

## LA CONCURSALIDAD: ¿hacia un avance sobre las relaciones post concursales del deudor?

Por M. B. Fernanda Soria

*Abstract: La concursalidad, en tanto efecto y consecuencia propia del status de concursado, determina el marco de actuación de los jueces sobre el patrimonio del deudor y sobre sus relaciones jurídicas preconcursales. Sin embargo, la conducta judicial frente al fenómeno no es una consecuencia abstracta de aquel estado sino que se asienta sobre principios que poseen una base normativa concreta, permitiendo un margen de discreción amplio al decidir.*

*Producto de la dinámica económica y social actual, se ha detectado que en los últimos tiempos, la protección preconcursal resulta insuficiente, postulándose un avance de la concursalidad sobre un subuniverso en principio ajeno a ella. Se propone reflexionar sobre el problema e intentar delinear algunos parámetros que colaboren en su enfoque.*

### I. Introducción al tema

La pregunta que se plantea en el título del presente trabajo nace a partir de la necesidad de definir, si ello fuera posible, ciertos parámetros que colaboren con la determinación de los alcances de la concursalidad sobre las relaciones jurídicas del deudor, con particular enfoque en aquellas nacidas con posterioridad a su concursamiento. Tal propuesta se origina ante el dictado de decisiones judiciales que en pos de tutelar la continuidad empresarial, afectan (limitando y condicionando) y hasta postergan derechos de acreedores post concursales.

Desde siempre se ha señalado que la concursalidad es la respuesta que el Estado propone ante el fenómeno de la cesación de pagos, a través de la cual con miras a mantener la viabilidad empresarial, se busca una justa distribución de las pérdidas entre el deudor y sus acreedores, dando lugar a lo que algunos autores denominan la

“socialización del daño<sup>1</sup>”. Se trata pues del elemento tipificante de todo procedimiento concursal, sobre el cual se fundamenta la calificación de “director del proceso” que la legislación especial confiere al juez en el artículo 274 LCQ.

Si bien su alcance varía según se trate de un proceso preventivo o liquidatorio la concursabilidad existe por causa de la cesación de pagos siendo a su vez esta última la razón que la justifica.

Es sin dudas en el marco de un proceso falencial donde alcanza su máxima expresión. El desapoderamiento de los bienes del fallido y su ulterior enajenación para distribuir el saldo obtenido entre sus acreedores por un lado, y la pérdida de la aptitud jurídica subjetiva para intervenir en juicios, por el otro, constituyen manifestaciones del fenómeno.

En la faz preventiva, en cambio, su extensión encuentra como límite, *en principio*, la fecha de presentación en concurso del deudor <sup>2</sup>, momento a partir del cual se generan en su patrimonio dos subuniversos o si se prefiere, dos subpatrimonios. El primero, que nuclea las relaciones patrimoniales del concursado (pasivos y actos jurídicos) originados con fecha anterior a su concursamiento, y el segundo por todas aquellas generadas con posterioridad.

Esto no significa que una vez presentado el concurso del deudor, éste quede ajeno a los efectos propios de aquel. El contralor sobre la administración de su patrimonio a cargo del órgano sindical previsto en el artículo 15 y la necesidad de requerir autorización para la realización de actos que excedan el giro ordinario previsto en el artículo 16 constituyen ejemplos de que la concursabilidad extiende sus efectos también en este segundo subuniverso.

---

<sup>1</sup> Se trata de una noción trabajada por Truffat donde reivindica la idea de “reparto de pérdidas” llegando incluso a afirmar que “no hay solución concordataria sin socialización del daño”. Pero no limita la idea a los procesos preventivos, sosteniendo que también es un paradigma en la quiebra con la expectativa de poder preservar la fuente de trabajo a través las cooperativas y con el deseo de que el sector laboral participe lo menos posible en la distribución de pérdidas. (Autor citado: “Derecho concursal: los paradigmas en crisis y la socialización del daño”, Errepar, DSC Nro. 297, agosto 2012, pág. 709).

<sup>2</sup> La propuesta de este trabajo es precisamente mostrar que ese límite, a la luz de las nuevas necesidades del deudor, se ha vuelto difuso.

No obstante, sólo en el primero de ellos es donde alcanza su mayor expresión, siendo donde a su vez las facultades del juez concursal adquieren máxima relevancia. Esa soberanía del proceso concursal se exterioriza a través de numerosas normas y en gran variedad de situaciones jurídicas: el fuero de atracción y la suspensión de juicios contra el concursado (art. 21 LCQ), la imposibilidad de alterar el status quo de los acreedores de causa o título anterior (art. 16 LCQ), el levantamiento de medidas cautelares con causa en créditos concursales (art. 21 LCQ), la suspensión del cómputo de intereses de aquellas deudas que no sean laborales, ni tengan prenda o hipoteca (art. 19 LCQ), la posibilidad de suspender subastas y medidas precautorias que impidan el uso por el deudor de la cosa gravada en la ejecución de hipoteca o prenda (art. 24 LCQ), son solo una ejemplificación.

Es a causa de la concursabilidad que se dejan de lado reglas de competencia, se modifican y en ciertos casos se extinguen relaciones jurídicas preexistentes entre acreedor y deudor, teniendo como fundamento último la necesidad de alcanzar el saneamiento empresarial que permita al cesante (persona humana o jurídica) arribar a una justa reestructuración de su pasivo.

Esa concursabilidad, según ya se ha dicho se justifica y es la respuesta dada por el Legislador a la cesación de pagos, se asienta a su vez sobre ciertos principios o directivas que delimitan el marco normativo aplicable.

De este modo, el moldeado que se da a los principios clásicos sobre los cuales se sostiene el derecho concursal, permitirá delinear a su vez, los alcances de los efectos concursales sobre el patrimonio del deudor.

Y nadie duda que tales principios, a partir de nuevas formas de concebir ciertos derechos o situaciones jurídicas, hoy están en crisis. Y ello parece ser consecuencia de dos fenómenos.

Por un lado, los constantes cambios habidos en materia económica (y que hoy alcanzan a todo el Globo producto de la pandemia del Covid-19<sup>3</sup>) que repercuten de

---

<sup>3</sup> Argentina, a diferencia de otros países, si bien avanzó en un proyecto legislativo concreto que (fueron varios los proyectos de reformas que circularon como resultado de la profundización de la crisis a partir

modo directo en los principios y presupuestos que informan el derecho concursal. Y por el otro, el carácter supralegal que a través del art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional se ha dado a ciertos derechos (como la salud<sup>4</sup>, los derechos del niño<sup>5</sup>, las personas vulnerables e hipervulnerables, personas de edad avanzada<sup>6</sup>) que dejan al descubierto la insuficiencia de la legislación común para darles adecuada tutela.

La figura del acreedor involuntario, que generó enormes repercusiones a partir del fallo Fava<sup>7</sup>, ha quedado definitivamente instalada –con mayor o menor alcance- en la praxis judicial, generando una excepción al primer párrafo del art. 56 LCQ que hace diez años era impensada; la decisión de la Corte Suprema de Justicia de la Nación in re Pinturas y Revestimientos Aplicados S.A. s/ quiebra<sup>8</sup>, puso de cabezas el régimen de privilegios colocando al trabajador por encima del Fisco; la insuficiencia del sistema de la ley 24.522 para los así llamados “concursos mínimos” generaron decisiones tan novedosas como controvertidas<sup>9</sup>; el indudable mayor protagonismo que tienen los

---

de la pandemia) como consecuencia de las reformas introducidas por las dos cámaras del Congreso, aún no se convirtió en texto positivo. En el plano internacional, son de destacar las legislaciones de España, Francia y Alemania que prorrogaron o incluso pospusieron la obligación de presentarse en concurso mientras durara la emergencia sanitaria. En Latinoamérica sólo Perú y Colombia introdujeron reformas ante la emergencia, destacándose esta última por haber instaurado nuevos regímenes de renegociación simplificados, uno de ellos extrajudicial, para ser ejecutado a través de las cámaras de comercio.

<sup>4</sup> La Declaración Universal de Derechos del Hombre, y la Convención Americana sobre Derechos del Hombre, otorga prioridad al derecho a la vida y como lógica consecuencia del derecho a la salud.

<sup>5</sup> La Convención sobre los Derechos del Niño, que ingresó a nuestro derecho interno con la Ley. 26.061 consagra el así llamado interés superior del niño como pauta directriz para las autoridades que deben decidir sobre derechos en colisión respecto de los menores.

<sup>6</sup> La Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas de Edad Mayor tiene como objeto promover, proteger y asegurar el reconocimiento y el pleno goce y ejercicio, en condiciones de igualdad, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales de la persona mayor, a fin de contribuir a su plena inclusión, integración y participación en la sociedad.

<sup>7</sup> Luego de doce años de haberse declarado en primera instancia la inconstitucionalidad del régimen de privilegios con sustento en la Convención de los Derechos del Niño en los autos “Institutos Médicos Antártida s/ quiebra s/ Incidente de verificación por F.R.A. y de F.L.R.” (se puede ver en L.L. del 24-09-2007 , la Corte Suprema de Justicia de la Nación terminó confirmando tal decisión en un pronunciamiento dictado con fecha 26.03.2019. (el menor era de apellido Fava)

<sup>8</sup> Fallo de fecha 26.03.2014, en el cual se ha buscado otorgar a las acreencias laborales, una protección incluso más intensa que la dada al propio Estado, buscando que el daño de la insolvencia les impacte de modo menos dramático.

<sup>9</sup> Las decisiones dictadas por tribunales mendocinos en autos “Torres Juan Orlando P/ Concurso Pequeño p/ Concurso Preventivo 288”, Expte: 1017.303 (de fecha 27.04.2015) y “Moran Nancy Noemi P/ Concurso Pequeño p/ Concurso Preventivo 288” Expte: 1.017.293 (de fecha 22.04.2015) si bien resolvieron desestimar la solicitud de concurso preventivo de quienes se encontraban en cesación de pagos en razón de su sobreendeudamiento como consumidores, dieron inicio al trámite tendiente a la celebración y homologación de un acuerdo preventivo extrajudicial a fin de que en diez días el deudor presente una propuesta a sus acreedores.

acreedores y los trabajadores a través del comité de control también ha sido una respuesta a las nuevas necesidades<sup>10</sup>.

Lo expuesto explica por qué aquellos principios y presupuestos que siempre sustentaron el derecho concursal y que aún con bemoles nadie ponía en tela de juicio, hoy, estén mutando ante ciertas realidades que no sólo exigen un cambio sino soluciones que muchas veces no se solventan con la aplicación lineal o encorsetada de ellos.

A la luz de este análisis se advierte una suerte de *debilitamiento* de los efectos de la concursalidad en el plano estrictamente concursal (poniendo en crisis el principio de igualdad de trato), y al contrario, un fortalecimiento de ella en el plano post concursal. Esto último con fundamento en la necesidad de evitar tornar inoficioso el remedio concursal al cual acudió el deudor. Sobre este punto avanzaremos más adelante en este artículo.

## II. Las facultades del juez concursal – su fundamento en el proceso concursal

Se ha señalado aquí que la condición de director del proceso del juez concursal tiene su fundamento y su causa en la necesidad de resguardar el cumplimiento de los efectos de la concursalidad. Y es obvio que esa concursalidad se estructura a su vez sobre los principios que rigen el procedimiento universal. Ahora bien, también hemos visto que tales principios han sufrido en los últimos tiempos ciertos embates producto tanto de vaivenes económicos como de nuevas formas de concebir las relaciones jurídicas, a los que el derecho debe adaptarse.

Es por ello que resulta menester que las decisiones que se adopten contemplen cierta flexibilidad (que se adapte a los cambios) y a la dinámica de una sociedad en constante transformación.

---

del consumidor sobreendeudado.

<sup>10</sup> En autos Amancay S.A. s/ concurso preventivo, la Fiscalía de Cámara resaltó la importancia de la integración del comité de control con el representante de los trabajadores, peticionando incluso la nulidad de la resolución de categorización por cuanto el citado comité no estaba integrado con tal representante. Ver dictamen de fs. 9312/9328 de esas actuaciones.

De este modo, la crisis de los principios que forman la estructura de la legislación concursal, se plasma en el modo de aplicación de las facultades judiciales.

El ejemplo paradigmático de la evolución que acompaña las atribuciones judiciales lo encontramos cuando nos referimos a las facultades homologatorias del juez concursal, que estuvieron signadas por los vaivenes ideológicos por los que atravesó el país. Así, del más absoluto privatismo de la ley 4156 se pasó a un incremento de las potestades jurisdiccionales en la ley 11.719, alcanzando la máxima acentuación con la incorporación del art. 61 en la Ley 19.551 que trajo la idea de “merecimiento” al imponer en el análisis del juzgador la valoración de la conducta del deudor. La ley 24.522 si bien convirtió al juez -en palabras de Maffía- en un “cuenta porotos”, volviendo a privatizar el proceso, recibió de inmediato la rectificación de la más calificada doctrina concursalista y de la jurisprudencia a partir de la concepción del derecho como una unidad con el resto del plexo normativo, dejando en claro que su análisis no debía quedar reducido a un mero control numérico o formal, pudiendo efectuar un control de legalidad sustancial a la luz de todo el universo jurídico, del cual el derecho concursal forma parte. Finalmente, la reforma introducida por la ley 25.589 no sólo vino a ratificar la doctrina de tales decisiones disponiendo que el juez no debe homologar una propuesta abusiva o en fraude a la ley, sino que la profundizó a partir de la incorporación de la figura del cramdown power.

Acompañando la dinámica social y económica, los jueces concursales, advertidos de la necesidad de juzgar sobre nuevas realidades que exigen adaptación normativa en algunos casos y soluciones excepcionales en otros han ido abriendo camino a una expansión -siempre dentro de lo preconcursal- de la concursalidad.

Las medidas cautelares denominadas “no tipificadas” también constituyen una expresión de esa concursalidad y si bien es cierto que están sustentadas en la necesidad de conservación de la empresa y mantenimiento de la igualdad entre los acreedores, su dictado se incardina, según calificada doctrina en las facultades del juez concursal<sup>11</sup>.

---

<sup>11</sup> Favier Dubois, Eduardo M. (h), “Medidas cautelares no tipificadas en los actuales procesos concursales”, recuperado de [http://www.favierduboisspagnolo.com/fds2/wp-content/uploads/2012/10/Medidas\\_Cautelares\\_No\\_Tipificadas.pdf](http://www.favierduboisspagnolo.com/fds2/wp-content/uploads/2012/10/Medidas_Cautelares_No_Tipificadas.pdf)

Sin embargo el ejercicio de esas facultades además de tener su respaldo en las finalidades del concurso (que el juez aplica a partir de las exaltadas atribuciones que posee), encuentran también un fundamento normativo concreto, que no necesariamente se ubica dentro del plexo legal concursal<sup>12</sup>.

Así, la no exclusión de la concursada del registro de importadores/exportadores, o del registro de empresas petroleras, en la medida que tales exclusiones tengan su causa en la presentación concursal del deudor o en los presupuestos objetivos de ésta, no son más que la aplicación del principio consagrado en el art. 125 de la LCQ que dispone la supremacía del derecho concursal en lo que hace al patrimonio del deudor; el no pago de cheques librados con anterioridad al concursamiento pero cuyo vencimiento es posterior además de encontrar apoyo en resoluciones del BCRA constituye una aplicación directa de la prohibición de alterar la situación de los créditos de causa o título anterior al concursamiento regulado en el art. 16 de la LCQ; las medidas cautelares tendientes a no impedir la intervención del sujeto concursado en procesos licitatorios, además de la aplicación de un principio general de no discriminación (art. 16 Constitución Nacional) son una aplicación de lo dispuesto en el art. 12 de la ley 25.563 que prevé que las empresas concursadas pueden contratar libremente con el Estado; el mantenimiento cautelar -interín se decide el pedido de continuación formulado en los términos del artículo 20 de la LCQ- de ciertos contratos que prevén la posibilidad de resolución en caso de concursamiento encuentra apoyo normativo en el art. 22 de la LCQ que dispone la nulidad de aquellas estipulaciones contrarias a lo dispuesto por los artículos 20 y 21 del plexo concursal<sup>13</sup>.

La sanción del Código Civil y Comercial de la Nación incorporó además un instituto novedoso. La necesidad de prevención de daño temido e incierto consagrado en el artículo 1710 de ese cuerpo legal constituye un sólido fundamento que habilita a

---

<sup>12</sup> Que “el derecho concursal no es una isla” (frase acuñada por la doctrina más especializada) no es una novedad. Nadie cuestiona hoy que la legislación concursal, si bien regula un supuesto especial, forma parte del ordenamiento jurídico general. La sanción en 2015 del Código Civil y Comercial de la Nación que en su artículo primero llama a decidir también en base a la Constitución Nacional y a los Tratados Internacionales de Derechos Humanos ratifican tal camino.

<sup>13</sup> Se aclara que la mayoría de estas referencias han sido tomadas de textos profesionales en los que tuve intervención.

los jueces a reordenar ciertas situaciones alteradas ante el status de concursado preventivo del deudor; lo que realza el aspecto subjetivo del trámite precautorio. El deudor no sólo merece la tutela que le prodiga la normativa especial en razón de ese status, sino en razón de su condición de empleador, y de integrante de una cadena de comercialización mayor.

Puede afirmarse entonces que las facultades judiciales no son una consecuencia abstracta del “status concursal” sino que se asientan sobre principios poseen una base normativa concreta, permitiendo que los jueces tengan un margen de discreción amplio al decidir.

Ahora bien, la dificultad se presenta cuando en ejercicio de tales atribuciones y en miras de la conservación empresaria y de no frustrar una solución preventiva, se avanza sobre el micro patrimonio del deudor conformado por sus pasivos y relaciones jurídicas nacidas con posterioridad a su concursamiento, generando un diferimiento en su capacidad de agresión.

Los cambios de paradigmas, que en muchos casos acompañan las exigencias sociales, insuflan nuevas soluciones que imponen que el análisis de la realidad del deudor se pondere no ya únicamente a la luz de los intereses de los acreedores concurrentes (admitiendo incluso dentro de éstos la posibilidad de otorgar tutelas diferenciadas en razón de su mayor o menor vulnerabilidad) sino también de las posibilidades del deudor como dador de trabajo; conjugación que en algún punto difumina la línea divisoria de los dos subuniversos que se han mencionado.

### III. La nueva conflictividad concursal

Se ha dicho que en los procesos concursales *se debe partir de la idea de que se trata de procesos pluriconflictivos, por el objeto y plurisubjetivos, por los sujetos, es decir, con diversidad de partes que entre ellas presentan intereses convergentes o divergentes, por los cuales no siempre los intereses de unos se hallan en perfecta correspondencia*

*positiva o negativa frente a los intereses de los otros, lo cual es reflejo de la pluralidad de conflictos que se presentan en los concursos en todas sus manifestaciones*<sup>14</sup>.

El equilibrio entre tales derechos es una tarea titánica para quienes ejercen la magistratura, pero ciertamente no es novedosa en el marco del proceso concursal. El juez concursal desde siempre, ha debido navegar entre las distintas situaciones conflictivas que se le presentan atendiendo para ello a las distintas finalidades de la legislación concursal. Por un lado está llamado a resguardar los intereses de los acreedores concursales, pero también -hoy más que nunca- los de la empresa como dadora de empleo, el derecho de los trabajadores a que se mantenga la viabilidad empresarial, y también los de trabajadores despedidos que pretenden el cobro de sus indemnizaciones.

Esta conflictividad también trasciende a la vida post concursal del deudor y a las nuevas relaciones jurídicas que entabla.

Las nuevas necesidades en la que queda inmerso el sujeto una vez concursado, se convierten en algunos casos en una fuente nueva de enfrentamientos o colisión de derechos, no ya únicamente entre los sujetos implicados en lo preconcursal sino en aquellos implicados en la vida post concursal del deudor. Ello, porque en definitiva, si bien se mencionaron dos subuniversos, ambos concurren ante un mismo patrimonio en cesación de pagos.

La necesidad de financiamiento de las empresas en crisis que acudieron al remedio preventivo, la de resguardar “la caja” evitando embargos o medidas cautelares post concursales que impiden el normal desenvolvimiento del giro, la aparición de pedidos de quiebra que pueden hacer tambalear la solución preventiva porque exigen atención inmediata, e incluso, la posibilidad de un re-concursumiento a partir de la grave crisis económica generada por la pandemia del Covid-19, son todos supuestos que

---

<sup>14</sup> Di Iorio, Alfredo J., *“Elementos para una teorización general sobre los procesos concursales”*, Summa Concursal, Directores Raúl A. Etcheverry – Francisco Junyent Bas, Tomo I, p. 99.-

podrían justificar un avance de la concursabilidad sobre un ámbito, que como se ha visto, es en principio ajeno a ella.

De ahí que su aplicación exige sumo cuidado y prudencia, en tanto pueden comportar un avasallamiento de intereses y de derechos que como regla, deben quedar ajenos a los efectos de la concursabilidad. Su eventual flexibilización, debe encontrarse debidamente fundamentada.

Las así llamadas “medidas anticautelares<sup>15</sup>” son una respuesta a algunas de las necesidades antes apuntadas. Los antecedentes jurisprudenciales en el ámbito de la Capital Federal no son sin embargo favorables a ellas.

La Sala D de la Cámara Nacional en lo Comercial de la Capital Federal, se ha expedido en sentido contrario al otorgamiento de esta clase de medidas en oportunidad de entender en el recurso de apelación interpuesto por Afip, en el marco del proceso concursal de una empresa de medios. La Cámara revocó la decisión del Sr. Juez A Quo que decretó la inembargabilidad e incautelabilidad de una de las dos cuentas bancarias abiertas por el deudor para recibir allí los fondos provenientes de cierto contrato, en tanto en dicha cuenta se depositarían las sumas para la atención de sueldos, contribuciones y cargas sociales. Entre los argumentos desarrollados por la Sala ésta refirió que *las facultades ordenatorias e instructorias del juez concursal se ciñen, como regla general y salvo escasísimas excepciones -que por cierto no concurren en la especie- a aspectos patrimoniales anteriores a la presentación en concurso del deudor, pues la reestructuración de deudas que éste persigue comprende a las contraídas hasta ese*

---

<sup>15</sup> Peyrano señala que lo que denominamos "medida anticautelar" no apunta en modo alguno a proscribir la traba de cualquier diligencia cautelar —lo que sería claramente inconstitucional—, (9) sino tan sólo a proscribir un ejercicio abusivo y excesivo de la potestad cautelar; circunscribiéndose a vedar que se concrete una medida cautelar en particular (una inhibición, por ejemplo) o la traba de una precautoria en relación de determinados bienes (embargos sobre las cuentas de una entidad aseguradora), cuando la realización de lo vedado importaría un grave perjuicio para el cautelado por afectar el giro de sus negocios y poder ser reemplazado idóneamente por otra cautelar. [Las medidas anticautelares Autor: Peyrano, Jorge W. Publicado en: LA LEY 01/03/2012, 01/03/2012, 1 - LA LEY2012-B, 670 Cita Online: AR/DOC/774/2012

*momento (conf. arts. 5, 11 incs. 3° y 5°, 32 y conc., LCQ) y supone que aquél se halla en condiciones de cumplir con normalidad sus obligaciones de carácter posconcurso<sup>16</sup>.*

El límite de la concursabilidad –conforme la doctrina que emana del fallo citado– no es otro que la fecha de presentación concursal del deudor determinándose una limitación de las facultades del juez para disponer medidas que pudieran afectar sus relaciones post concursales.

El tema lejos está de ser pacífico y difícilmente se encuentre consenso absoluto sobre el punto. Por eso, una aplicación absolutamente lineal e inflexible de principios concursales, sin un sólido sustento en la realidad comercial concreta del ente, en la realidad comercial general del país, y en la necesidad de mantener a flote el giro empresarial, en algunos casos puede vaciar de contenido los instrumentos normativos.

El tema de la financiación post concursal también es un tópico a considerar sobre el cual la doctrina viene clamando<sup>17</sup>. En aras de resguardar la continuidad empresarial del ente y de asegurar la inyección de capital de trabajo, se resolvió autorizar en los términos de los artículos 16 y 59 de la LCQ, la constitución de hipoteca y prenda sobre una planta y bienes del concursado, en garantía de un préstamo otorgado por el Fondo para el desarrollo económico Argentino (Fondear). Para así decidir, el juzgado interviniente ponderó la necesidad de: 1) proveer del capital de trabajo necesario para la continua mejora de las operaciones productivas y comerciales; 2) generar un nivel de rentabilidad y flujo de fondos para hacer frente a las deudas de la empresas; 3) utilizar el 100% de la capacidad industrial instalada para generar aumento de empleos y economías de escala que permitirán reducir costos y gastos; y 4) evitar perder una industria con perfil exportador, que resulta fuente de divisas para el país<sup>18</sup>.

---

<sup>16</sup> Sentencia de fecha 11 de octubre de 2018, dictada en autos Ideas del Sur S.A. s/ concurso preventivo s/ incidente art. 250 por Afip, Expte. Nro. 27087/2017/1/1/CA1.

<sup>17</sup> Un extenso trabajo sobre el tema ha sido escrito por el Dr. Ariel A. Dasso, en El Concurso y su financiación, recuperado de <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/revista-deconomi/articulos/Ed-0002-N01-DASSO.pdf>

<sup>18</sup> Autos: Industrias Alimenticias Mendocinas S.A. s/ concurso preventivo (Expte. Nro. 41229 / 2010 ), del Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Comercial N° 1, Secretaría Nro. 2 (decisión de fecha 13.11.2017).

La mayor o menor justicia de estas decisiones -en las que ante una eventual quiebra (tal como ocurrió en el caso mencionado), el crédito preconcursal queda desplazado por aquel que corresponde al acreedor hipotecario o prendario- está dada evidentemente por la importancia del ente dentro del contexto económico vigente. La importancia como empleador, y como movilizador de la economía constituyen sin dudas herramientas a ponderar.

En otros casos, se ha dispuesto un concreto diferimiento en el cobro de la acreencia post concursal o de la traba de cautelares a las resultas del proceso de reestructuración del pasivo concursal, supuestos aún más conflictivos en tanto traducen una postergación del derecho del acreedor a emplear los medios legales para que el deudor le procure aquello que se ha obligado (conf. Art. 730 del CCC), lo cual bordea –y violenta - el derecho de propiedad.

Se advierte de las citas precedentes, que la colisión y el necesario equilibrio entre ambos submundos es un tema harto difícil, cuya solución se relaciona con la necesidad de delimitar los principios que informan y fundamentan las atribuciones del juez concursal. Y para alcanzar esa delimitación es preciso determinar cuál es el contexto social donde se aplicará una u otra solución. Las propuestas de acuerdo homologadas luego de la crisis del año 2001 contenían quitas y esperas que se entendieron válidas para el momento de crisis y emergencia generalizada que atravesaba el país, pero que difícilmente hubieran obtenido la aprobación judicial en una situación de estabilidad económica.

#### IV. La importancia de definir criterios que fundamenten ese *avance* de la concursalidad

Fernando Racimo al referirse al “activismo judicial”, y luego de efectuar un puntilloso análisis desde sus orígenes para ver su uso en nuestro país, expresa que a lo largo de su evolución, ese activismo ha perdido su carga peyorativa estableciéndose como una especie de módulo de actuación de los jueces que deben aplicar operativamente los derechos constitucionales, incluso aunque ello importe afectar

estructuras de gobierno o de otros poderes. Y agrega que el concepto de activismo judicial se ha transformado así en una especie de presunción que impone a los magistrados la carga de justificar las razones por las cuales no ejercen expansivamente su imperium siendo la reforma constitucional de 1994 y la idea de la progresividad en la interpretación y en la aplicación de los DESC (derechos económicos, sociales y culturales) los dos actores decisivos para este viraje<sup>19</sup>.

Este activismo judicial que en el proceso concursal es celebrado y ensalzado (el art. 274 es prueba de ello), se encuentra –también siguiendo a Racimo- ante una “inundación de derechos constitucionales” entre los que está llamado a decidir. La proliferación de derechos individuales que son elevados al rango de derecho humano claramente complican el escenario.

El hallar este equilibrio excede lo estrictamente jurídico e ingresa en el terreno de la filosofía práctica. Los jueces, no son meros aplicadores de normas positivas, sino que están llamados a conjugar una pluralidad de intereses para hacer justicia en el caso concreto. Para ese análisis, que incluye un juicio moral sobre ciertas conductas o situaciones jurídicas, no sólo deben aplicarse los conocimientos de orden jurídico, sino que por tratarse del juzgamiento de conductas humanas, también debe contemplar la facticidad normativa que acompaña la vida del ser humano. En palabras de Maliandi<sup>20</sup>, se trata del conjunto de actitudes, creencias morales, convicciones y formas de conducta, ya sea de una persona individual o un grupo social.

Así como los vaivenes económicos son los que principalmente informan el arbitrio judicial a la hora de homologar una propuesta de acuerdo, las exigencias sociales (con sus creencias, convicciones y formas de conducta), también son un elemento a ponderar a la hora de adoptar un temperamento u otro, y exigen de los magistrados un análisis de todos estos elementos; en tanto esas exigencias y las nuevas necesidades son las que moldean los principios que sustentan una disciplina jurídica.

---

<sup>19</sup> Racimo Fernando M., El activismo judicial. Sus orígenes y su recepción en la doctrina nacional. Recuperado de <https://udesa.edu.ar/revista/revista-juridica-de-la-universidad-de-san-andres-nro-2/articulo/el-activismo-judicial-sus>

<sup>20</sup> Maliandi, R. (2004). *Etica: conceptos y problemas*. Biblos.

Los principios que informan la ley concursal han sido minuciosamente tratados por Cámara en oportunidad de comentar sobre la sanción de la ley 19.551. En esa oportunidad, además de la universalidad, colectividad, e igualdad de trato, se sumaron otros tendientes a dar primacía a la idea de solución de la crisis. Entre ellos, el más trascendente: el principio de conservación de la empresa, en cuanto actividad útil para la comunidad. Tal principio, no sólo se mantuvo vigente con la sanción de la ley 24.522 sino que fue profundizado por las nuevas figuras legales que incorporó<sup>21</sup>.

El problema es cómo definir estos principios, en épocas donde la crisis está en constante evolución. La dinámica del sobreendeudamiento exige una constante revisión y *aggiornamiento* que puede darse a través del dictado de una legislación de emergencia, nacida al calor de las crisis económicas, o de reformas sustanciales, destinadas a instalar nuevos institutos. En ambos casos no obstante, las reformas están siempre vinculadas a la evolución económica y social de un país.

El tema recuerda a lo ocurrido en oportunidad de la sanción de la ley 25.589 que incorporó la norma del art. 52 inc. 4º de la LCQ. En dicha oportunidad, algunos autores, señalaron la necesidad de otorgar a los magistrados algunos parámetros a considerar a la hora de homologar la propuesta de acuerdo<sup>22</sup>. Pero tales parámetros varían en función de la oportunidad en la que los mismos son propuestos. Tal como ya señalamos aquí, una propuesta homologada durante la crisis del 2001, seguramente no habría merecido igual ponderación en épocas de bonanza o de estabilidad económica.

La dificultad es aún mayor. La idea de crisis no está limitada al ámbito económico. El mundo atraviesa por una crisis en numerosas áreas: la crisis del lenguaje, del modo de concebir al núcleo familiar<sup>23</sup> y como consecuencia de ello del reacomodamiento de

---

<sup>21</sup> El capítulo dedicado por Cámara al análisis de las características de la ley 19551, fue objeto de actualización en la obra dirigida por el Ernesto E. Martorell, bajo el título "El Concurso preventivo y la quiebra". Comentario de la ley 24.522 y sus modificatorias 25.563 y 25.589. La actualización estuvo a cargo de Javier A. Lorente.

<sup>22</sup> Ver por todos Truffat E. Daniel, "Algunas pautas para el empleo de la facultad de no homologar un concordato presuntamente abusivo (LCyQ: 52, inc. 4º) Ley 25.589: una legislación ligeramente esquizofrénica (que por un lado hace explícitas facultades homologatorias y, por otro, suprime las pautas para su empleo)", *El Derecho*, ejemplar del 8 de julio de 2002.

<sup>23</sup> Ciertas decisiones dictadas en materia de derecho de familia han puesto de cabezas la tradicional concepción que se tiene de la figura. Resulta de interés mencionar la decisión dictada por la Cámara de Apelaciones en lo Civil de la Ciudad de Comodoro Rivadavia con fecha 25/10/2019 (sentencia definitiva

los roles familiares, la reversión de la visión androcentrista entendiendo que la mujer debe estar en un pie de igualdad con los hombres, el ensalzamiento de ciertos derechos al rango de derechos humanos<sup>24</sup>, generan un constante conflicto entre lo general y lo particular. Estas crisis, son las que van informando a la sociedad, que adopta sus propias concepciones.

Entonces, la posibilidad de determinar pautas de valoración o criterios más o menos objetivos para juzgar estos nuevos conflictos, se presenta como algo dificultoso ante el escenario de crisis apuntado.

Algunos autores mencionan la idea del “interés concursal” no como una cuestión abstracta o como noción meramente destinada a la especulación intelectual sino como pauta de valoración que se pone en juego cada vez que -pese a la normativa- se disparan intereses en conflicto que deben dirimirse conforme las reglas del juicio y los principios que informan la materia<sup>25</sup>. Entonces, la mayor certeza que se tenga sobre ese interés concursal -que trasciende el del deudor y el del acreedor- permitirá una delimitación más clara del alcance de los principios concursales, coadyuvando a las soluciones.

Barreiro, expresa que la definición del contenido de ese “interés concursal” dependerá *del propio contenido de la normativa que regule los institutos concursales, de los principios que las inspiran, y del cúmulo de valores que la sociedad de que se trate pone en juego en cada momento histórico para resolver las crisis empresarias*<sup>26</sup>.

---

149/2019), mediante la cual reconoció la triple filiación respecto de un menor, incluyendo en tal reconocimiento no sólo a su progenitora biológica (a quien llama mamá) sino a sus dos guardadores de hecho (a quienes reconoce también como su papá y su mamá). Con sustento en el principio del interés superior del niño, de realidad y de mantener el statu quo, la cámara departamental se expide en el sentido referido.

<sup>24</sup> Dando lugar a lo que algunos han llamado “derechos insaciables” [Así lo expresa Anna Pintore, en su obra Derechos insaciables.

<sup>25</sup> Vaiser, Lidia, 18-jul-2019, Cita: MJ-DOC-14964-AR | MJD1496. Recuperado de <https://aldiaargentina.microjuris.com/2019/08/29/el-interes-concursal/>

<sup>26</sup> Comunicación para el 2do. Congreso Iberoamericano de Derecho Concursal, Ciudad de Mérida, Yucatán, República de México. “Presupuestos y principios concursales: un intento de aproximación a la noción de “interés concursal”; Barreiro Marcelo.

La autora referida en la nota a pie número 25 refiere como ejemplos claros de aplicación de tal interés concursal cuando en la decisión de cuestiones vinculadas a la exclusión de voto, a la propuesta o acuerdo abusivo, y a la tercera vía.

Se plantea aquí la posibilidad de que esta noción también se aplique a la decisión de conflictos donde la protección preconcursal se presenta como insuficiente.

Siempre resulta complejo –y hasta arbitrario por su eventual omisión- intentar una sistematización, porque la identificación de conductas concretas merecedoras de la tutela concursal, y de criterios que sirvan para su análisis corre el riesgo de dejar afuera otras merecedoras de ello. Así como en el marco de la responsabilidad societaria la figura del “buen hombre de negocios” constituye un cartabón a seguir se postula que en el caso tal cartabón, está dado por la idea de continuidad o conservación empresaria.

Como se ha dicho, la sistematización es riesgosa, en especial en épocas de crisis, donde las necesidades cambian día a día. No obstante, se delinean a continuación algunas pautas o criterios que vienen a acompañar a aquel principio general:

- la necesidad de obtención de financiamiento concursal;
- la necesidad de contar con un flujo de caja que permita la atención del giro ordinario sin estar acuciado por medidas cautelares que pongan en crisis su normal desenvolvimiento;<sup>27</sup>
- la trascendencia económica del deudor dentro del marco social en el cual se desempeña (no es lo mismo juzgar una empresa de prestación de servicios radicada en la Capital Federal que emplea veinte trabajadores, que otra empresa de procesamiento avícola que otorga empleo a todo un pueblo);
- la conducta procesal del deudor durante el desarrollo de su trámite concursal;<sup>28</sup>

---

<sup>27</sup> Algún autor ha postulado incluso la inembargabilidad de las cuentas bancarias entendiendo por éstas no a las inversiones o plazos fijos, sino a las cuentas corrientes, cajas de ahorro, cuentas sueldo, cuentas de la seguridad social, cuentas judiciales) que son esenciales para el desarrollo de cualquier actividad económica. Hacia la necesaria declaración de inembargabilidad de las cuentas bancarias. O la muerte civil por imposibilidad de llevar adelante cualquier actividad económica. Fushimi, Jorge Fernando, Publicado en: RDCO 300, 10/02/2020, 145. Cita Online: AR/DOC/151/2020.

<sup>28</sup> La idea de merecimiento contenida en el art. 61 de la Ley 19.551 ha quedado desterrada con la reforma den 1985 que dio origen a la ley 24.522. Sin embargo, esta pauta de valoración se ha visto por ejemplo en

- la conducta empresarial del deudor. En este punto cobran especial relevancia los informes sindicales en tanto contienen información objetiva y técnica que vienen en auxilio del órgano jurisdiccional

Debe tenerse presente que en algunos casos, cuando se trata del dictado de decisiones cuya aplicación podría suponer un condicionamiento de otros derechos (por ejemplo, suspensión del trámite de un pedido de quiebra respecto de un deudor que está tramitando su proceso concursal, interín el deudor obtiene las mayorías para alcanzar la homologación de su propuesta de acuerdo; diferimiento o postergación en el dictado de medidas cautelares en resguardo del cobro de créditos post concursales), se aprecia necesario que las mismas se mantengan *rebus sic stantibus*.

En ese escenario la nota de provisoriedad apunta a resguardar la constitucionalidad de la decisión.

A los puntos señalados, y en virtud de los tiempos que corren, se agrega una vieja pero vigente idea de Cámara<sup>29</sup> a partir de la cual, la quiebra como regulador del fenómeno patológico de la insolvencia carece de razón, debiendo buscar nuevas soluciones para resolver las dificultades patrimoniales. Más allá de que esta afirmación puede resultar discutible<sup>30</sup>, el particular escenario nacional e internacional derivado de la pandemia, exige que las soluciones apunten en lo posible a una renovación de la actividad económica. Especialmente, cuanto la tarea legislativa, viene demorada.

---

el conocido fallo Línea Vanguard de la Sala C que ponderó en la decisión (no como argumento dirimente pero sí adicional) los *peculiares antecedentes* del proceso: donde las mayorías habían sido alcanzadas apenas superando los mínimos legales y estaba representada en el caso por acreencias sospechadas de connivencia entre la concursada y los supuestos acreedores.

<sup>29</sup> Cámara, Héctor, La falencia de la falencia, RDCO 1980-393

<sup>30</sup> No se desconoce que en ciertos casos la declaración de quiebra es saludable. La idea del fresh start propugnada por Dasso, también es aplicable a la quiebra por cuanto contiene la idea de un nuevo punto de partida para quien está incurso en cesación de pagos y que encuentra en la declaración de quiebra la herramienta legal adecuada para lograr -en el futuro- el saneamiento de su patrimonio; lo que en definitiva redundará en beneficio de la economía en su conjunto, aún a costa de cierto sacrificio de los acreedores.