

DECONOMI

“La insoportable levedad de Orden Público Concursal”¹

por Lorente Javier Armando

I. Introducción:

Probablemente, antes de hacer un introito al tema bajo análisis, deba aclarar que el título que originariamente había imaginado para la presente ponencia era más atrevido: ¿existe hoy Orden Público Concursal? Ello así por cuanto es título finalmente elegido presume una noción preliminar: que el Orden Público Concursal sigue existiendo aún hoy. Y tal asección, en sí misma, podría ser motivo de discusión académica o teorizaciones.

Como sea, aun suponiendo que sí existe –hoy- algo llamado Orden Público Concursal, su correcta caracterización es bien difícil.

Habiendo ya casi transcurrido el primer cuarto del siglo XXI, y atendiendo a la innegable tendencia global del derecho de la insolvencia moderno de facilitar al máximo la composición privada de los múltiples intereses patrimoniales afectados por la insolvencia o crisis de un determinado patrimonio, junto al advenimiento de nuevos y disruptivos aspectos tecnológicos aplicables a los procedimientos concursales, es indispensable repensar y poner en su justo quicio el actual concepto de Orden Público Concursal. Para ello se proponen aquí dos ideas básicas: 1) salirse del modelo de un concepto de orden público concursal nacido al calor de escenarios jurídicos, sociales y políticos caducos y 2) la utilización prudente y restringida de este concepto para alcanzar interpretaciones no previstas ni en la ley ni resultantes de la legítima voluntad de las partes interesadas en los procedimientos concursales.

Y si acaso habrá tantas conceptualizaciones del Orden Público Concursal como intérpretes², creemos que debemos remontarnos hacia atrás y partir de un

¹ Parfraseando el título de la novela de Milan Kundera publicada en 1984.

² El más completo trabajo de doctrina sobre el Orden Publico Concursal en Argentina, indudablemente es el producido por Pablo D. HEREDIA, "Orden Público en el Derecho Concursal", LA LEY 19/11/2015, 1 LA LEY 2015-F, 960, cita: TR LALEY AR/DOC/4038/2015. El autor citado, con una profusa cita de autores nacionales y extranjeros (como nos tiene acostumbrados en sus obras) postula, probablemente producto de la influencia de la doctrina



DECONOMI

problema aún mayor, que es llegar a un mínimo consenso sobre que es el ORDEN PÚBLICO “a secas”.

A este efecto, y apalancados en algún pronunciamiento jurisprudencial, diremos que el orden público es el conjunto de condiciones fundamentales de vida social instituida en una comunidad jurídica las cuales por afectar centralmente la organización de estos no pueden ser alteradas por la voluntad de los individuos ni, en su caso, por la aplicación de normas extranjeras. Para concluir: "las leyes de orden público son aquellas que receptan los principios sociales, políticos, económicos, morales y religiosos cardinales de una comunidad jurídica cuya existencia prima sobre los intereses individuales o sectoriales"³.

En sentido similar, en sede de la Justicia Nacional en lo Comercial, se definió al “orden público” como el conjunto de condiciones fundamentales de la vida social instituida en una comunidad jurídica que, por afectar centralmente su organización, no pueden ser alteradas por la voluntad de los individuos ni por una sentencia⁴.

Y, para ir despejando interrogantes, la existencia de un orden público es irrefutable y el mismo es de fuente necesariamente legislativa (y no sujeto a instauración pretoriana o doctrinaria), y nos lo representamos como aquel plexo legal contenedor de un conjunto de principios de orden superior estrechamente vinculados a la existencia y conservación de la organización social establecida y limitadora de la autonomía de la voluntad.

La propia existencia del Orden Público (“a secas”) emana, entre otros, del Art. 517 del CPCCN cuando sujeta el reconocimiento de la fuerza ejecutoria de una sentencia extranjera a que esta "***no afecte los principios de orden público del derecho argentino***", norma que no solo encuentra un correlato en la Convención de Nueva York de 1958, sino también "en una abrumadora cantidad de convenios bilaterales e internacionales suscriptos por nuestro país, en

italiana, una interpretación más “expansiva” del orden público concursal que aquella que esbozamos en este ensayo.

³ Cám. Apel. Civ., Com. Y Minería de San Juan, 6 de marzo de 2009, Id SAIJ: SU50007494.

⁴ Del fallo de primera instancia reproducido por la CNCom. Sala E, expte. 27927/2015 Incidente N° 195, “RASIC HERMANOS S.A. s/QUIEBRA s/ Incidente DE ACTUACIONES TRANSITORIAS”.



DECONOMI

concordancia con la gran mayoría de las legislaciones internas que supeditan el reconocimiento y la ejecución de las decisiones foráneas a la condición de que no afecten el orden público o las políticas públicas fundamentales de los respectivos países"⁵.

Pero aun siendo innegable su existencia, el concepto mismo de orden público no es definido ni por nuestra Constitución Nacional ni, hasta donde alcanza mi conocimiento, por ninguna ley inferior, y lo que sí se puede afirmar sin resquicio de duda es que la doctrina especializada que ha tratado el tema coincide en que es un concepto **difuso, amplio e impreciso**.

Y en otro aspecto sobre el que ha reflexionado la doctrina iuspublicista es que el concepto de "orden público" suele tener significaciones distintas en el transcurso del tiempo. Así, el concepto de una cierta época puede dejar de serlo en otra, en la medida que surjan nuevos antecedentes que hagan cambiar la realidad. Por tanto, el orden público sería **adaptable** a las necesidades y requerimientos de la comunidad según cada momento histórico.

II. La insoportable levedad del concepto del orden público concursal:

Y si extrapolamos estas características del Orden Público general, al caso particular del Orden Público Concursal, y partiendo de la premisa de que sí existe tal cosa, el concepto mismo del Orden Público Concursal se torna aún más difuso, más amplio y más impreciso que el del Orden Público "a secas".

Y, por cierto, MUCHISIMO MÁS PROCLIVE A MUTAR con el paso del tiempo.

Se nos ocurren pocos ámbitos normativos dentro del derecho privado más susceptible (reactivo) a los cambios institucionales, políticos, económicos y/o sociales que el derecho de la insolvencia. A modo de mero ejemplo, puede afirmarse que el otrora extremo publicismo concursal del sistema jurídico argentino es innegablemente tributario del modelo italiano⁶. Así las cosas, es

⁵ Voto del juez Rosatti, in re "Deutsche Rückversicherung AG c/ Caja Nacional de Ahorro y Seguro en liquidac. y otros s/ proceso de ejecución", 24/9/2019, Id SAIJ: SUA0079598.

⁶ Según Osvaldo Maffía (Maffía, Osvaldo J., Maffía María Ofelia B. de *Legislación concursal. Introducción histórico-crítica* Víctor P. de Zavallá 1979) el proyecto legislativo que finalmente se



DECONOMI

obvio que el orden público de la *Legge Fallimentaria* de 1942 dictada durante un gobierno autoritario y fascista no es el mismo orden público concursal que exhibe el actual *Codice della Crisi e dell' Insolvenza*, en vigor desde 2021.

De igual manera, debería resultar obvio que el alcance del orden público concursal de la LC de 1972 (ley 19.551) y su reforma de 1982 (ley 22.917) - dictadas ambas durante gobiernos de facto- definitivamente no puede tener la misma gravedad que en la ley 24.522 de 1995 y sus sucesivas reformas dictadas durante gobiernos democráticos, y mucho menos aún ya bastante adentrados en el siglo XXI.

Nótese que nuestro Máximo Tribunal ha sido en extremo celoso al utilizar, en singular, al referir al Orden Público Concursal en sus pronunciamientos, y las muy escasas veces que la CSJN ha mencionado en sus fallos al mismo ha sido exclusivamente en referencia a cuestiones de competencia. Sólo por citar los más recientes “Oil Combustibles”, 15/11/2017, Fallos: 340:1663 y “OCA - ORGANIZACION COORDINADORA ARGENTINA S.R.L.”, 31/10/2017, Fallos: 340:1547⁷.

En similar sentido se ha expresado la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, a través de distintas salas, para reafirmar –invocando el orden público concursal- la competencia del juez concursal para entender en cuestiones relativas a la inexcusable competencia del juez concursal para la admisión de pasivos a la masa concursal.

Por ejemplo, reafirmando que si a través de cierto incidente se perseguía la obtención de una sentencia verificatoria, es indudable que ese pronunciamiento debe necesariamente ser dictado por el Juez del concurso, quien es el único con potestad para admitir o rechazar la incorporación de créditos al pasivo concursal por los mecanismos específicamente previstos por la LCQ, so riesgo de afectar los principios de universalidad y concurrencia y la regla de la “par conditio creditorum” inherente al orden público concursal⁸.

convirtió en ley 19.551 fue inspirado en un intento legislativo paraguayo basado casi literalmente en el texto italiano de 1942.

⁷ Solo agrego el precedente “TERRAZAS AL MAR S.A. c/ s/QUIEBRA”, 3/04/2003, Fallos: 326:1069, por estricta razón de “vetetismo” profesional, por haber sido un caso que el propio autor de este ensayo llevó a la Corte Suprema con resolución favorable de la misma.

⁸ CNCOM, Sala A, 17.08.2006, en autos “Almiron, Mario Gabriel c/ MAEM S.A. y otro”.



DECONOMI

O, en su hora, también para refutar un planteo de innecesariedad de la verificación de créditos en razón de la existencia de un fuero arbitral, se sostuvo que ello importaría ignorar el carácter de orden público de la ley concursal, y la inexcusabilidad del sistema de admisión al pasivo concursal, concluyendo que más allá de la posibilidad de dejar el crédito sujeto a una condición, no existe base legal para abstraerse a las ya mentadas normas de orden público concursal que importan sanear un pasivo generado hasta determinada fecha⁹.

En cambio, con algo más de amplitud, la CSJN se ha referido en PLURAL a la existencia de “principios” de orden público concursal. Así, ha expresado nuestro Tribunal Cintero: “... **los principios** básicos y de orden público del procedimiento concursal que tienden a asegurar el derecho de propiedad, la igualdad de tratamiento, el debido proceso y la defensa en juicio de los derechos de todos los acreedores...”¹⁰ “El procedimiento concursal se asienta en **principios** de orden público que intentan proteger los derechos e intereses del conjunto de los afectados por la situación particular de cesación de pagos en que incurre el deudor, y a tal fin ordena el ejercicio de las pretensiones promovidas contra el mismo y su satisfacción, mediante un procedimiento obligatorio para todos los acreedores, de carácter colectivo y universal, que atañe a la totalidad del patrimonio del deudor, prenda común de todos los acreedores y garantía de satisfacción de sus créditos...”¹¹

Antes, en un muy recordado precedente, la CS también había referido a “**los principios generales** que sostienen el procedimiento concursal que son de orden público y tienden a asegurar el derecho de propiedad, la igualdad de tratamiento, el debido proceso y la defensa en juicio de los derechos de todos los acreedores”¹².

⁹ CNCOM, Sala B, 08.05.2013, en autos “Club Ciudad de Buenos Aires Asociación Civil c. YPF S.A s/ acción declarativa (art. 322 cód. proc. civil)”.

¹⁰ “Banco Sidesa S.A. s/ quiebra”, 05/04/2005, Fallos: 328:637.

¹¹ Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema in re “FLORIO Y COMPAÑIA I.C.S.A. c/ s/CONCURSO PREVENTIVO S/ INCIDENTE DE VERIFICACION DE CREDITO POR NIZ ADOLFO RAMON”, 15/04/2004, Fallos: 327:1002

¹² “COLLON CURA S.A. S/ QUIEBRA c/ s/INCIDENTE DE REVISION POR EL BANCO DE HURLINGHAM S.A.”, 03/12/2002, Fallos: 325:3248 para declarar la arbitrariedad de un pronunciamiento que había establecido que resultaba suficiente el título verificadorio una sentencia ejecutiva, con fundamento en la intervención que le cupo en el juicio ejecutivo al fallido



DECONOMI

Y quizás el más relevante antecedente de nuestra Corte Suprema, que vale la pena rescatarse en este estadio evolutivo del concepto de Orden Público Concursal, es aquel donde se marcó el límite de tan difuso concepto, expresándose que no siempre se halla comprometido el orden público cuando una decisión repercute -directa o indirectamente- en la composición del activo o pasivo concursal, pues lo contrario equivale a **sostener que todo es orden público**, lo que **desvanece su límite, vaciándolo de contenido**¹³ (el resultado me pertenece).

Sin negar que existen porciones de nuestro ordenamiento concursal que son claramente de orden público, resulta un notable desatino afirmar que toda la ley de concursos y quiebras es de orden público.

La LCQ ciertamente establece normas que abrazan principios que podemos llamar de “orden público concursal”, y son aquellas que están previstas para proteger los derechos e intereses del conjunto de los afectados por la situación particular de cesación de pagos en que incurre el deudor.

Pero una cosa es reconocer el tinte de “orden público concursal” en normas expresas de la LCQ (vgr., art. 52 inc. 4º, por quizás ser el más emblemático)¹⁴ y otra muy distinta es fantasear soluciones no previstas en la LCQ o contrarias a la autonomía de la voluntad de las partes interesadas en un proceso concursal, remitiéndonos al impreciso orden público concursal.

El “orden público concursal” no puede ni debe usarse como una suerte de palabra mágica para no hacer lo que es debido o lícito o conveniente para la masa de acreedores.

¹³ Voto de los Dres. Ricardo Levene (h.), Mariano Augusto Cavagna Martínez, Rodolfo C. Barra y Enrique Santiago Petracchi, in re “Lamparter, Ernesto Juan c/ Baldo José Juan y Sánchez, Herminda Norma s/ daños y perjuicios”, 06/10/1992, Fallos: 315:2255

¹⁴ El orden público concursal, entendido como un orden público económico, el cual constituye un relevante elemento de juicio a la hora de resolver -como en el caso- sobre la homologación de la propuesta de acuerdo en un concurso preventivo, el cual no sólo se halla orientado hacia intereses privados de los acreedores, sino que repercute dentro del ámbito de la actividad económica y social donde esta situación se exterioriza causando mayor o menor perturbación (cfr. Heredia, “Orden Público en el Derecho Concursal”, La Ley, 19.11.15), CNCom., Sala E, expte. 7214 / 2018, “MENUDENCIAS S.A. s/CONCURSO PREVENTIVO”, 23.02.2021.



DECONOMI

Las exageraciones en materia de alcance y aplicación del orden público (en la especie, el concursal) son sumamente peligrosas, mucho más si lo son sobre cuestiones esencialmente económico-patrimoniales.

Así, con acierto se ha dicho que el denominado orden público concursal es esencialmente económico y está configurado por la protección del activo concursal y el adecuado tratamiento de los créditos concursales¹⁵.

De allí que no podemos compartir la caracterización que se ha hecho de la ley concursal como de orden público, sólo en virtud de los intereses plurales que resultan involucrados ante el fenómeno de la insolvencia: (i) el interés particular del deudor; (ii) el interés particular de los acreedores; (iii) el interés de los trabajadores, que tiene connotaciones sociales, porque pueden perder la fuente de ingresos para alimentar a su familia; (iv) el interés del Estado ante la repercusión que produce la desaparición de agentes económicos o la desprotección del crédito; (v) el interés general de la sociedad en que no se afecte la paz social y el orden público económico¹⁶. En el mejor de los casos esto denotaría el “interés público” que definitivamente conlleva el ordenamiento concursal, pero no necesariamente su carácter de “orden público”.

Antes que una caracterización generalizada como de “orden público”, nos inclinamos más por la descripción que hace Angel Rojo en el sentido que el derecho concursal involucra esencialmente intereses privados y, en su caso, atañe más al “interés general” que al “orden público. Concluye el profesor español que todos los intereses que convergen en la crisis empresarial o en la insolvencia en general son dignos de ser tutelados en mayor o menor medida. Y la patología que exige la protección de los mismos, no queda regida sólo dentro

¹⁵ CNCom., Sala E, expte. 27927/2015 Incidente N° 195, “RASIC HERMANOS S.A. s/QUIEBRA s/ Incidente DE ACTUACIONES TRANSITORIAS”. En la especie, la Alzada confirmó el rechazo de un planteo de nulidad introducido por el Ministerio Público articulado sobre una presunta violación del orden público concursal, sosteniendo la Magistrada de primera instancia que “la nulidicente sólo se limita a afirmar, en forma dogmática, la violación del mismo [el orden público concursal] sin mayor precisión”. Para sostener luego “la nulidad del procedimiento no es procedente si la desviación jurídica no tiene trascendencia sobre las garantías esenciales de defensa en juicio, por cuanto las nulidades no tienen por finalidad satisfacer caprichos formales sino enmendar los perjuicios efectivos que hubieren surgido de la desviación de los métodos de debate”.

¹⁶ Fiscalía General de la Cámara de Apelaciones en lo Comercial (Alejandra Gils Carbó), 24.09.2008, en el dictamen de los autos “Supercanal SA s/ concurso preventivo”.



DECONOMI

del derecho concursal, sino que también existe un derecho preconcursal o paraconcursal¹⁷

Como bien lo ha advertido Maffía, la lectura de fallos y doctrina relacionada con el derecho concursal muestra, un uso peligrosamente indistinto (casi promiscuo, agregamos nosotros) de expresiones tales como interés público (por oposición al interés privado), carácter publicístico de la ley concursal, oficiosidad y orden público¹⁸.

Afirma Heredia¹⁹ que no es ocioso observar, en fin, que la frecuente cita que en fallos y escritos jurídicos se hace del interés público (o general) y del orden público como conceptos equivalentes o que se identifican, aunque tiene apoyo en célebres autores (Planiol, Ripert, Despagnet), pero la misma no resulta adecuada como lo ha enseñado Llambías²⁰, aunque las normas concursales ciertamente se enderecen a brindar tutelas específicas y amplias a uno y a otro²¹.

Por otra parte, con acierto, se ha destacado que los jueces concursales tienen facultades oficiosas ausentes en otros procesos judiciales y a tal fin, debido al contenido de orden público del proceso concursal pueden ordenar innumerables medidas de impulso de la causa, a los fines de investigar cuestiones vinculadas con el desenvolvimiento mercantil o patrimonial del concursado y de evitar fraudes o la descomposición indebida del activo concursal (conf. Junyent Bas, F. y Molina Sandoval, C., Ley de concursos y quiebras comentada, t. II, ps. 596/597, Buenos Aires, 2003). Como lo ha expresado un conocido autor, la de los jueces concursales "...es una conducción franca, de índole ricamente inquisitiva: el juez lo ordena paso tras paso sin necesidad de que le fuera pedido, sea por el síndico, sea por interesados particulares como el

¹⁷ Rojo, Angel, "Crisis de la empresa y de los procedimientos concursales", R.D.C.O., 1981-269.

¹⁸ MAFFIA, Osvaldo J., "Derecho Concursal", Depalma, Buenos Aires, 1993, t. I, p. 71, citado por HEREDIA, Pablo D., "Orden Público en el Derecho Concursal", LA LEY 19/11/2015, 1 LA LEY 2015-F, 960,

¹⁹ HEREDIA, Pablo D., "Orden Público en el Derecho Concursal", LA LEY 19/11/2015, 1 LA LEY 2015-F, 960.

²⁰ LLAMBÍAS, Jorge J., "Tratado de Derecho Civil - Parte General", Editorial Perrot, Buenos Aires, 1980, t. I, ps. 159/160, n° 188. En el mismo sentido: CNCom, Sala D, 31/3/2008, "Cablevisión S.A. s/ acuerdo preventivo extrajudicial", considerando 30. (32) ALEGRIA, Héctor, "Algunas cuestiones de derecho concursal", Ábaco, Buenos Aires, 1975, ps. 56/58, citados por HEREDIA, op. cit..

²¹ ALEGRIA, Héctor, "Algunas cuestiones...", ps. 56/58, citado por HEREDIA, op. cit..



DECONOMI

concurado, sea por los acreedores, u otros a quienes el proceso afecta. La instrucción judicial inquisitiva es clara..." (Maffía, O., El juez del concurso — Particularidades del magistrado concursal y referencias someras al procedimiento, ED 178-1169, espec. p. 1174)²².

Reconociendo lo obvio, esto es, que el orden público, como instrumento de política jurídica, tiene un fin último bien claro: poner límites al juego irrestricto de intereses individuales que encauza la autonomía privada, no debe perderse de vista que la tendencia jurídica, social y política mundial actual, no sólo en el ámbito del derecho privado, sino también en el derecho público, es respetar al máximo la autonomía y libertad de las personas.

Así las cosas, un uso desviado del “orden público concursal” como una especie de “abracadabra” para eludir la aplicación de una norma legal y/o de respetar la convención de partes interesadas es completamente disfuncional hoy en el Siglo XXI.

Una cosa es poner límites a la autonomía privada y a los intereses individuales y otra muy distinta es suprimirlos por completo.

En los últimos veinte o más años se advierte una tendencia inocultable en el derecho concursal comparado, tanto en lo relativo a reformas a los textos concursales vigentes en cada país, como así también al *soft law*²³ proveniente de entidades supranacionales (vgr. Guía Legislativa de UNCITRAL del año 2004 –con sus ulteriores ajustes²⁴- y/o sus Leyes Modelo, los Principios de Insolvencia del Banco Mundial²⁵ de 1997 –con su más reciente ajuste de 2021-, la Directiva Comunitaria europea de 2019²⁶) a receptar soluciones aplicables a los

²² CNCOM, Sala D, 24.10.2006, en autos “Cablevisión SA s/ acuerdo preventivo extrajudicial”.

²³ Que podríamos referir como recomendaciones legislativas.

²⁴ Guía Legislativa de la Comisión de la Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) sobre el Régimen de la Insolvencia (en adelante la “Guía”), cuyas partes primera y segunda datan del año 2004; para luego agregarse una tercera parte sobre el trato otorgable a los grupos de empresas en situaciones de insolvencia (año 2010); una cuarta parte sobre las obligaciones de los directores en el período cercano a la insolvencia (incluidos los grupos de empresas) del año 2019; y una quinta (y al día de hoy última) parte sobre el régimen de la insolvencia para microempresas y pequeñas empresas, que vio la luz en el año 2021.

²⁵ Principios y directrices del Banco Mundial sobre sistemas eficaces de protección de los derechos del acreedor y para casos de insolvencia.

²⁶ Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la anterior Directiva (UE) 2017/1132 (Directiva



DECONOMI

patrimonios en crisis cada vez más alejadas del intervencionismo público y, de modo inversamente proporcional, cada vez más respetuosas de la libre composición de los intereses privados –estrictamente patrimoniales- afectados por la insolvencia.

Como prueba de esta tendencia mundial, y si acaso es cierto que “para muestra basta un botón”, van a continuación TRES “botones” del más moderno derecho concursal que están en las antípodas de una periclitada visión publicística del derecho concursal, a saber: 1) el crecimiento acromegálico que han tenido en todas las legislaciones concursales comparadas las soluciones dentro de la llamada “pre insolvencia”, especialmente el desarrollo y reconocimiento casi irrestricto de los denominados *workouts*, esto es, reorganizaciones privadas de deuda, totalmente consensuales, con escasa o inexistente intervención estatal, que mayorías de acreedores imponen al resto²⁷; 2) la generalizada utilización de mecanismos no jurisdiccionales de resolución de conflictos (Métodos Alternativos de Resolución de Disputas o ADR por sus siglas en inglés) dentro de los procesos concursales, tales como mediación, conciliación y arbitraje²⁸; y 3) el desembarco (relativamente reciente) en la legislación comparada del *cross-class cramdown* del derecho concursal norteamericano, donde algunas clases de acreedores (cumpliendo algunos recaudos obviamente) pueden imponer propuestas concursales a otras clases diferentes de acreedores.

Al respecto, transcribimos textual una cita de Heredia²⁹ que nos resulta muy gráfica respecto de cómo muta el interés público (que más arriba hemos

sobre reestructuración e insolvencia). Aunque esta Directiva, para los miembros de la Unión Europea es bastante más que *soft law* pues están obligados a trasponer a sus legislaciones nacionales tales directrices.

²⁷ A esto sí se denomina *cramdown*, no como errónea y tozudamente intentamos rotular al instituto de nuestro art. 48 LCQ

²⁸ Cuestión sobre la que vengo pregonando en Argentina, sin éxito alguno desde el año 2000 en *LEY DE CONCURSOS Y QUIEBRAS. Comentada y Anotada*, Ediciones Profesionales Gowa, Tº 1, Art. 1 a 76,; para luego insistir en *Aplicación de Métodos Alternativos de Resolución de Disputas (Mediación y Arbitraje) en los Conflictos Concuriales*, en el Libro Resoluciones Alternativas de Conflictos en la Crisis de la Empresa y el Consumidor, Reconocimiento a la trayectoria del Dr. Francisco Junyent Bas, Dir. Carlos Roberto Antoni Piossek, año 2009, Colegio de Abogados de Tucumán, pág. 255; y más recientemente en *¿Es acaso un delirio reclamar la aplicación de la mediación a la materia concursal?*, en Revista Doctrina Societaria y Concursal ERREPAR, N° 382, Septiembre 2019, págs. 803 a 816.-

²⁹ HEREDIA, Pablo D., "Orden Público en el Derecho Concursal", LA LEY 19/11/2015, 1 LA LEY 2015-F, 960.



DECONOMI

referido que no debe confundirse con el orden público) con el transcurso del tiempo: A todo evento, esa prevalencia del interés público admitida por nuestra jurisprudencia no puede entenderse como una regla general válida "a priori" para cualquier cuestión interpretativa, siendo necesario distinguir cada fase del procedimiento, como con equilibrado juicio ha postulado Bonsignori³⁰. Así, por ejemplo, derogada en nuestro derecho la facultad del juez para examinar si la propuesta concordataria está o no de acuerdo con el interés general³¹, parece claro que en la etapa homologatoria la idea de una prevalencia del interés público no es nítida, máxime observando que cuando el desarreglo económico es removido por la voluntad de los acreedores, no se aprecia qué es lo que queda por hacer para satisfacer, además, el interés público³². Esa derogación de la facultad judicial e igualmente el pasaje de un criterio rígido a uno de mayor libertad en la determinación de la propuesta del concordato que presenta nuestro actual derecho concursal (posibilidad de propuestas diferenciadas por clases de acreedores; desaparición de un mínimo exigible para la propuesta de quita; etc.), muestra una evolución similar a la del derecho italiano, caracterizada por la aparición de un nuevo equilibrio entre el interés público y la conveniencia de la mayoría de los acreedores en la indicada fase del procedimiento³³.

III. La necesaria aplicación restrictiva del Orden Público

Concursal:

Para concluir, traemos dos claros ejemplos de cómo debe usarse el concepto de Orden Público Concursal como excepción a la aplicación de una

³⁰ BONSIGNORI, Angelo, ob. cit., t. IX, ps. 117/119, n° 10, citado por HEREDIA, op. cit..

³¹ Recuerda Heredia al respecto que el art. 61, inc. 1°, de la ley 19.551, derogado por la ley 24.522, aludía al "interés general" como elemento de juicio que debía tener el juez a la hora de decidir sobre la homologación de la propuesta de acuerdo en un concurso preventivo. En este sentido, el magistrado debía valorar si el acuerdo atendía al "bien común" —conf. 1a. inst. Comercial, Juzgado n° 13, firme, del 29.12.81, in re "Di Paolo Hnos. S.A.", en LL 1984-A, pág. 368— antes que al interés privado del deudor y de sus acreedores — conf. C. 5a. CC Córdoba, in re "Robert", LL 1981-C, 510—, siendo el interés protegido, en definitiva, el del comercio interior de la República —conf. C.1a.CC Mercedes, del 23.3.76, JA 1977-III, 252—. En esta materia, se afirmaba, los intereses sociales debían concebirse por encima del interés que pudiera tener la mayoría de acreedores en salvar de la quiebra a quien no merecía la homologación del concordato —conf. S.C.Bs.As. del 11.9.79, LL 155-513—.

³² HEREDIA, Pablo, "Tratado exegético de derecho concursal", Ábaco, Buenos Aires, 2000, t. II, p. 211.

³³ VILLANACCI, Gerardo, *El concordato preventivo*, Cedam, Padova, 2010, p. 4, n° 1, citado por HEREDIA, "Orden Público ...".



DECONOMI

solución normativa expresa y/o a un acuerdo consensual derivado del principio de libertad y autonomía de la voluntad.

Nos referimos a la denominada “Excepción de orden público” contenida en el art. 6º de la Ley Modelo de la CNUDMI (UNCITRAL) de 1997 sobre la Insolvencia Transfronteriza y Guía para su incorporación al derecho interno e interpretación³⁴, que textualmente dice: *Nada de lo dispuesto en la presente Ley impedirá que el tribunal se niegue a adoptar una medida en ella regulada, de ser esa medida **manifiestamente** contraria al orden público de este Estado.* (el **resaltado** me pertenece)

Así las cosas, no con cualquier vana referencia al orden público se puede evitar el reconocimiento de una medida expresamente prevista en la Ley Modelo por parte de un Estado adherente, sino que, si acaso se va a utilizar el argumento que la medida que se pretende repudiar lo es por ser contraria al orden público del país anfitrión, entonces tal contrariedad al orden público debe ser grave, tal lo que se sigue de la modalización “manifiestamente” contraria a.

En idéntico sentido, el Capítulo 15 del Código de Bancarrotas de Estados Unidos, que incorporada en el año 2005 receptó la Ley Modelo de UNCITRAL, también recoge idéntica solución restrictiva, en su Art. 1506, permitiendo a Juez de EE.UU. sólo negarse a aplicar una solución concursal extranjera cuando la misma fuera manifiestamente contraria al orden público de los Estados Unidos³⁵.

Los escasísimos precedentes jurisprudenciales de EE.UU. donde se ha recurrido a la tal excepción de orden público³⁶, como así también los autores, describen la carga excepcionalmente alta que se debe superar para demostrar que una medida solicitada en el marco de un caso del Capítulo 15 no sea otorgada por considerarla manifiestamente contraria al orden público³⁷, y que

³⁴ <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/1997-model-law-insol-2013-guide-enactment-s.pdf>

³⁵ Bankruptcy Code, Section 1506 (the “Public Policy Exception”) ... *manifestly contrary to the public policy of the United States.*

³⁶ Sólo se utilizó exitosamente en dos: In re Toft, 453 BR 186 (Bankr. SDNY 2011) e In re Gold & Honey, 410 BR 357 (Bankr. SDNY 2009), y fue motivo de aplicación en instancias inferiores, pero no convalidado por la Alzada In re Vitro SAB de CV e In re Qimonda AG Bankr. Litig.

³⁷ Ronit J Berkovich and Olga F Peshko, *The High Burden to Satisfy the ‘Manifestly Contrary to Public Policy’ Standard of Chapter 15*, Diciembre 15, 2020, <https://globalrestructuringreview.com/review/restructuring-review-of-the-americas/2021/article/the-high-burden-satisfy-the-manifestly-contrary-public-policy-standard-of-chapter-15>



DECONOMI

claramente por orden público no debe entenderse todas (o cualquiera de) las leyes de los Estados Unidos sino que a las “políticas más fundamentales de los Estados Unidos”³⁸, ello a partir de la propia expresión “manifiestamente” lo que fue motivo de expreso análisis durante el debate legislativo³⁹.

Para terminar, sólo referiremos a tres de los precedentes judiciales norteamericanos donde se analizó la excepción de orden público de la Sección 1506 del USBC, aludidos y analizados todos ellos por los autores citados en la nota al pie 36⁴⁰.

El caso “Toft” se trataba de un proceso de quiebra en Alemania de una persona humana, concretamente un profesional médico, donde un Juez concursal (Distrito Sur de Nueva York) se negó a reconocer bajo el Cap. 15 el procedimiento de insolvencia alemán pues él único propósito del mismo era permitir al administrador concursal alemán obtener acceso a las cuentas de correo electrónico que el médico fallido tenía almacenadas en servidores estadounidenses. El Tribunal entendió que la medida buscada estaba prohibida por la legislación estadounidense y que incluso podría dar lugar a responsabilidad penal para quienes la llevaran a cabo. La captura de correos electrónicos no sólo comprometía directamente el derecho a la privacidad del individuo (4ª Enmienda Const. EE.UU.) y, en la especie, su obligación de mantener el secreto profesional, sino que además suponía otorgar al administrador concursal extranjero una facultad más extensa que las otorgadas por el *Bankruptcy Code* a un *Trustee* de EE.UU. ya que este “no tiene derecho a una orden de registro según las Reglas Federales de Procedimiento Penal”⁴¹.

³⁸ While not dispositive, a ‘prerequisite to applying section 1506 is that there exist[s] a conflict between foreign and US law.’, *Armada (Singapore) Pte Ltd v Shah (In re Ashapura Minechem Ltd)*, 480 BR 129, 139 (SDNY 2012). The public policy exception does not, however, extend to all US laws. While there is no statutory definition, “[t]he word “manifestly” in international usage restricts the public policy exception to the most fundamental policies of the United States’ *In re ABC Learning Centres Ltd*, 728 F3d at 309 (quoting UNCITRAL Guide, ¶ 89, UN Doc A/CN.9/442 (1997)); *In re PT Bakrie Telecom Tbk*, 601 BR 707, 714 (Bankr. SDNY 2019); *ASI, Inc v Foreign Liquidators (In re Manley Toys Ltd)*, 2019 US Dist. LEXIS 39023, at *15 (DNJ 12 March 2019); *Vitro, SAB de CV v ACP Master, Ltd (In re Vitro, SAB de CV)*, 473 BR 117, 123 (Bankr. ND Tex. 2012); *In re Ashapura Minechem Ltd*, 480 BR at 139.15], citados por Berkovich y Peshko, en el trabajo indicado en la nota anterior.

³⁹ HR Rep. No. 109-31, pt. 1, at 109 (2005).

⁴⁰ Ronit J Berkovich and Olga F Peshko, *The High Burden to Satisfy the ‘Manifestly Contrary to Public Policy’ Standard of Chapter 15*, Diciembre 15, 2020

⁴¹ *In re Toft*, 453 BR at 198.



DECONOMI

En el segundo caso donde se denegó el reconocimiento de un procedimiento concursal extranjero por considerárselo manifiestamente contrario al “orden público” de EE.UU. fue in re “Gold & Honey, Ltd”. Aquí el Juez concursal norteamericano (Distrito Este de Nueva York) se negó a reconocer un procedimiento concursal israelí basándose en la excepción de la sección 1506 del USBC. Los peticionarios del Capítulo 15 afirmaron, entre otras cosas, que eran co-administradores concursales⁴² de ciertos deudores respecto de los cuales ya se habían abierto en los EE.UU. procedimientos de reorganización concursal bajo el Capítulo 11 del USBC y que los mismos se encontraban tramitando y pendientes ante el mismo tribunal concursal de EE.UU.⁴³ La Corte concursal del Distrito Este de Nueva York resolvió que los peticionarios del Capítulo 15 habían sido designados como síndicos concursales en violación de la suspensión automática (*automatic stay*)⁴⁴ de acciones judiciales respecto de los deudores sujetos al procedimiento de insolvencia norteamericano del Capítulo 11 y por lo tanto afirmó: [r]el reconocimiento del Procedimiento Concursal Israelí⁴⁵ como un procedimiento extranjero sería manifiestamente contrario a la política pública de los Estados Unidos porque tal reconocimiento recompensaría y legitimaría ... una violación tanto de la suspensión automática como de las Órdenes de este Tribunal relativas a la tal suspensión⁴⁶.

Finalmente, y a su turno, en In re Vitro SAB de CV, un tribunal de Alzada (la Corte de Apelaciones del Quinto Circuito) si bien confirmó una decisión del Juez de Quiebras del Distrito Norte de Texas, por la que se negó, conforme a las secciones 1521, 1507 y 1506 del Código de Bancarrotas de EE.UU., a hacer cumplir un plan concursal mexicano que extinguía los derechos de los acreedores impugnantes contra subsidiarias del deudor concursado que NO estaban también concursadas, sosteniendo que dicha imposición no estaba justificada en los artículos del *Bankruptcy Code* invocados⁴⁷, y sosteniendo

⁴² *co-receivers*.

⁴³ In re Gold & Honey, Ltd, 410 BR at 360.

⁴⁴ Similar, bien que no idéntico, a la prohibición de deducir nuevas acciones contra el concursado que impone el art. 21 LCQ.

⁴⁵ *Israeli Receivership Proceeding*.

⁴⁶ [r]ecognition of the Israeli Receivership Proceeding as a foreign proceeding would be manifestly contrary to the public policy of the United States because such recognition would reward and legitimize . . . violation of both the automatic stay and this Court's Orders regarding the stay. In re Gold & Honey, Ltd, 410 BR at 371.

⁴⁷ In re Vitro, SAB de CV, 473 BR at 132.



DECONOMI

además el Tribunal inferior que la protección de créditos de terceros en un procedimiento de insolvencia (en concreto la protección contra liberaciones -o liberaciones no consensuales- de sujetos deudores no concursados) era una política pública fundamental de los Estados Unidos⁴⁸ y que, debido a que el plan concursal mexicano no reconocía tales protecciones, el mismo era "manifiestamente contrario a dicha política de los Estados Unidos". Específicamente el Tribunal de Alzada, aunque confirmó el fallo de la Corte concursal, no utilizó este último temperamento (el previsto en la Sección 1506) para convalidar el rechazo del plan concursal de Vitro.

⁴⁸ Lo que parecería haber obtenido el reciente respaldo de la Suprema Corte, en fallo sumamente dividido (5 a 4) en el pronunciamiento del 27.06.2024 in Re "Purdue Pharmaceuticals".

