucesión de fenómenos económicos desfavorables y la consolidación del proceso inflacionario, aquella rígida pauta fue dando lugar a distintas excepciones, admitiéndose la repotenciación de las deudas.-

No se advirtieron objeciones para que esta actualización de las deudas, que alcanzaba en un primer momento sólo a los créditos privilegiados, se propagaran a las restantes acreencias. Este giro en materia de indexación concursal representó el fin de la

utilización del concurso preventivo como método de licuación judicial de deudas en épocas inflacionarias. El concurso preventivo no debía suspender la revalorización de ningún crédito.-

La ley 23.928 dispuso en su art. 7º que en ningún caso se admitirá actualización monetaria, indexación por precios, variación de costos o repotenciación de deudas, cualquiera fuere su causa, haya o no mora del deudor, con posterioridad al 1º del mes de Abril de 1991, en que entra en vigencia la convertibilidad del austral. En todo concurso preventivo posterior a esta ley, el monto de las acreencias se cristalizaban, prohibiéndose la aplicación de cualquier mecanismo indexatorio.-

La ley 25.561 y sus decretos modificatorios mantienen puntualmente el principio consagrado por la ley 23.928 **(17)**. Esta regla presupone la existencia de pequeñas alteraciones en el valor de la moneda. Pero si la moneda sufre (como sucede en la actualidad) un continuo y progresivo deterioro, el resultado de aplicar un nominalismo riguroso será consagrar la “seguridad de la injusticia” **(18)**. La consecuencia de la falta de actualización traerá consigo la violación de los derechos patrimoniales de los acreedores amparados por el art. 17 de la C.N., imponiendo la fuerza de los acontecimientos económicos, la necesidad de ajustar el capital a fin de otorgarle al acreedor el mismo valor que tenía derecho a percibir si hubiera aceptado el pago inmediatamente de haberle sido ofrecido, sin otro adicional.-

La nueva realidad económica e inflacionaria exige que el contenido de la propuesta de acuerdo preventivo prevea algún sistema de ajuste, actualización o indexación (que podrá tratarse del CER o CVS o algún otro) que compense el deterioro de los créditos.-

Esta regla no es novedosa. La consideración del fenómeno inflacionario en las propuestas de acuerdo fue inicialmente postulada por el vocal Etcheverry en el caso “Vialco S.A.”**(19)**, juzgando que las objeciones fundadas en una evidente desproporción entre las sumas ofrecidas y aquellas que el deudor debía pagar debían ser analizadas desde el punto de vista de una moneda constante. La fiscalía de la Cámara Nacional en lo Comercial en autos “Copaca” **(20)** expresó que toda propuesta de pago que no sea de pago inmediato o que no contenga el reconocimiento de intereses o cláusula de estabilización, consiste de hecho en la propuesta de una quita.-

Además, recoge el pensamiento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación expuesto en la causa “Lavié” **(21)**, en cuyo considerando 4º, parte 2ª, se dijo que: “el reajuste de capital en función de la desvalorización monetaria tiende a otorgar al acreedor el mismo valor que tenía derecho a recibir si hubiera aceptado el pago

inmediatamente de haberle sido ofrecido, sin que se le agregue ningún valor adicional. De lo único que se trata es de recomponer el deterioro de la moneda de manera que el deudor pague y el acreedor reciba un valor equivalente al que se debió efectivizar con anterioridad.-

La propuesta de acuerdo debe contemplar, además la depreciación monetaria sufrida en el lapso temporal que transcurre desde la presentación concursal hasta la fecha de homologación del concordato.-

Es por ello que no debe confundirse el fenómeno de la cristalización del pasivo con los índices de actualización y corresponde interpretar que la propuesta del concursado que excluya la recomposición del deterioro de la moneda por los efectos de la inflación, durante un extenso período, disminuye sensiblemente a valores constantes la suma a percibir por los acreedores, lo que en ningún caso puede aceptarse.-

No debe olvidarse que el proceso concursal está destinado a proteger el crédito.-

Las cláusulas de ajuste incorporadas a la propuesta están dirigida precisamente a prevenir la depreciación del valor de los créditos en resguardo de los legítimos derechos de los acreedores, y de ningún modo tornan mas onerosa la obligación del deudor. Además, represente una valla frente a posibles propuestas remisorias por parte del concursado, teniendo en cuenta también la eliminación del porcentual máximo de quitas.-

## **V. Homologación del acuerdo preventivo.-**

El análisis se centrará en las atribuciones que ostenta el juez concursal frente a la homologación del acuerdo preventivo, teniendo en cuenta:

- a) El marco de la emergencia declarada por la ley 25.563 que suspendía provisoriamente el tope mínimo en el contenido de las propuestas que consistan en quitas (art. 2º modificadorio del art. 43 de la ley 24.522); y
- b) La nueva reforma de la Ley de Concursos y quiebras sancionada por la ley 25.589, que introduce sustanciales modificaciones al régimen vigente con la 24.522 en materia homologatoria, produciendo además la definitiva eliminación del porcentual máximo de quitas en las propuestas de acuerdo.-

## **VI. Atribuciones del juez del concurso en la ley 19.551.-**

Con acierto plantea Lorente que es al tiempo de la homologación donde se reaviva el debate en torno a la concepción privatista o publicista del instituto concursal **(22)**. En opinión de Conil Paz, la homologación es, sin dudas, el mas elocuente signo publicístico del sistema concursal italiano y del nuestro en lo que refiere al control de conveniencia de la propuesta **(23)**.-

La derogada ley 19.551, de tinte netamente publicístico, autorizaba al juez concursal el control integral del acuerdo.-

A esos efectos el art. 61 de aquella normativa establecía que: “No deducidas las impugnaciones en término o rechazadas las interpuestas, el juez debe pronunciarse sobre la homologación del acuerdo, por resolución fundada en la que valora:

- 1) Su congruencia con las finalidades de los concursos de acreedores y si resulta conforme con el interés general;
- 2) Su conveniencia económica respecto de la conservación de la empresa y la protección del crédito;
- 3) Las posibilidades de su cumplimiento y las garantías o medidas dispuestas para asegurarlo;
- 4) La existencia de causales de impugnación no invocadas;
- 5) Si el deudor, en relación a las causas que provocaron su cesación de pagos y su propia conducta, es merecedor de una solución preventiva; y
- 6) La suficiencia de la contabilidad y documentación para informar con claridad los actos de gestión y la situación del concursado”.-

Como se advierte, la legislación derogada adoptaba la tesis amplia, atribuyendo al magistrado facultades de control de mérito del acuerdo.-

La jurisprudencia construida al amparo de la ley 19.551 se ajustaba al precepto legal contenido en el art. 61, y en ese marco se registraron fallos en los que se decidió que ni el resultado favorable de la votación de los acreedores ni la inexistencia de impugnaciones excusaban las facultades del juez del concurso en orden a la consideración de las pautas establecidas por la norma citada; ello es así en razón de que la actividad del magistrado no es mecánica ostentando facultades para analizar la existencia de causales no alegadas; admitiéndose por ende la amplitud de las potestades para decidir la homologación del concordato, extendiéndose las prerrogativas cuando se estimare que las bases aceptadas por la mayoría son notoriamente gravosas para el interés general, destacando que si bien el pronunciamiento de los acreedores constituye una pauta de singular gravitación a la hora de evaluar el acuerdo ofrecido, ello no importa necesariamente que el juez deba homologarlo por haber obtenido las mayorías

legales, puesto que es preciso que pondere asimismo, los criterios valorativos presentados por el art. 61 de la LC so pena de desvirtuar la relevancia jurisdiccional del pronunciamiento.-

## **VII. Limitación de atribuciones. Fundamentos y régimen normativo.-**

El legislador de 1995 produjo una innovación significativa en la materia, acotando los poderes decisorios del juez en cuanto a la posibilidad de evaluar, en orden de mérito o conveniencia, las soluciones concursales acordadas entre acreedores y deudores, en el convencimiento de que los acreedores están mucho más capacitados que los jueces para valorar la viabilidad de una recuperación empresarial.-

A partir de la reforma, las atribuciones del magistrado en el concurso preventivo se reducen al control de legalidad (comprobación de mayorías y demás formalidades legales), excluyéndose el de mérito del acuerdo votado favorablemente por los acreedores y dejando fuera del área de su competencia la evaluación del acuerdo, ponderado, con relación a las finalidades de los concursos, el interés general, la protección del crédito, las posibilidades de cumplimiento, la conducta del deudor y el merecimiento de la solución preventiva(24).-

En este contexto, la norma contenida en el art. 52, LCQ, que resulta una de las más controvertidas de la reforma (25), cambia diametralmente la óptica del instituto, ubicándose en las antípodas de su precedente (art. 61, ley 19.522), que el otorgaba amplísimas atribuciones al juez concursal al permitirle efectuar una serie de valoraciones que permitían no homologar el acuerdo aprobado por los acreedores y no impugnado por ninguno de ellos(26).-

En orden a la procedencia de la resolución homologatoria sobre la base del nuevo texto legal, se entendía que los recaudos que debía reunirse con la ley 24.522 para homologar un acuerdo preventivo eran: a) reunión de las conformidades suficientes, en tiempo y forma legales; b) haber dictado la resolución de existencia del acuerdo; c) no haber deducido impugnaciones en el plazo del art. 50 y, de haberse efectuado alguna, que hubiera sido rechazada.-

## **VIII. Opinión de la doctrina.-**



La reforma en este aspecto provocó la reacción inmediata de la doctrina.-

En el marco interpretativo que ofrece la nueva normativa, Rouillon adecuó su pensamiento al texto vigente, apuntando que a partir de la reforma de 1995, el juez concursal carece de la facultad-deber de analizar extrínseca y formalmente el acuerdo, así como ejercer un control genérico de la licitud de las prestaciones convenidas, quedando vedado al juez del concurso ir más allá. Para Escuti la ley le ha quitado a los jueces atribuciones que nunca ejercieron, y según Conil Paz resulta impensable que la decisión de los acreedores (sobre todo la de eludir la tragedia de la liquidación) pueda verse frustrada por la decisión principista de un juez guardián de nebulosos principios (27).-

En el otro extremo y en actitud abiertamente crítica, se ubican Bonfanti y Garrone(28), quienes, en defensa de las atribuciones judiciales en la ponderación del acuerdo, otorgan superlativa importancia a toda esa tarea valorativa sobre la cual el juez debe expedirse para homologar o no el acuerdo, además, señalan que constituir al juez en un convidado de piedra, circunscripto a lo puramente extrínseco de lo que se debe analizar, es ir instaurando un peligroso pensamiento técnico-jurídico que, en lo primero, quedará a instancias de los acreedores y, en lo segundo, estará bien lejos de la justicia distributiva.-

Para Ribichini el mecánico deber homologatorio puesto en cabeza del juez según el art. 52 resulta un exceso, y pronostica este autor que en el imaginario colectivo de los operadores jurídicos está el germen, no de su supresión, pero sí al menos de su atenuación. En opinión de Lorente, la ley 24.522, en aras de una falsa reivindicación de la autonomía de la voluntad de deudor y acreedores para resolver la solución concursal, impide que el juez del concurso pondere si el acuerdo preventivo alcanzado se adecua al interés general, al principio de conservación de la empresa y especialmente a la protección del crédito.-

En cualquier caso, la doctrina concursalista nacional ha coincidido en general que la limitación de los poderes del juez concursal no importa una restricción sobre el poder jurisdiccional del magistrado(29), puesto que conserva sus genéricas atribuciones, incluso para denegar la homologación, en aras de impedir fraude; manteniendo su inderogable potestad de valor que los términos del acuerdo logrado por el deudor al obtener la conformidad de los acreedores no afecten el interés público(30), o sean el resultado de un ejercicio abusivo de los derechos, o resulte prohibido por la ley o contrario a las buenas costumbres, la moral y el orden jurídico, o cuando en el ejercicio del control de legalidad descubriera la existencia de alguna de las causales de

impugnación, pese a que no se hubiera invocado(31). En definitiva, no se discute que el juez del concurso posee atribuciones que exceden el control de legalidad formal, dado su carácter de custodio del orden jurídico general.-

A partir de esta línea argumental, se ha interpretado que la actual redacción del art. 52, LCQ, no impide al juez examinar, en oportunidad de considerar la homologación, la compatibilidad sustancial del acuerdo con las normas y principios generales imperativos aplicables a los actos o negocios jurídicos, los cuales se hallan sometidos a una multiplicidad de normas de fondo previstas en el Código Civil. Ha sido pensado que por este camino podrían recuperarse las pautas esenciales que contenía la ley 19.551, y va mas allá, proponiendo la reforma de la legislación en este punto (restituyendo los incs. 1º, 2º y 4º del art. 61 de la ley anterior).-

Desde otra perspectiva, Daniel Truffat ha expresado, comentando un fallo de la justicia bonaerense que revocó el rechazo *in limine* de una petición de concursamiento, que si bien es constatable vivencialmente una suerte de abuso de la presentación en concurso, ello no debe fundar un rechazo, sino un análisis más riguroso a la hora de homologar.-

## **IX. Jurisprudencia.-**

Naturalmente se registran fallos en los que se ha respetado la postura restrictiva fundada en el texto literal de la ley, pero pese a ello la mayoría de los precedentes jurisprudenciales recogen la interpretación “extendida” de la doctrina, reivindicando las potestades homologatorias, las cuales comprenden las valoraciones que exceden el simple control de legalidad formal previsto por el art. 52, LCQ, atendiendo a la integridad del ordenamiento jurídico.-

El siguiente detalle sólo pretende exhibir las causas más resonantes en las que se adoptó tal temperamento:

### ***a) “Banco Extrader”***

*Es el primer antecedente, y fue emitido por la sala D de la Cámara Nacional de Comercio en el marco de un acuerdo resolutorio propuesto por una entidad bancaria. Allí se resolvió la inadmisibilidad de la propuesta de concordato resolutorio consistente en pagar la mitad de los créditos quirografarios en el plazo de un año con el resultado de la venta de los elementos del activo y de las*

*existencias líquidas de la fallida, pues manifiesta la inexistencia de interés jurídicamente computable para diferir la realización concursal consecuente con la declaración de quiebra, dado que la propuesta coincide con esta consecuencia. Tal carencia de utilidad material descalifica la propuesta en los términos del art. 953 del Cciv., en cuanto se refiere a los actos desprovistos de objeto.-*

**b) “Covello”**

*Por su parte la sala B entendió que el art. 52 de la ley 24.522 proporciona una directiva al juez para la homologación del acuerdo, pero de ninguna forma impide la facultad jurisdiccional de realizar un control excedente de la mera legalidad formal, en los casos en que el acuerdo pudiese afectar el interés público, teniendo en cuenta el universo jurídico en su integridad.-*

**c) “Linea Vanguard”**

*En este caso, que ha tenido notable repercusión en la comunidad jurídica especializada, la sala C ha ratificado su posición “amplia”, expuesta en “La Naviera”, revocando una resolución de primera instancia que homologó una propuesta que fuera aprobada por mayorías de acreedores que consistía en el pago del 40% del capital de los créditos verificados, sin intereses, con cinco años de gracia y en veinte cuotas anuales.-*

*El tribunal resolvió que si bien la ley 24.522 ha innovado respecto de la legislación anterior, en cuanto a las facultades del juez del concurso en materia de homologación del concordato, a punto tal que la doctrina considera que, de conformidad con el espíritu que atribuye a la legislación actual, serán los propios acreedores los únicos que estarían en situación de decidir sobre lo que mejor se ajusta a su propio interés o conveniencia, sin que los jueces se encuentren habilitados para juzgar sobre esa decisión, ello no significa que los jueces no se encuentren facultados, y aun constreñidos, a valorar los principios que informan el orden jurídico en su integridad, porque la legislación concursal no es una isla o un compartimiento estanco, circunstancia que conduce a que siempre deba prevalecer el interés general del comercio, del crédito y de la comunidad en general por sobre el individual de los acreedores o del deudor. No obstante lo que pareciera resultar del texto actual del art. 52 de la ley 24.522, el juez no se encuentra obligado, en todos los casos y en forma absoluta o irrestricta, a dictar sentencia homologatoria del acuerdo votado formalmente por las mayorías legales, toda vez que el*

*magistrado conserva siempre la potestad de realizar un control que trascienda la mera legalidad formal en todos aquellos supuestos en los que el acuerdo pudiera afectar el interés público, atendiendo al ordenamiento jurídico en su totalidad (arts. 953 y 1071 del CCiv.).-*

En esta causa se resolvió además que: La propuesta de acuerdo preventivo consistente en el pago del 40% de los créditos verificados, sin ningún tipo de interés, con cinco años de gracia y un verdadero ejercicio abusivo de sus derechos por parte del deudor y sobre todo de los acreedores que integran la mayoría, que virtualmente desnaturalizaría el instituto de concurso preventivo, sino también un acto jurídico encuadrable en la noción de objeto ilícito, violatorio de la regla moral ínsita en el art. 953 del CCiv. Como consecuencia de esta calificación, dicho acto no podría ser convalidado aun cuando contara con el consentimiento de una voluntad mayoritaria de acreedores, ya que a ello se opondría la naturaleza del vicio que lo afecta, incompatible con toda posibilidad de confirmación. Cám. Nac., Sala C, 4/9/2001, “Línea Vanguard S.A. s/ Concurso Preventivo”.-

## CAPITULO VIII

### FRAUDE EN EL CONCURSO

Lleva razón Boretto cuando asevera que uno de los problemas más complejos con que se enfrenta el juez en el proceso concursal es la lucha contra el fraude **(32)**. Entre los numerosos los numerosos estudios doctrinarios que ha ofrecido la nueva ley 25.589, el autor que con mayor profundidad ha tratado la cuestión es Porcelli, para quien una típica manifestación práctica (entre otras) de la consumación del fraude está constituida por la “compra” de créditos o votos a los acreedores, en el número suficiente para lograr la mayorías legales. De esta manera se le imponen condiciones gravosas a la minoría, la que queda relegada a un papel enteramente pasivo sin posibilidad de defensa alguna.-

Distingue este autor cuatro subespecies de fraude: a) fraude a la ley (acto ilícito con apariencias de licitud); b) fraude procesal (o estafa procesal en la que la víctima es el órgano jurisdiccional); c) fraude al crédito (o pauliano entendido como maniobra deliberada para perjudicar a los acreedores); y d) delito específico de fraude en el concordato (tipificado en el art. 180 del CPen.) **(33)**.-

Enseña Argeri que las expresiones plurales de fraude a la ley remiten a la realización de actos que, aun cuando aparezcan ilícitos, llevan en sí el propósito de burlar la ley al producir consecuencias que subvierten la finalidad con que han sido dictadas. Tales expresiones encuentran solución, en principio general, con la interpretación de la ley **(34)**.-

En nuestro ordenamiento jurídico, resulta recurrente la noción del fraude a la ley vinculada con el derecho internacional privado, constituyendo el remedio para que la ley conserve su carácter imperativo y su sanción, en los casos en que deje de ser aplicable una relación jurídica por haberse acogido los interesados fraudulentamente a una nueva ley. En el fraude a la ley, puede haber actos que respeten el texto legal pero que eluden su aplicación y contravienen su finalidad. Se trata de la utilización de una disposición legal opuesta a la finalidad que tubo el legislador al sancionarla (medio legal para el fraude), y la reducción del ámbito de aplicación de la ley formal (derecho defraudado). Esta maniobra se lleva a cabo falseando los puntos de

conexión para evadirse de la norma legal competente, creándose de esta forma una localización caprichosa que no corresponde a la ratio legis.-

Los repertorios de jurisprudencia de estos últimos años han exhibido también numerosos ejemplos de aplicación del fraude a la ley en la disciplina societaria y su vinculación con el abuso de la personalidad jurídica de las sociedades por infracción de las obligaciones laborales y previsionales. De este modo, se ha resuelto que la práctica de no registrar ni documentar una parte del salario efectivamente convenido y pagado al trabajador, práctica comúnmente denominada “pago en negro” y prohibida por los arts. 140 de la ley 20.744 y 10 de la ley 24.013, constituye un típico fraude laboral y previsional, ya que tiene por fin último la evasión; y a la comunidad comercial, en cuanto al disminuir los costos laborales, pone al autor de la maniobra en mejores condiciones para competir en el mercado que la reservada a otros empleadores respetuosos de la ley. De cualquier modo, es preciso apuntar que este nuevo movimiento jurisprudencial de ningún modo es pacífico, ni siquiera en las propias salas de la Cámara Nacional del Trabajo (en la que se originó alguna tendencia); por el contrario, la tesis restrictiva (negatoria de la desestimación de la personalidad societaria por fraude laboral) comienza a tomar fuerza suficiente en doctrina y jurisprudencia, como para poner un límite razonable a una corriente que, si bien es amplia, no es mayoritaria.-

A título ejemplificativo se puede mencionar también que la noción de fraude encuentra, en nuestro ordenamiento jurídico mercantil, múltiples manifestaciones, cómo en el ámbito del mercado de valores y la actividad bancaria, entre otras(35).-

En un soberbio trabajo doctrinario, enseña el profesor Mosset Iturraspe (36) que la lucha contra el fraude no es completa, sino parcial, si se limita a un solo frente; ello ocurre cuando pretende restringirse al fraude contra los acreedores (arts. 961 a 972, CCiv). La pretensión aparece evidente en juristas enrolados en la corriente liberal- individualista. El derecho solidarista multiplica las restricciones a la autonomía privada en consideración al bien común. Señala este prestigioso autor que es verdad que el codificador, en el capítulo denominado “Del fraude en los actos jurídicos”, se abocó exclusivamente a la consideración del fraude en perjuicio de una relación creditoria; pero no lo es menos que en el art. 18 declaró sin ningún valor “los actos prohibidos por las leyes”, que en el art. 1208 aludió a “los contratos hechos en la República para violar los derechos y las leyes...”, y que en otros textos, entre ellos el art. 3741, mencionó concretamente “el fraude a la ley”.-

Sostiene Mosset Iturraspe que es absurdo pensar, salvo que se defienda una posición liberal-individualista ortodoxa, que la antijuridicidad se da exclusivamente cuando se contradice abiertamente la letra de la ley, un mandato o una prohibición expresa, así como resulta absurdo limitar la antijuridicidad a la ilegalidad, a las transgresiones a la ley en sentido formal, olvidando a relegando a las restantes fuentes de derecho.-

En materia concursal el fraude es conocido (fuera del ámbito de la quiebra y de las acciones de recomposición patrimonial) también en materia de competencia, y se concreta a partir de la sustracción de una causa de los tribunales competentes, burlando el deudor de tal manera la acción de los acreedores. Este comportamiento en fraude a la ley determina la noción de la teoría del domicilio ficto, que se opone a la normativa de orden público que rige en cuestiones de competencia en la legislación concursal.-

La noción de fraude a la ley (que de hecho es muy amplia) será de difícil aplicación en la práctica y de dificultosa comprobación fáctica, porque requiere inexorablemente intencionalidad expresa.-

Solo a título de pauta referencial, puesto que resulta imposible establecer a priori las conductas reprobables, podrían mencionarse algunos casos en los que podría configurarse el fraude o abuso del derecho en el acuerdo. Las hipótesis mas frecuentes estarán ligadas seguramente a los supuestos de:

- Infracción al régimen de voto.-
- Remisión total de la deuda.-
- Propuesta que dependa de la voluntad del deudor.-
- Acuerdos sujetos a condiciones externas (participación del deudor en licitaciones, etc).-
- Ventajas indebidas otorgadas o notoria desproporción en las propuestas de acuerdo dirigidas a diferentes categorías de acreedores.-
- Ausencia de previsión de intereses o de índices de actualización monetaria, teniendo en cuenta la depreciación de la moneda como consecuencia del fenómeno inflacionario.-

## Conclusión

Luego de haber ahondado y expuesto los puntos más relevantes que hacen al tema en cuestión, podemos afirmar, sin caer en especulaciones, el perjuicio que pueden sufrir ciertos acreedores al momento de firmar el acuerdo preventivo.-

Como hemos visto, hay ciertas propuestas perjudiciales para los acreedores, tal es así, que hasta se puede caer en la figura de abuso del derecho (art.1071 CC) por parte del deudor al hacer su ofrecimiento.-

Nuestra intención no es reformar la totalidad de la ley de Concursos y Quiebras, 24.522 y sus reformas, sí, determinar aquellos puntos donde el vacío legal se hace notoriamente ostensible y merecen un ajuste importante.-

Si hacemos una reseña de la jurisprudencia y la doctrina de nuestro país, podemos observar que no pocos opinan de manera similar, podemos citar a uno de los mas destacados juristas en la rama como, el Dr. Maffía, quien es uno de los mayores críticos de la Ley de Concursos y Quiebras, que si bien no coincido en todo con su carácter crítico, ya que como sostuve anteriormente, no disiento totalmente con el criterio lógico utilizado para crear esta ley, sí, coincido con este y otros tantos doctrinarios, en que la misma debe proteger, en muchos aspectos, a aquellos acreedores quirografarios que no participan en la votación de la aceptación del acuerdo.-

Refuerza esta postura la jurisprudencia Argentina, cuando, en numerosos fallos, demuestra el cambio de rumbo y de pensamiento que se está generando en cuanto a la homologación de acuerdos sumamente perjudiciales para los acreedores, que en su posición desventajosa, aceptan propuestas en muchos casos irrisorios.-

Ej: Caso "Galasi 2002", fallo del 14 de Noviembre de 2001. Juzgado de 1ra. Instancia C. y C. de Bahía Blanca. Dr. Guillermo Emilio Ribichini. Caso "Línea Vanguard S.A. s/ Concurso Preventivo". Cámara Nacional de Apelaciones, Sala C, del 04/09/2001.-

En estos casos no han sido homologados los acuerdos por ser extremadamente abusivos y faltos de decoro para con los acreedores. (Ver Ps. 58 y 90).-

Como corolario proponemos la creación de una normativa tendiente a poner coto al abuso del deudor al proponer el acuerdo, estableciendo un mecanismo de regulación en el cual se estipulen: un porcentaje general para la quita, la actualización de los montos, se calculen los intereses correspondientes al plan de pago y que la espera se dicte dentro de un tiempo razonable, para evitar, como vimos en los distintos fallos



mencionados que existen, plazos de espera de hasta 20 años, que transforman al derecho en ilusorio.-

Con esta reglamentación podríamos obtener mayor seguridad jurídica y que la misma sea más equitativa y justa para todas las partes.-

## Citas Bibliográficas.-

- (1) **MAFIA, Osvaldo.** VI Jornadas Nacionales de Institutos de Derecho Comercial. San Martín de los Andes: 12 y 13 de Noviembre de 1998.-
- (2) **PROVINCIALI.** Tratado de Derecho de Quiebra, Tº I, P. 108, Nº 27.-
- (3) **ALEGRÍA, Hector.** Algunas Cuestiones de Derecho Concursal, Ps. 90 y ss.-
- (4) **KORKOUNOV.** Theorié Generale du Droit, Trad. Francesa. 1914, P. 548.-
- (5) **HALPERIN, Isaac.** Latin para juristas, Nº 291.-
- (6) **TRUFAT.** Presentación en Concurso preventivo inmediatamente antes de decretarse la quiebra en un pedido en trámite. Diversas cuestiones, LL, 1998-C-831.-
- (7) **GIANNI SCHICCHI.** VI Jornadas Nacionales de Institutos de Derecho Comercial. San Martín de los Andes: 12 y 13 de Noviembre de 1998.-
- (8) **ORTEGA.** VI Jornadas Nacionales de Institutos de Derecho Comercial. San Martín de los Andes: 12 y 13 de Noviembre de 1998.-
- (9) **GASET.** VI Jornadas Nacionales de Institutos de Derecho Comercial. San Martín de los Andes: 12 y 13 de Noviembre de 1998.-
- (10) **MOSSO, Guillermo.** Cramdown y otras novedades concursales. Santa Fe: Rubinsal-Culzzoni. Ps. 79/80.-
- (11) **AZIZE, Carlos A.** “La espera como quita en el concurso preventivo”, LL, 2000-D-1269.-
- (12) **HEREDIA, Pablo.** Tratado exegético de derecho concursal, Tº II, Ps. 60 y ss.-
- (13) **DASSO, Ariel A.** El concurso preventivo y la quiebra. Buenos Aires: Ad-Hoc, p. 261.-
- (14) **AZNAR, Vicente.** “Propuesta de acuerdo preventivo. Reflexiones en torno de la ley 24.522”. Cuadernos de la Universidad Austral, Tº I, Derecho empresario actual. Buenos Aires: 1996, p. 60.-
- (15) **CÁMARA, Hector.** El concurso preventivo y la quiebra. Tº I. Buenos Aires: Depalma; 1979, p. 835.-
- (16) **ROUILLON, Adolfo A. N.** Indexación concursal. Buenos Aires: Astrea; 1989.-
- (17) **JUNYENT BAS, Francisco-MOLINA SANDOVAL, Carlos.** “El retorno al valorismo”, en pesificación. Buenos Aires: La Ley; Junio 2002, p. 22.-

- (18) **MOSSET de ESPANÉS, Luis.** Aspectos económicos y jurídicos de la ley de convertibilidad del austral. Buenos Aires: Zavalía; 1991, p.38.-
- (19) **LL**, 1978-B-699
- (20) **LL**, 1979-B-577
- (21) **RDCO**, 1987-1012
- (22) **LORENTE, Javier A.** Ley de Concursos. Tº I, p. 553.-
- (23) **CONIL PAZ, Alberto A.** “Retorno de la Homologación Concursal”. ED, 175-172.-
- (24) **VÍTOLO, Daniel R.** Iniciación en el estudio del nuevo régimen legal de Concursos y Quiebras. Ley 24.522. Buenos Aires: Ad-Hoc; 1995, p. 98.-
- (25) **GARCÍA MARTINEZ, Roberto.** “La homologación del acuerdo preventivo en la nueva ley de concursos”. ED, 164-1249; **RIBICHINI, Guillermo E.** “El juez frente a la homologación del acuerdo, ni apocalípticos, ni integrados”. LL, 1997-E-243, Nota a fallo.-
- (26) **ESCUTI, Ignacio A.** “Los poderes del juez concursal en la ley 24.522”. ED. Ps. 164-1139.-
- (27) **CONIL PAZ, Alberto.** “Retorno de la homologación concursal”. ED. 175-176, Nota al Fallo.-
- (28) **MOSSET ITURRASPE, Jorge.** “El Fraude a la Ley”. Revista de Derecho Privado y Comunitario, N° 4 ps. 7 y ss.-

## **Bibliografía**

- ALEGRÍA, Hector.** Algunas cuestiones de derecho concursal. Buenos Aires: Ábaco; 1975.-
- BARBIERI, Pablo C.** Nuevo Régimen de concursos y quiebras. Ley 24.522. Buenos Aires: Universidad; 1995.-
- FASSI, Santiago C.** Concursos Comerciales y Civiles. 2da. Ed. Buenos Aires: Astrea; 1979.-
- FASSI, Santiago C., GEBHARDT, Marcelo.** Concursos y Quiebras, Comentario exegético de la ley 24.522. 7ma. Edición. Buenos Aires: Astrea; 2001.-
- GEBHARDT, Marcelo.** El concurso y la quiebra del comerciante no matriculado y de la sociedad irregular. LL. 1987; D-21.-
- HALPERIN, Issac.** Curso de derecho comercial. Buenos Aires: Depalma; 1972.-
- MAFFIA, Osvaldo J.** Derecho concursal. Tº I. Buenos Aires: Zavallía; 1985.-
- WILLIAMS, Ricardo.** El concurso preventivo. Buenos Aires: Plus Ultra; 1975.-
- DI TULLIO, José Antonio; MACAGNO, Ariel A. Germán; CHIAVASSA, Eduardo Nestor.** Concursos y quiebras. Reformas de las leyes 25.563 y 25.589. 1era. Edición. Buenos Aires: Depalma; 2002.-

# ÍNDICE GENERAL

|                   |   |
|-------------------|---|
| Introducción..... | 1 |
|-------------------|---|

## CAPITULO I

### *CONCURSO-NOCIONES GENERALES*

|   |    |
|---|----|
| I. Distinción Fundamental entre concurso y quiebra.....                                 | 3  |
| II. Distintas clases de Concursos.....  | 3  |
| III. Principios rectores de la legislación concursal y sujetos tutelados por ella.....  | 4  |
| IV. Características de la legislación concursal.....                                    | 6  |
| V. Características del proceso concursal.....   | 7  |
| VI. La economía, el crédito, la empresa. Tutela de los derechos de interés general..... | 10 |
| VII. El patrimonio y las Obligaciones.....  | 10 |
| VIII. Regulación jurídica.....  | 12 |
| IX. Naturaleza jurídica.....  | 14 |

## CAPITULO II

### *INSOLVENCIA EMPRESARIA Y SU IMPACTO EN LA ECONOMÍA*

|   |    |
|---|----|
| I. El daño individual.....                  | 16 |
| II. La quiebra y los grupos económicos..... | 16 |

**CAPITULO III**  
***LA REGULACIÓN JURÍDICA DEL CONCURSO EN EL***  
***DERECHO COMPARADO***

|        |  |    |
|--------|--|----|
| I.     | Antecedentes históricos.....   | 18 |
| II.    | Antecedentes Nacionales.....   | 19 |
| III.   | Comunidad Europea.....   | 21 |
| III-1. | Objeto y ámbito de aplicación del reglamento.....  | 22 |
| III-2. | Procedimiento principal y secundario de insolvencia.....   | 26 |
| III-3. | Participación de los acreedores.....   | 28 |
| III-4. | Reconocimiento de decisiones y medidas provisionales y cautelares.....                                     | 28 |
| III-5. | Normas de competencia y derecho aplicable.....   | 29 |
| III-6. | La armonización del régimen jurídico de la insolvencia.....  | 31 |
| IV.    | Mercosur.....  | 37 |
| IV-1.  | Efectos regionales de la quiebra de las empresas transnacionales, multinacionales y grupos económicos..... | 37 |
| IV-2.  | Grupos económicos-nacionales-transnacionales.....  | 38 |
| IV-3.  | Interés Nacional e interés frente a los grupos económicos.....   | 44 |
| IV-4.  | Territorialidad y extraterritorialidad de la quiebra.....  | 45 |
| IV-5.  | Principio de reciprocidad.....   | 45 |

**CAPITULO IV**  
***EL ABUSO DEL DERECHO EN LOS PROCESOS***  
***CONCURSALES***

|      |  |    |
|------|--|----|
| I.   | Cambio de rumbo en la filosofía del sistema..... | 47 |
| II.  | El abuso del derecho en los concursos .....      | 48 |
| III. | El abuso de los deudores.....                    | 49 |

|   |    |
|---|----|
| III-1. La actividad empresarial como presupuesto implícito..... | 49 |
| III-2. El plan de empresa en la propuesta de acuerdo.....       | 53 |
| III-3. La categorización irrazonable.....                       | 53 |
| IV. La propuesta abusiva.....                                   | 54 |
| IV-1. La propuesta residual.....                                | 56 |
| IV-2. Un abuso atípico en la propuesta concordataria.....       | 57 |

## **CAPITULO V**

### ***CRAMDOWN***

|                              |    |
|------------------------------|----|
| Cramdown.....                | 60 |
| I. Concepto.....             | 64 |
| II. Naturaleza jurídica..... | 65 |
| III. Sujetos .....           | 67 |
| IV. Derecho comparado.....   | 69 |

## **CAPITULO VI**

### ***EL CONCURSO EN ARGENTINA***

|                           |    |
|---------------------------|----|
| I. Doctrina nacional..... | 71 |
|---------------------------|----|

## **CAPITULO VII**

### ***PROPUESTA DE QUITA***

|   |    |
|---|----|
| I. Preliminar.....  | 80 |
| II. Período ley 19.551 hasta la sanción de la 24.522..... | 80 |
| III. Períodos leyes 25.563 y 25.589.....                  | 81 |
| IV. Propuesta de acuerdo e indexación.....                | 83 |
| V. Homologación del acuerdo preventivo.....               | 85 |

|   |    |
|---|----|
| <b>VI.</b> Atribuciones del juez del concurso en la ley 19.551.....     | 85 |
| <b>VII.</b> Limitación de atribuciones. Fundamentos y régimen normativo | 87 |
| <b>VIII.</b> Opinión de la doctrina.....                                | 87 |
| <b>IX.</b> Jurisprudencia.....  | 89 |

## **CAPITULO VIII**

### ***FRAUDE EN EL CONCURSO***

|                                      |    |
|--------------------------------------|----|
| <b>I.</b> Fraude en el concurso..... | 92 |
| Conclusión.....                      | 95 |