



DECONOMI

REVISTA ELECTRÓNICA DEL DEPARTAMENTO DE
DERECHO ECONÓMICO Y EMPRESARIAL
FACULTAD DE DERECHO - UBA

AÑO IV - NÚMERO 11 - ABRIL DE 2021

DIRECTOR:
PROF. HÉCTOR OSVALDO CHOMER



DECONOMI

REVISTA ELECTRÓNICA DEL DEPARTAMENTO DE
DERECHO ECONÓMICO Y EMPRESARIAL
FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

D | **IFUNDIR**
E | **DUCHAR**
C | **APACITAR**
O | **RIENTAR**
N | **UTRIR**
O | **RDENAR**
M | **EDITAR**
I | **NVESTIGAR**

DECONOMI

Comité Editorial

Director general: Héctor Osvaldo Chómer

Director Área Comercial: Pablo Frick

Director Área Tributario: Eduardo Laguzzi

Director Área Recursos: Natalia Waitzman

Coordinador General: Rodrigo Jaime

Coordinadores:

María José Alzari

Rodrigo Bustingorry

Sara Llorente

Liliana Taverna

Comité de Honor:

Héctor Alegría

Salvador Bergel

Raúl Etcheverry

Rafael Manovil

Comité Académico:

Griselda Capaldo

Horacio Corti

Miguel De Dios

Leila Devia

Graciela Junqueira

Beatriz S. Krom

Silvia Nonna

Martín Paolantonio

Jorge S. Sicoli

Julia Villanueva

Las posturas doctrinarias expresadas en los artículos aquí incluidos son de exclusiva responsabilidad de sus autores y no necesariamente reflejan los puntos de vista del Departamento de Derecho Económico Empresarial de la UBA ni del Comité Editorial.

DECONOMI

ÍNDICE

<u>Nota introductoria: “¿Nuevos espacios de comunicación? La experiencia de <i>El Arca</i>”</u> por Héctor Osvaldo Chomer y E. Daniel Truffat	Pág. 5
Doctrina	
<u>“Pandemia. La prededucción y sus nudos”</u> por Ariel A. Dasso	Pág. 13
<u>“La Cooperativa de trabajo en la Ley Concursal: ¿Un instrumento en la crisis?”</u> por Patricia Fernández Andreani	Pág. 49
<u>“Propuestas desde <i>El Arca</i> para el régimen de los concursos y para la insolvencia en la emergencia?”</u> por Rafael Mallo	Pág. 66
<u>“¿Por qué presentar un plan en el concurso? ¿Es el plan mismo la propuesta de acuerdo que votar?”</u> por Alicia Susana Pereyra	Pág. 84
<u>“Grupos de empresas: concursos con consolidación procesal o consolidación sustantiva. Limitaciones a la actuación de los grupos en los procesos de insolvencia”</u> por Miguel A. Raspall	Pág. 97
<u>“Meditaciones sobre el bien jurídico que tutelaría un sistema concursal”</u> por Efraín Hugo Richard	Pág. 150
<u>“La concursalidad: ¿hacia un avance sobre las relaciones post concursales del deudor?”</u> por M. B. Fernanda Soria	Pág. 163
<u>“Patrimonios de afectación e insolvencia”</u> por Lidia Vaiser	Pág. 180

DECONOMI

NOTA INTRODUCTORIA

“¿NUEVOS ESPACIOS DE COMUNICACIÓN? LA EXPERIENCIA DEL ARCA”

por Héctor Osvaldo Chomer y E. Daniel Truffat

El sapiens –tras cientos de miles de años de evolución- empezó a hablar hace unos cincuenta mil años (aunque es posible que hubieran transcurridos larguísimas centurias de empleo de un protolenguaje que algunos autores ubican cien mil años atrás).

Lo cierto es que el lenguaje no es una propiedad exclusiva de nuestra especie. Los otros grandes simios, los delfínidos, ciertos mamíferos altamente evolucionados como los cánidos o los elefantes y algunas aves; tendrían la posibilidad de expresar situaciones objetivas o estados de ánimo –las viejas teorías deterministas de Pavlov están hoy en crisis-

Entendemos por lenguaje humano una aptitud natural del homínido conocido como sapiens (léase: las personas) que le permite expresar pensamientos y sentimientos en el marco de una cierta comunidad con la que se comparten los signos con los que se expresan tales pensamientos y sentimientos. La característica propia de este lenguaje es que permite hablar no solo de lo que percibimos por nuestros sentidos o por lo que conocemos por experiencias previas sino que admite convocar eventos, sujetos, cosas que no existen ni han existido. Esto es, el lenguaje humano admite un terreno simbólico, cuya máxima expresión sería la discusión sobre cuestiones abstractas.

El lenguaje, verbal y escrito, nos acompaña todos los días y en cada momento de nuestra vida (nos “oímos” pensar con palabras y construcciones en el idioma en que nos expresamos) y es el mecanismo más efectivo para sostener el mundo de interrelación social con las otras personas. Es obvio que también nos comunicamos gestualmente o a través de imágenes pictóricas o a través de la música; pero aunque grandes creadores puedan transmitir sensaciones y hacer “vivir” supuestos externos a través de otros medios (Vivaldi “nos instala” en la primavera, literalmente; y Tchaicovsky nos vuelve heroicos patriotas rusos

DECONOMI

frente a la Grande Armée napoleónica) el modo más específico de desentrañar ideas y posiciones sigue siendo el debate a través de palabras.

El covid 19 y su sorpresivo zarpazo al modo habitual de vida, el necesario enclaustramiento de los primeros meses, la saturación informativa sobre temas médicos y el avance de la peste, generaron “cápsulas” familiares donde seguramente mucho se habló, o mucho se calló; aptas –como regla- para el imprescindible sostén emocional (como el lenguaje de las hembras y las crías en la caverna prehistórica mientras esperaban que los machos volvieran con la caza y mientras se guarecían de las fieras carnívoras que rondaban y acechaban). El símil no es casual. Las casas cerradas y teóricamente protegidas por alcohol en spray y sanitizantes frente al virus que rondaba en el afuera, era la incubadora de vínculos subjetivos como había ocurrido decenas de miles de años en el pasado).

En tiempos de la red se abrió para cierta franja etaria (los más jóvenes siempre lo tuvieron a disposición) todo un universo de comunicación virtual. Y así - los contactos de amigos de toda la vida que reemplazaron el asado por un zoom-, el festejo del “zoompleaños” donde los abuelos veían a los niños de la familia soplar las velitas de la torta de cumpleaños, el contacto con familiares que quedaron allende los mares (imposibilitados de regresar o, al menos, sujetos a complejidades inimaginables cuando partieron) vinieron a atenuar la angustia de la distancia impuesta.

Los profesores grabaron clases y después advirtieron que era mejor “darlas en vivo” pero por zoom. Asimismo dieron conferencias en el extranjero, pero desde sus oficinas o despachos, sin viaje, sin amigos que los recibieran en el aeropuerto y se esforzaron en hacer cómoda la estadía mientras llegara el momento de exponer.

En ese escenario nació el Arca. Nació por un reflejo de los 2000. La crisis de la convertibilidad fue seguida (casi casi certificada) por una batería de leyes –en especial las alumbradas en lo que Maffía llamó “pesadilla de una noche de verano”, es decir las leyes 25.561, 25.562 y 25.563- y un sinfín de decretos de necesidad y urgencia.

DECONOMI

Ante el cierre de actividad industrial y comercial, de la necesaria asistencia estatal para el pago de salarios, de la existencia de un nuevo plan asistencial: el IFE, de la imposibilidad de despedir sin causa, de la duplicación de indemnización, etcétera era previsible que una vez que se produjera el descongelamiento del ASPO surgiría una catarata de concursamientos y ejecuciones.

Hoy sabemos que no la hubo. Porque el ASPO duró mucho hasta que mutó en DISPO y porque la política de los dadores de crédito ha sido de gran contención hasta hoy. Pero a principios de la “cuarentena” no se sabía. Y sonaba muy lógico proyectar legislación emergencial que se apalancara en los antecedentes de la 25.563 –evitando sus yerros y la necesidad que respecto de la primera llevó a su modificación por la ley 25.589-

En abril de 2020 y a instancias de uno de los autores del presente se armó un grupo de chat al que se llamó El Arca o Saliendo del Arca. Grupo dirigido a abogados de ejercicio, abogados empresarios, jueces, secretarios, contadores (en su mayoría síndicos) para invitarlos a pensar entre todos esa legislación emergencial. Y entendiendo –a partir de la metáfora de estar relativamente a salvo y confortable en la mejor área del Arca- que era importante y moralmente exigible dedicar nuestro tiempo (en esa época excedentario) a pensar normas concursales o societarias que ayudaran a la supervivencia de las sociedades afectadas por la crisis pandémica y de toda la tripulación del Arca que va en tercera clase, rodeada de las profundidades oceánicas, aterrada por los rumbos de agua, escuchando correr roedores por las vigas a la noche, comiendo comida mediocre y deseando un buen rato en la cubierta, cuestión de disfrutar del aire fresco.

Empezamos siendo sesenta. Y en su misma creación el Arca se apoyó en la Universidad Nacional de Córdoba, en el Instituto de la Empresa de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, en el Departamento de Derecho Económico y Empresarial de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y en el Instituto Argentino de Derecho Comercial. Nuestra presentación pública se hizo en la *Revista Electrónica* del citado Departamento en un artículo firmado por los mismos autores de este texto, ello durante el año 2020.

DECONOMI

Distintos miembros propusieron nuevos miembros. Hoy somos 234 miembros. El Arca es ferozmente federal, tiene absoluta pluralidad etaria y de género y un intenso compromiso con los valores que la informan: la adhesión a la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos y el gusto específico por el debate sobre el Derecho Mercantil. Hemos redactado proyectos de DNU y de Leyes –y los compartimos con el Gobierno Nacional y con los partidos de oposición-, hemos organizados debates, exposiciones y en estos días está en marcha un curso que a través del conversatorio de tres profesores y un coordinador asistirán –como trabajo preparatorio- al Congreso en ciernes de Bahía Blanca. Así se hará en veinte eventos (ello bajo el amparo de la Universidad Nacional de Córdoba); llevamos una bitácora de nuestras conversaciones –rectius, la lleva la esforzadísima y talentosa miembro de nuestro Puente de Mando, la Dra. Fernanda Cocco y la comparte con nosotros)

Muchos miembros que se fueron agregando recibieron una invitación específica contando qué era el Arca y cuáles son sus fines. Hemos elegido compartir uno de esos textos (el enviado a la Dra. Giovana Cristóforo) porque muestra claramente nuestro pensamiento: *“...Sabrás de Saliendo del Arca. Imagino. Un grupete de abogados, jueces, contadores para pensar normas de emergencia concursales y societarias. Mi expectativa y por eso los subí a este grupo es aprovechar vuestro tiempo y talento para diseñar “qué haremos cuando bajen las aguas” –en el plano jurídico, se entiende. Tal vez alguna de nuestras sugerencias le sirva al poder político para diseñar “cómo nos bajamos del arca”. Al final del día –y aún sintiéndonos encerrados y hasta hastiados- nosotros viajamos en camarotes de lujo. Demasiados compatriotas en la cubierta de tercera, con límites, miedos y filtraciones de agua que no padecemos. Ellos necesitan, aun más que nosotros, un desembarco no traumático”*

Hemos debatido ferozmente sobre concursos, sobre responsabilidad de administradores, sobre la reglamentación de la IGJ que impone paridad de mujeres en los directorios de ciertas sociedades (sobre el tema de la paridad y las normas CEDAW con más intensidad), sobre el destino de la Patria (esto con la prudencia que impone salirnos de nuestro cometido específico, pero inevitable precisamente por nuestro amor a ella), sobre el caso Vicentín, sobre leyes financieras varias, sobre el vínculo del fideicomiso y los concursos, sobre

DECONOMI

regulaciones de honorarios a los síndicos, sobre los tiempos abrumadores de los juicios; rendimos un justo homenaje al maestro Hugo RICHARD por sus cincuenta años en el IADC y también a tal querible institución, etcétera, etcétera. También hemos debatido o comentado sobre literatura, cine, series y todo eso que no es “propio” de un ámbito académico de discusión pero que hace a la naturaleza humana y que, mientras no se desborde, fortalece el espacio en vez de desvirtuarlo.

El Arca, además se ha convertido en algo así como un “ágora” donde se discute entre especialistas y donde se actuó con el fin de potenciar la acción digital de entidades tradicionales que siempre han funcionado presencialmente y obrando de modo vocacional como una suerte de agente digital de éstas (inicialmente y de modo determinante el Instituto de la Empresa de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba, convocando a su coordinadora y organizadora del sistema digital que desarrollaba desde principios del 2020). Allí se han “interconectado” otras instituciones: el Departamento de Derecho Privado Empresarial de la Facultad de Derecho de Universidad Nacional de Rosario, el Ateneo Jurídico de Rosario, el Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal, etcétera

Vale mencionar que el 13 de diciembre de 2020 –al informar a la Academia Nacional de Derecho de Córdoba- los Dres. Efraín Hugo Richard, la Dra. María Fernanda Cocco y uno de los autores de este trabajo, el Dr. Daniel Truffat, señalaron cuanto sigue (que es programa inmediato del Arca y los lineamientos de cómo discurrirán los próximos itinerarios de ésta- : *Estimados amigos: Tenemos el agrado de comunicarles que, a través de la dinámica de trabajo grupal caracterizadora de las actividades que nos aglutinan, hemos trazado un plan de navegación y lo compartimos con ustedes. PLAN DE NAVEGACIÓN. I - OBJETIVO: Apoyar los Congresos Iberoamericano de Derecho de la Insolvencia (Bahía Blanca, octubre 2021), y de Derecho Societario y de la Empresa (Córdoba, octubre 2022), con un Ciclo de Conversatorios de “Empresa y Crisis. Propuestas innovadoras pensando el derecho comercial para la Argentina” y con los tradicionales encuentros del Seminario del Instituto de Derecho Comercial todos los MIÉRCOLES a las 18 hs. a partir de mediados de febrero. Dos miércoles están destinados a los encuentros del Seminario, otro*

DECONOMI

miércoles está asignado al Instituto de la Empresa, y el restante miércoles al Ciclo de Conversatorios. Oportunamente se comunicarán las fechas y enlaces de conexión.

II – Las Autoridades de la Universidad del Sur -organizadora del primero de esos Congresos- ha encargado la Presidencia de la Comisión Organizadora a su Prof. Darío Graziabile, integrándola con Marcelo Barreiro, Daniel Vitolo y Efraín Hugo Richard; a su vez, el segundo de los Congresos ha sido encargado a este último la organización, la que se encuentra ya en bosquejo con la Secretaria Permanente de los mismos.

III - RED INSTITUCIONAL:

a) El Departamento de Derecho Comercial de la Universidad Nacional de Córdoba une a todos los Profesores, tanto de las ciencias jurídicas cuanto de las ciencias económicas, de las distintas universidades radicadas en la Ciudad de Córdoba, y, a su vez, está vinculado con la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

b) El Instituto de la Empresa de la mencionada Academia Nacional, cuyos MIEMBROS representan una red nacional e internacional, potenciada con convenio con el Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal (sede México), red que se ha visto perfeccionada por los contactos de esas instituciones con otras redes y a través de la informática y vocaciones comunes por iniciativa de E. Daniel Truffat en elArca con su información constante, trabajos doctrinarios, iniciativas, visualizándose que, en todos esos grupos, entre otras personas, lucía la capacidad organizativa y de comunicación de María Fernanda Cocco.

c) Institucionalización de esa red como NEXO TECNOLÓGICO del Instituto de la Empresa de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, hecho que fuera comunicado a fines del 2020 de manera conjunta por E. Daniel Truffat, Efraín Hugo Richard y María Fernanda Cocco, anticipando las reuniones de todos los miércoles, distribuyendo encargos, pero en una unidad de acción.

IV –INTERVENCIONES. El plan es integrador, por eso se ha fijado la siguiente política de trabajo:

A) tratar de no repetir intervenciones en cualquier rol, B) agregar un tercer disertante, C) no autorizar filminas ni presentaciones de diapositivas o similares para brindar dinamismo a los encuentros, D) el rol del Coordinador en el conversatorio que adiciona a sus tareas de moderación y de armonización previa con los disertantes, la de efectuar una síntesis de lo acontecido y apuntar temas de disidencia o duda para fomentar ponencias. Síntesis que será remitida vía correo electrónico a

DECONOMI

fernanda.cocco@unc.edu.ar, E) la intervención de amigos de toda la República en todas las conversatorios. V AGRADECIMIENTO. Con este comunicado dejamos informada a la comunidad los objetivos comunes y con gusto recibiremos sugerencias. Juntos somos más. María Fernanda Cocco - E. Daniel Truffat - Efraín Hugo Richard

La intensidad del trabajo proyectado, la interconexiones en curso, las potencialidades de tal accionar, la comunidad entre entidades con personalidad y este “no sujeto” que aún es el Arca, dan forma a la reflexión final.

¿Había una necesidad de tal ágora y por eso tiene los miembros que tiene y por eso funciona como nudo de enlace de tantas otras instituciones? Nuestra plaza virtual permite expresar ideas teóricas, exponer soluciones concretas, pedir información, compartir data reciente o antiquísima. El lenguaje de los arcanautas –como aquél que mencionamos de la cueva- seguro cubre necesidades emocionales. Pero también actúa como un “otro modo” de interrelación colectiva (tal vez muy usual y asequible para los muy jóvenes pero solo conjetural para los mayores).

El Arca, como dijimos, también contempla y completa algún tipo de comunicación emocional. No es un juego de razones contra razones. Si fuera así se hubiera quedado en algunos cortesés intercambios en su mes inicial.

Sin haber abandonado su instrumentalidad y nobles fines hoy no se agota en ellos. Se ha trascendido a sí misma. Aquella Arca que imaginaba y perfilaba la invitación a colegas recién sometidos a cuarentena era la crisálida que tras la metamorfosis lenta y constante de nuestras charlas, avances, retrocesos, debates, discusiones ha mutado en esta realidad de hoy.

No somos un “yo”. A todo evento somos siempre un “nosotros”. Incluso, varios “nosotros” porque la libertad académica y de expresión solo reconoce como límite el buen gusto y el *alterum non laedere*. Pero cuando decimos nosotros no hablamos en nombre de un tercero personificado sino en nuestro propio y decidido nombre. Nadie se esconde tras el Arca. Pero trabajamos, acaso “hablamos” siendo parte de ella? ¿Estamos solo frente a un nuevo espacio o ante una suerte de nuevo lenguaje?

DECONOMI

Parecería que lo razonable es considerar que esta es una vía, un camino, una senda novedosa de comunicación.

¿Habremos ingresado, sin saberlo, en el ámbito de intercambio propio del siglo en curso y el Arca vino a cubrir una necesidad que tal vez intuíamos pero que no habíamos alcanzado a formular? Todavía es temprano para intentar conclusiones sobre el punto. Puede que al regresarse parcialmente a la presencialidad y a las exigencias horarias del día a día todo esto pierda empuje. Aunque lo dudamos. NO es un logro individual. Es una absoluta creación colectiva. Abierta y con vocación de proyección en el tiempo.

Siendo como es el lenguaje humano un instrumento de valor social, un modo de comunicar hechos y sentimientos, un medio arrollador de vivir y sentir nuestra íntima humanidad, ¿estaremos –como en la fragua de la caverna prehistórica donde las hembras cuidaban de las crías y del fuego y a la que volvían las bandas de cazadores con la presa en las manos- construyendo nuevos códigos? ¿Se puede pensar que sí al haberse construido, sin advertir, un ámbito propicio para tal obrar?

Como ya señalamos, creemos habernos tropezado con un espacio, pero éste –vital, dinámico, potente- obviamente nos permite hablar la lengua de estos nuevos tiempos.

Lo importante, habiéndose hablado tantas paparruchas y locuras en la historia humana –y consecuentemente (como diría Borges) siendo absolutamente necio agregar una nueva cifra a tal descalabro-, es postular que este lugar de construcción de lenguaje no pierda el ánimo creativo con el que se dieron los primeros pasos, no se olvide de los necesitados, proyecte y potencie ideas y no caiga en grietas o debates ociosos.

Hoy solo cabe aguardar con paciencia para saber “de qué va la cosa”. Y analizarlo en su hora. Pero también publicitarlo en el mientras tanto. ¿qué mejor lugar para hacerlo que esta *Revista Electrónica* de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires?

“Pandemia. La prededucción y sus nudos”

por Ariel A. Dasso

La extraordinaria necesidad y urgencia de dictar disposiciones en materia de paliar los efectos catastróficos de la pandemia Covid-19, asegurar de consuno su funcionalidad y restaurar la eficiencia de la justicia en un marco de gravedad inédita aparecen sometidos a tratamientos distintos en los distintos ordenamientos, lo que constituye una consecuente lógica de las distintas características que sometidas a leyes de distinto contenido aplicables a colectivos culturalmente diversos, sean atendidos con comportamiento legislativo correspectivos a cada lugar y a las características que en cada uno de ellos asume la enfermedad global.

Resulta tema prioritario de investigación procurar la clasificación de los distintos remedios, algunos coincidentes y otros diversos, que se aplican en orden a la recuperación de la economía colapsada y a la organización de las respuestas en orden a la restauración de la producción e intercambio de bienes y servicios, sobre cuya télesis no existen mayores disensos sino simples variaciones y múltiples coincidencias.

En el número anterior de Deconomi nos avocamos a *“la financiación de la empresa insolvente el día después de la pandemia”* y desarrollamos allí en la medida permitida por el tiempo y el espacio un itinerario de las regulaciones aplicadas por los distintos países al tratamiento de las crisis económicas preexistentes a la plaga virósica que la agravó hasta límites todavía impredecibles.

No ha cambiado el escenario. Por el contrario, las sombras se han hecho más intensas y el futuro más ignoto. Los instrumentos a mano de la ley son los del derecho concursal con prioridad y aun exclusión de la legislación de las otras ramas del derecho.

Las llamadas relaciones de vecindad preexistentes han desplazado las fronteras y hecho inevitablemente propios los territorios que le eran ajenos, en la misma medida de la ampliación del presupuesto material de la crisis desde la insolvencia, remitida a la función judicial, al cada vez más amplio terreno de la

DECONOMI

prevención ante la amenaza o aún mera posibilidad de mutación de los indicaciones a la realidad de la crisis.

¿Qué remedios exige la economía? ¿Con cuáles cuenta el derecho concursal además de los preexistentes? A grandes males, grandes remedios...pero...los hay? Un viaje a vuelo de dron ya es innovador, pero es distinto al vuelo de pájaro.

Los remedios del derecho concursal constituyen variantes distintas de meras vacunas preexistentes de eficacia incierta; sin embargo lo que es claramente perceptible lleva a considerar como común denominador la flexibilidad en la aplicación de los distintos instrumentos: el acogimiento incondicionado de la prededucción del crédito de financiación; la suspensión de la vía ejecutiva sobre el patrimonio del deudor, de las medidas cautelares y su posible levantamiento y prórroga de plazos *in possessio* para posibilitar una negociación libre de presiones que la obstruyan.

Constituye un principio consensuado sin reservas el carácter del *debtor in possession financing* en orden condicionante de cualquiera fuere la negociación o el procedimiento de cualquier naturaleza dirigido a evitar la liquidación frente a la crisis o a su mera posibilidad. Los acreedores y particularmente los acreedores institucionales informados retacean el crédito al deudor y en su caso lo suprimen.

En nuestro medio, la presentación oportuna significa si bien la mejor disposición del deudor en el orden económico para una mejor propuesta de pago a sus acreedores incorporada al plan de reorganización, también el conocimiento de los financistas institucionales o aún privados, es determinante de, en el mejor de los casos, mayores exigencias, o la lisa y llana eliminación del mercado de crédito

•

El presupuesto material de la crisis está constituido por el fenómeno económico que en la terminología jurídica se ha dado en llamar “infracapitalización”. Tema este que es tan rico en debate como proficua su investigación.

DECONOMI

Como común denominador la infracapitalización significa casi todos los riesgos sobre la actividad empresarial cuya fluidez depende del equilibrio en la relación entre los recursos propios de la sociedad y recursos ajenos, cuya disparidad los potencia y eleva los consecuentes costos de agencia de los acreedores; en tanto que el socio refugiado en la cobertura de la responsabilidad limitada instalada no participa en los riesgos porque su responsabilidad se limita a una pequeña proporción equivalente al porcentual de sus aportes en el capital integrado manteniendo, en contraposición a los acreedores, no sólo el derecho político de gestión, también el derecho patrimonial a los dividendos lo que provoca una situación objetivamente inversa tanto frente a los acreedores titulares de mayores inversiones, sistemáticamente sometidas a la gestión y administración de los socios, como frente a los otros socios que tienen comprometido los mayores aportes. ¹

I. LA FINANCIACION EN LA CRISIS GLOBAL. PEDEDUCCION. SUS ANTECEDENTES

Se ha considerado que es *“un dato de experiencia común el hecho de que cualquier intento de superación de la crisis y de búsqueda de soluciones distintas de la liquidación, pasa forzosamente por la participación de los institutos de crédito en el ámbito de un plan de resaneamiento o de reestructuración (...) cuyo primer y principal pilar está representado, precisamente, por la nueva finanza bancaria”*, y recuerda que en la “patria” de los resaneamientos haciendales, o sea los Estados Unidos, el dintel del plan de reorganización es, casi invariablemente, el llamado *debtor in possession financing*, sin el cual las esperanzas de recuperación del equilibrio económico se frustran al nacer.

El sistema italiano bien puede ser considerado precursor de la prededucción: el Decreto Legislativo 414-Ley n. 544/81 del ordenamiento

¹ FERNANDEZ DE LA GANDARA, LUIS , “La infracapitalización: un problema de política y técnicas legislativas” en “Derecho Económico Empresarial – Homenaje al Dr. Hector Alegria”, La Ley, Buenos Aires, 2011, p. 1175 y ss.

DECONOMI

italiano que reconoce tal condición a la indemnización por antigüedad debido a los trabajadores de la empresa en la administración ordinaria según Leyes n. 95/1979 y 381/1982 para las deudas generadas en relaciones de trabajo y ulteriormente por la ley 546/1983 para las deudas contraídas para la adquisición de materia prima todo lo cual culmina con el expícito reconocimiento de la prededucción como instrumento de gestión en la crisis en el Decreto Ley del 8 de julio de 1999 n.270 que adjudica la condición de prededucibilidad al crédito nacido para la continuación de la actividad de la empresa y la administración del patrimonio del deudor durante la administración extraordinaria y también en la quiebra sucesiva.

La *Ley Prodi* del 10 de abril de 1979 n. 95 incorporó al ordenamiento concursal italiano la llamada “*Administración extraordinaria de las grandes empresas en crisis*” sometidas a una regulación sumamente rígida por parte de la autoridad administrativa. El nuevo sistema fue reformado sustancialmente con el Dec. Legs. del 8 de julio de 1999 n. 270 que abrogó la ley anterior del mismo año con la finalidad de tutela de la ocupación y del empleo, salvaguarda y conservación del patrimonio productivo “*mediante la prosecución reactivación, y reconversión de la actividad empresarial*”. La reforma dispone que **los créditos contraídos por la administración de la quiebra después de su declaración para ser aplicados a la continuidad de la actividad gozan de prededucción en tanto fueren autorizados por la autoridad judicial.**

La ley nº 122 del 2010 agregó un inciso al art. 182- una disciplina dedicada al financiamiento de las empresas en crisis, de modo que esa norma cubre el vacío, dictando al mismo tiempo una serie de reglas oportunamente incentivantes –e insuficientes-.

El estímulo fue confiado al sistema de la prededucción, que tiende a reforzar la tutela de aquellos sujetos, empezando por los bancos, que acepten financiar empresas en crisis.

El D.L. 78/2010 convertido en Ley 122/2010 introdujo en la LF el art. 182 *quater* denominado “*Disposiciones en materia de prededucibilidad de los créditos en el concordato preventivo, en los acuerdos de reestructuración de deudas*” que admite, a quienes entienden tener confianza para ayudar a la

DECONOMI

empresa en dificultades, realizar **erogaciones financieras con la seguridad de que no serán afectados por la quiebra**, manteniendo firme la posibilidad de que los financistas recuperen los importes erogados considerados *prededucibles*.

Ha sido así previsto que los créditos referidos a empréstitos y/o financiaciones obtenidas por la empresa de banca o intermediarios financieros, en ejecución de un concordato preventivo o de acuerdos sobre la reestructuración de las deudas, sean prededucibles en caso de quiebra ulterior en el sentido del artículo 111 LF.

El D.L. 78/2010, antes de la conversión en Ley 122/2010 preveía que el beneficio de la prededucción estuviese subordinado a la homologación del concordato preventivo o en su caso del acuerdo de reestructuración de las deudas, pero la conversión la autorización de financiación prededucible se prevé, en una simple resolución con la cual el tribunal acoge la demanda de admisión al concordato preventivo o en la resolución con la cual homologa el acuerdo de reestructuración.

Junto a los créditos referidos a las clásicas operaciones de financiación de la empresa, entran en la categorías de créditos prededucibles también los créditos derivados de las financiaciones efectuadas por la banca y por los intermediarios financieros en función de la presentación de la demanda de admisión al concordato o de la demanda de homologación del acuerdo y las compensaciones correspondientes al profesional encargado de preparar el informe que acompaña al concordato preventivo o al acuerdo de reestructuración.

También los socios pueden financiar la empresa contando con el recupero de sus desembolsos en prededucción en caso de quiebra pero esto es posible *sólo hasta el 80% del monto de su financiación*.

Tales modificaciones, entonces, están dirigidas a **favorecer el acceso al crédito a las empresas en estado de crisis que inician un procedimiento de concordato preventivo o un acuerdo de reestructuración**, reconociendo la prededucibilidad a las financiaciones que pueden provenir sea de terceros (**sistema bancario**) sea de medios propios (**financiación de los**

DECONOMI

socios) que no asume la calidad de capital de riesgo y que puede, en caso de fracaso del resaneamiento y entonces de declaración de quiebra, ser totalmente recuperados por el financista totalmente cuando se trate de financiaciones bancarias o bien parcialmente en los casos de financiación de los socios.

Ulteriormente el Decreto Ley 83/2012 del 7 de agosto introdujo reforma que Schiano di Pepe define como “prepotentemente dirigida al resaneamiento”, que en el derecho anterior ya existía, pero no generalizada en la praxis, en razón del uso desviado que había hecho de ese procedimiento.²

El aludido Decreto Ley, art. 33, no sólo rediseña ampliamente la disciplina del concordato preventivo en general, sino que en particular ha introducido el llamado “*concordato con continuità aziendale*”.

Su nota caracterizante es el tratamiento del financiamiento de última instancia y a ese fin establece que el deudor que promovió el concordato preventivo puede pedir al tribunal que se lo autorice a contraer “*finanziamenti prededucibili*” si un profesional designado por el deudor certifica que tales financiamientos son funcionales a la mejor satisfacción del acreedor. La doctrina autoral considera que el “profesional”, asume en cierto sentido un rol publicístico por las responsabilidades que le son atribuidas, con previsión de sanciones penales.

La prededucción que estaba ya introducida limitadamente a las operaciones financieras, se generaliza a favor de todos los financiadores del concordato preventivo y acuerdos de reestructuración.

II. PREDEDUCCION Y LA INFRACAPITALIZACIÓN SOCIETARIA

Las dificultades en el tratamiento de la infracapitalización a pesar de su antigua data y de los incontables estudios que a lo largo del tiempo asumieron una gran difusión de los múltiples problemas significados por dicho fenómeno

² SCHIANO DI PEPE “*Il Concordato Preventivo. Continuità aziendale nel Decreto Legge 83/2012*”. AMBROSINI “*I finanziamenti bancari alle imprese in crisi dopo la riforma del 2012*” ambos en “*Il Diritto fallimentare e delle società commerciali*”, septiembre/ octubre 2012.

DECONOMI

societario no han obtenido respuesta consensuada y la incertidumbre permanece sólida y cómodamente asentada en doctrinas cuyas conclusiones son antagónicas. En gran medida el fenómeno está derivado a la competencia de la ciencia de la economía, que no ha suministrado los paradigmas necesarios para determinar la capitalización adecuada y el necesario equilibrio entre la dualidad inseparable recursos propios y recursos ajenos.

Como común denominador la infracapitalización constituye en sí misma un peligro inmanente a casi todos los riesgos de la actividad empresarial: la relación entre los recursos propios y los ajenos eleva los riesgos y costes de agencia de los acreedores, en tanto que el socio, que participa de dichos riesgos en una pequeña proporción equivalente al porcentual de sus aportes en el capital integrado mantiene a despecho de la infracapitalización no solo el poder político de gestión sino el beneficio de los dividendos residuales configurándose así una situación objetivamente diversa frente a los socios que tienen comprometidos mayores aportes y particularmente frente a los acreedores titulares de mayores inversiones, sometidas por el imperio del propio sistema a la gestión y administración de los socios.

La infracapitalización acontece cuando la cifra, valor meramente contable, de contenido matemático pero carente de valoración económica, fijada por los socios en el acto fundacional constituye a la sociedad en titular de un patrimonio ostensiblemente insuficiente para el cumplimiento del objeto social.

Así la *ratio* entre capital de responsabilidad y capital de riesgo revela la carencia de significación de la necesaria determinación de la desproporción, determinante de la infracapitalización material y remitir dicho equilibrio necesario entre el capital de responsabilidad y el capital de riesgo atribuido a los socios, a un sistema de financiación ajena, calificada como "*nominal*" a través de préstamos de terceros o como capital de sustitución por los ingresos de los propios socios

La doctrina alemana ha ganado el podio en la profundización del tema conceptuando que la insuficiencia del sistema no sólo resulta de la dotación de un capital inferior para la realización de la actividad programada (esto es

DECONOMI

infracapitalización material)³, también del capital del riesgo (fondo de explotación).

La “*infracapitalización material*” se define como “inexistencia de recursos propios necesarios para la financiación de la sociedad en el momento mismo de su constitución o bien en el transcurso de la actividad de la sociedad. En otros términos, “*insuficiencia del capital de responsabilidad*” (recursos propios) necesarios para la financiación de la sociedad tanto cuando aconteciere en el acto de constitución u origen como cuando lo fuere ulteriormente estando ya en el ejercicio de su actividad. De ello sigue que, en caso de insolvencia por las deudas de la sociedad que esta no pudiere afrontar, asumen responsabilidad los socios en derogación del principio de la responsabilidad limitada al aporte, típico de las sociedades de capital (SA y SRL).

Inversamente la “*infracapitalización nominal*” acontece cuando la sociedad no cuenta con recursos propios suficientes para su actividad, característica esta común a la “infracapitalización material”, y cubre la financiación para la continuación de la misma con aportes de capital de crédito (préstamo) por terceros (bancos) o particulares o aun por sus propios socios (capital de sustitución- préstamos disfrazados).

La “cifra” del capital social del acto constitutivo es insuficiente por sí mismo para determinar la consistencia financiera y patrimonial de la sociedad.

En el derecho europeo la Segunda Directiva de 13 de diciembre de 1976, llamada “*Directiva del Capital*”, pone particular detenimiento en el desconcierto doctrinario y legislativo aplicado a la noción del capital social, y la exigencia del “*capital mínimo*” ciertamente insuficiente para garantizar la capitalización social o de responsabilidad.

El documento pone énfasis en las grandes diferencias que se observan en los respectivos ordenamientos de los países miembros en particular respecto de las distintas partidas que integran los “*fondos propios*” y asimismo respecto de los conceptos de financiación interna y externa no constitutivas de

³ KARSTEN SCHMIDT, “*Gesellschafterdarlehen*”, p. 690 y 1177 2do párrafo los considera equivalente a la no capitalización

DECONOMI

aportes de capital de modo que el término capital es asimilado al de “*recursos propios*” lo cual lleva a admitir la falta de adecuación del capital propio -o recursos propios de la sociedad- respecto de las necesidades de financiación por parte de terceros -informados- siendo que la sociedad se encuentra en una condición económica impeditiva de lograr financiación externa agravada por la ausencia de una regulación general de infracapitalización manifiesta.⁴

A modo de consecuencia, la concusión, la infracapitalización, según el negocio de que se trate, exige recurrir a variables para abastecer a un endeudamiento excesivo, respecto de los recursos propios disponibles, lo que lleva a la necesidad de aportes adicionales de los socios como capital propio de la sociedad (*Finanzbedarf*) siendo que la ley no impone la obligatoriedad de tales aportes suplementarios, en exceso de los integrados en el acto constitutivo.

Cualesquiera que fueren los estadios financieros de liquidez o rentabilidad siempre la infracapitalización remite al binomio recursos propios / recursos ajenos (*Debt equity ratio*).⁵

Asume en consecuencia particular relevancia en orden a la continuidad de la actividad, bien jurídico tutelado, en el difícil escenario de la crisis económica global, el desafío a la ciencia de la economía y al derecho concursal en orden a la aplicación de los sistemas que en forma inmediata permitan financiación de todo el inmenso plantel empresario que mueve la economía del mundo, hoy detenida frente al enemigo invisible de prognosis incierta.

Las sociedades de capital, enmarcadas en precisa y dura tipología asignan al capital social una función de organización como unidad de medida de los derechos, y aun obligaciones de los socios ad intra y aplicación de los porcentuales de los respectivos aportes con expresión equivalente en el ejercicio de sus derechos políticos y patrimoniales.

⁴ PORTALE, “*Capitale sociale*”, p. 65 nota 14.

⁵ FERNANDEZ DE LA GÁNDARA, op. cit. 1186. De la libertad de contrato surge el equilibrio en la negociación lo que lleva a considerar que no existe la externalización que la infracapitalización traslada al exclusivo soporte del crédito sino que existe una voluntaria evaluación sin la cual no habría existido ni contrato, ni crédito, ni deuda

DECONOMI

El capital social fundacional constituye sólo una cifra formal sin traducción económica (*nomen iuris*) cuyo tradicional atributo de garantía de los acreedores no tiene otra entidad económica que el efecto de constituirse en el límite por debajo del cual y hasta tanto no se supere la sociedad no puede repartir dividendos a los socios.

Resulta realmente definitorio en la conceptualización del capital social, la inexistencia del requisito impuesto a la sociedad de constituir un capital adecuado con las exigencias económicas y financieras, necesarias al ejercicio de la actividad incluido el nivel de riesgo que le es implícito.

Todos los ordenamientos europeos consagran dentro del principio de autonomía de la voluntad la plena libertad de ordenar y disponer la capitalización constitutiva de la sociedad en forma independiente del objeto social, de las actividades que realice, y de su misma dimensión.

Queda como resabio tradicional el particular tratamiento en hipótesis de crisis económica o financiera y el advenimiento de hechos causales de disolución por pérdidas importantes del capital social.

Se considera que las garantías en orden a la financiación de las sociedades anónimas y limitadas, están constituidas en publicidad correspondencia e integridad del capital de modo que su insuficiencia no significa ni en doctrina ni en legislación responsabilidad del socio, constituida o cubierta por la publicidad registral.⁶

La limitación de la responsabilidad al aporte, significa, en hipótesis de crisis remitir a los acreedores el peso del fracaso empresarial al no poder satisfacer su crédito.

El apotegma nos coloca frente a los dos temas que constituyen la materia de las presentes reflexiones: en primer término los medios impuestos a la sociedad para aliviar el inevitable daño que la crisis ocasionará a los acreedores y en segundo término los instrumentos puestos en manos del empresario de orden concursal y contractual conducentes a la recuperación de

⁶ OTXOA, ERRARTE “*La Responsabilidad de los Socios por la Infracapitalización*” DF 53/62.

DECONOMI

la actividad y el mantenimiento del empleo, constituidos en la tésis nueva del derecho concursal.

Caracterizada doctrina considera que no es correcto concluir que la infracapitalización externaliza en todos los casos sobre sus acreedores sus costes. Paz Ares llama a esa literatura *“espejismo de la externalización”*. *“Los costos que se supone soportan los acreedores son soportados en realidad por los socios y ello por la sencilla razón de que aquellos al formalizar sus contratos anticipan la conducta futura de estos.”*

Puede decirse por ello que los costes de supervisión, de incentivos perversos y de quiebra asociados a la infracapitalización son costes en que incurren los acreedores pero que pagan los socios.

En efecto, en el caso de que estos logren obtener un préstamo de aquellos, o bien los conseguirán prestando sus garantías personales u otro tipo de garantías o cautelas o bien a una tasa de interés más alta que incluye una prima de riesgo para remunerar esos costes. Hay que tener en cuenta que en ocasiones los acreedores, básicamente los acreedores financieros, sienten menos aversión al riesgo (pues pueden diversificar sus riesgos) (así por ejemplo los bancos) y consiguientemente pueden estar dispuestos -como una compañía de seguros- *“a comprar riesgos”*. En el coste del crédito el tomador paga el riesgo de su incumplimiento.

En realidad, los distintos acreedores de la sociedad pedirán una compensación adecuada al riesgo que han de soportar y establecerán las cautelas que consideren oportuna. Ese ajuste contractual logrará un acuerdo eficiente. Obsérvese que no hay externalización puesto que todos los riesgos están internalizados, es decir contratados o asumidos voluntariamente”⁷

Especial interés revisten asimismo, dentro del ámbito del derecho anglosajón (ps. 1587 ss.), las lucidas reflexiones de Susan Woodward *“Limited liability”*, ps. 601 ss, Easterbrook- Fischel *“The Economic Structure”*, ps. 40 ss. y en la literatura europea Kircher CH *“Okomischemat”*.

⁷ PAZ ARES *“La infracapitalización”*, ps. 258-259.

DECONOMI

Por primera vez fueron, otra vez, los tribunales alemanes que en el derecho europeo introdujeron la distinción entre infracapitalización material y nominal que fue el modelo ordenador en otros países.

Los socios financiadores de la sociedad podrían en su caso exigir la restitución anticipada de sus créditos lo que significara el deterioro del patrimonio empresarial frente a la situación de crisis concursal cuando estarán habilitados para verificar su crédito e integrar el pasivo en concurrencia y paridad con los acreedores externos y más aún si hubieren pactado con la sociedad garantías reales para su préstamo, en posición preferente a aquellos.

Los intereses de los acreedores no contractuales y de los contractuales involuntarios -laborales-, se resuelve, más bien complica el alcance de la responsabilidad que, como vimos en los supuestos de infracapitalización material supone la insuficiencia de recursos propios significada por un capital social exiguo frente a las necesidades financieras desde el momento mismo de constitución -infracapitalización originaria- o ulteriormente, en el desarrollo de la actividad social -infracapitalización sobreviniente-.

Las características propias de la “*infracapitalización nominal*” por parte de los socios, que se concreta asumiendo la condición de capital de crédito, préstamos o preferencias en el cobro en situaciones de crisis, viola la disciplina del capital social de responsabilidad limitada al aporte.

De tan complejo escenario surgen debates en que la doctrina no logra consenso, respecto de la obligación legal de capitalización suficiente agravadas con la limitación del capital a un determinado monto mínimo inadecuado a las necesidades financieras que el instituto del capital mínimo, de ordinario asentado en el acto constitutivo significa la elusión del concepto de garantía de los acreedores societarios atribuido al capital social.

La tutela de los acreedores a través de la garantía del capital social mínimo se revela lisa y llanamente inexistente en la doctrina europea, que fundada en el principio de la responsabilidad limitada de los socios, y la consecuente libertad en materia de determinación del capital a aportar queda

DECONOMI

reducida a la publicidad registral constituida en el residuo de la inexistente función de garantía del capital.

Menester es advertir que constituyen excepción supuestos ostensibles de capitalización escandalosa que por el nivel de su insuficiencia deja al desamparo a los acreedores extracontractuales, y a los pequeños acreedores englobados en la calificación de “*acreedores no informados*” o “*acreedores ignorantes*”.

IV.- PREDEDUCCION Y LA INOPONIBILIDAD DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA. ROLF SERIK

La doctrina de la responsabilidad ilimitada de los socios en procura de reestablecer la equidad inexistente predica la desestimación de la personalidad jurídica consagrada por el jurista alemán Rolf Serik en el año 1955 en su obra titulada “*Rechtsform und Realität juristischer Personen*” (“*Forma jurídica y Realidad de la personalidad jurídica*”) que sobre el común denominador de la regla de la buena fe incorpora la doctrina de abuso de la persona jurídica y fraude a los terceros como fundamento de responsabilidad personal e ilimitada de los socios.

Los tribunales han aplicado con prudencia suma y del fenómeno de infracapitalización material, en situaciones de dolo. Sólo escasas sentencias decretan la responsabilidad de los socios a la que se califica como extractual por insuficiencia del capital social, tesis que hacen extensiva, también ocasionalmente, al retraso de demanda del procedimiento de insolvencia⁸.

No obstante, distintas posiciones en doctrina persiguen el mismo objetivo de la doctrina Serik.

La mayoría de los comentarios de la obra de Serick se han ocupado fundamentalmente de un punto esencial, para la concepción de las personas jurídicas, el de su *Durchgriff* (según terminología germánica) o “penetración” hasta alcanzar su sustrato personal o real, o su “*Disregard of legal entity*”

⁸ OTXOA ERRARTE, “*La responsabilidad de los socios*”, ps. 245 / 258.

DECONOMI

(conforme la doctrina y jurisprudencia angloamericana), “*rasgar el velo corporativo*” (según ha dicho en alguna decisión el Tribunal Supremo de Puerto Rico), “velo artificial de la sociedad”, como lo califica Federico de Castro.

La negativa de la personalidad a las sociedades mercantiles, en especial a la sociedad anónima, a las que en Francia negó incluso la existencia un Decreto de 1793, destaca el apoyo de Federico de Castro (“¿Crisis de la sociedad anónima? Reflexiones sobre la proyectada reforma legislativa”) - Madrid, 1950 en parte publicado en «An. Der. Civ. II-IV, págs. 1.397 y sigs. con el título de “La Sociedad Anónima y la deformación del concepto de persona jurídica”). “Si se quiere utilizar la persona jurídica como concepto técnico, será preciso partir de que la Sociedad Anónima no merece la consideración de persona jurídica)... “al estimarse persona jurídica a la Sociedad Anónima se abstrajo indebidamente de sus componentes (substrato personal, realidad jurídica subyacente)”... “la limitación de las responsabilidades de los socios por ser un privilegio, debe interpretarse restrictivamente, y sólo puede encontrar alguna explicación cuando la voluntad social se forma realmente por una pluralidad de personas). Y, finalmente, aproximándose al Durchgriff o penetración de la jurisprudencia alemana o al Disregard de la anglosajona, conforme a la acertada tendencia moderna, no debe vacilarse en apartar el artificio de la Sociedad Anónima para decidir los casos según la realidad que constituye la base de la sociedad”.

Antonio Polo, al concluir su prólogo en la obra de Serik pone paños fríos al entusiasmo desinstitulizante:

“Queremos apuntar con esto la extraordinaria dificultad que entraña la formulación de un criterio rector firme que indique en qué casos puede prescindirse o no de la forma de la persona jurídica para aprehender la realidad que bajo la misma se oculta. Esta dificultad es fuente de incertidumbre de la misma manera que aquel mal uso de un instrumento como persona jurídica, cuando no responde a los fines que la informan, es origen de natural insatisfacción para los juristas..”

“Toda ponderación en esta materia ha de considerarse insuficiente. Los riesgos que amenazan la seguridad jurídica cuando se pierde el respeto a la

DECONOMI

figura formal de la persona colectiva para penetrando» a través de ella alcanzar a su patrimonio y a sus individuos, no pueden ser silenciados ni desconocidos. Cuando el derecho ofrece los cuadros de una institución y les atribuye unas determinadas consecuencias jurídicas, el daño que resulte de no respetar aquellas, salvo casos excepcionales, puede ser mayor que el que provenga del mal uso que de los mismo se haga.”

V. PREDEDUCCIÓN Y DEUDAS DE LA MASA

No obstante la labilidad de sus contenidos es un común denominador de todos los rubros englobados dentro del concepto deudas de la masa, el carácter de pago anticipado recogido desde el punto de vista técnico con la expresión "*prededucible*".

La disciplina de la "deducción previa" (o prededucción) es anterior a la elaboración misma del concepto de deuda de "masa" que encuentra en la reforma del *Code de Commerce* de 1837 un importante antecedente a través de lo que calificada doctrina llama "un mayor grado de colectivización al grupo acreedor".⁹

El concepto de masa y de deudas de la masa que graban al grupo de acreedores (*masse des creanciers*), nacería como una implicancia de la prededucción.

Es en la reforma del *Code de Commerce* Francés de 1807, artículo 558, que la doctrina encuentra la idea de la prededucción de las deudas de la masa o acreedores del concurso o gastos -y honorarios- de justicia. Los gastos judiciales son materia de "*distraccion*" (deducción) del producto de la liquidación de los muebles del quebrado antes de la distribución entre los acreedores: se dan como ejemplo de tales gastos, los de inventarios, los salarios de los síndicos y los efectuados en general en el interés común de los concurrentes.

La voz prededucción se conforma en su primera parte por la preposición "*pre*" y "deducir" cuyo significado en el diccionario de la lengua es

⁹ BELTRÁN, EMILIO, "*Las deudas de la masa*" - Ed. Albornotiana - Bolonia - 1986 - pág. 33

DECONOMI

sustraer, defalcar, pero llevado al significado de la terminología jurídica puede ser aplicado a la acción de deducir antes, con anterioridad. Lo que significa descartar como sinónimo la voz “*defalcar*” y mantener en cambio “sustraer o retirar” siendo meramente contingente adjudicar a la acción tipificación penal represiva o sancionatoria.

Un análisis consecuente lleva a calificar a la prededucción como un instrumento de gobierno de la crisis que incluso podría ser actuado por los mismos propietarios de los derechos sobre el patrimonio en crisis y sobre la empresa con poder de disposición.

Nada se defalca de la masa de la quiebra repartible entre los acreedores concurrentes. La deducción implica extraer del producto de la liquidación los gastos útiles y necesarios que en una última instancia, al estar destinados a la ejecución del reparto entre los acreedores concurrentes, contribuye a satisfacer de la mejor manera su participación en el reparto ya que sin ellos no habría sido posible generar el dividendo de liquidación correspondiente según la compleja ordenación de gastos y privilegios generales y especiales.

El gasto (o crédito) prededucible, (*rectius* el préstamo prededucible) constituye el instrumento económico útil, imprescindible, insoslayable, para conformar el patrimonio de la quiebra (masa de la quiebra) sometido a reglas propias, plenamente justificadas en cuanto se trata de deudas nuevas para cancelar las deudas viejas.¹⁰

VI. LA PEQUEÑA HISTORIA EN NUESTRO DERECHO. PREDEDUCCION Y GASTOS DE CONSERVACION Y JUSTICIA

¹⁰ PACCHI, STEFANIA, La prededuzione dei crediti: notazioni generali, en AA.VV., Finanziamenti bancari alle imprese in crisi fra prededuzione e subordinazione, en Dir. Banca e Merc. fin., 2011, 468 ss.; VALENSISE P. , Commento all’art. 182-quater, en A. NIGRO, M. SANDULLI, V. SANTORO (directores), La legge fallimentare dopo la riforma, Torino, 2010, 3° v., p. 2336 ss.; G. B. NARDECCHIA, Sub art. 182-quarter, en Commentario alla legge fallimentare, III, a cargo de C. Cavallini, Milano, 2010; M. FABIANI, L’ulteriore up-grade degli accordi di ristrutturazione e l’incentivo ai finanziamenti nelle soluzioni concordate, en Fall., 2010, p. 898 ss.; C. COSTA, Esenzione dall’azione revocatoria e prededuzione nelle procedure stragiudiziali di risanamento delle imprese, en Dir. fall., 2010, I, p. 531 ss. LIBONATTI, “*Prospettive di riforma sulla crisi del ‘impresa*”, Giurisprudenza Commerciale, tomo I, pág. 327 y ss. ed. 2001.

DECONOMI

Desde luego también en nuestro derecho el tema relativo a las deudas de la masa o gastos del concurso, guarda entroncamiento con el tema de los privilegios, y sigue el andarivel de la doctrina y legislación hispanas: entre privilegio (graduación) y preferencia (orden temporal).

El artículo 3875 del Código Civil de Vélez define al privilegio como el derecho dado por la ley a un acreedor para ser pagado con preferencia a otro.

A su vez en el artículo 3879, inciso 1) se establece que tienen privilegio sobre todos los bienes del deudor, muebles e inmuebles, los gastos de justicia hechos en interés común de los acreedores y los que cause la administración durante el concurso.

Desde luego que bastará hacer un breve repaso de los antecedentes supra expuestos para advertir que está conceptualizando los mismos contenidos que la laboriosa secular doctrina incluye en el concepto de deudas de la masa.

La nota de Vélez expone: *"Dando privilegio a los gastos de justicia se evita a cada acreedor la lentitud y dificultad de una repartición, a prorrata, a que todos son obligados en proporción a la importancia de las sumas que deben corresponder en el activo del deudor. Este privilegio no es en realidad sino un pago anticipado y necesario hecho del conjunto de los valores destinados a los acreedores"*.

Sin embargo, a poco andar la doctrina nacional conceptúo que el gasto de justicia no es un privilegio sino una construcción legal tendiente a superar la lentitud en la repartición proporcional de los gastos entre los acreedores y beneficiados.

El gasto de justicia escapa al conflicto con la graduación del crédito porque está por encima de todos los privilegios y su característica es ser general cuando se preste "necesariamente" para el trámite del procedimiento en utilidad de todos y especial cuando acontezca útilmente sólo respecto de algunos.

DECONOMI

Esta posición encuentra su más mentado expositor en Cordeiro Álvarez¹¹ a quien recuerda Mosso en su obra póstuma¹².

En 1995 la ley 24522 dio un todavía inadvertido golpe de timón, en torno a la conflictiva temática: introdujo importantes reformas en el artículo 264 - que toma el número de art. 240- y dejó subsistente en todas sus partes la regulación referida a los gastos de conservación y justicia en el concurso especial del ex artículo 268 en el nuevo artículo 244.

Mantiene entonces en líneas generales la metodología de la ley anterior: el artículo 264 dedicado a los "*Acreeedores del concurso*" hoy en el art. 240 se llama "*Gastos de conservación y justicia*" pero sigue tratando la problemática de los acreedores del concurso, en tanto el art. 268 destinado a la reserva de gastos que regula aquellos producidos en el interés del privilegiado especial subsiste intacto en denominación y contenido, bajo el número 244 de la ley vigente.

Sin embargo, como veremos introduce en el nuevo art. 240 (ex 264) una redacción que, pone claridad donde no la había.

Quizá el legislador consideró, como dijimos supra, que no era solución adecuada haber suprimido el anterior título de "*acreeedores de la masa*" y sugerir una personificación inexistente, por la de acreedores del concurso lo que constituye otra, también impropia, pues ni masa ni concurso tienen personalidad.

De todos modos, desde otro punto de vista, el nuevo título tampoco es sistemáticamente apropiado porque provoca confusión con la "reserva de gastos" del artículo 244 (ex 268).

Por sobre ésta conservación de nomenclatura corresponde advertir que los titulares de gastos de conservación y justicia del artículo 240 -ex art. 268- son siempre, hoy y como lo eran antes, acreedores del concurso que son pagados con preferencia a los acreedores del fallido, salvo que éstos tenga crédito con privilegio especial.

¹¹ CORDERO ALVAREZ, ERNESTO; "Tratado de los privilegios" - 2da. ed. - 1969 - pág. 64.

¹² MOSSO, GUILLERMO; "Concurso Especial y Reserva de Gastos" - Ed. Ad-Hoc - 2002 - pág. 69: el trabajo póstumo del destacado jurista, es la obra más importante sobre el complejo tema en la doctrina argentina.

DECONOMI

El artículo 264 de la ley 19551 incluía entre los gastos cuya atención debía ser preferida la adjetivación de "necesarios".

La ley 24522 en el artículo 240 omite tal calificación. Sin embargo, no debe reputarse que ha variado el criterio de interpretación restrictiva.

En el nuevo art. 240 (ex 264) el texto determina en forma precisa cuales son los créditos antes englobados en los conceptos de "*deuda de la masa*", "*acreedores del concurso*", "*gastos de conservación y justicia*" precisando en forma clara que son solamente aquellos "*causados en la conservación, administración y liquidación de los bienes del concursado*". También limita el alcance de dichos créditos sólo cuando fueren realizados "*en el trámite del concurso*", agregando el concepto definitorio de la prededucción: "*cuando resulten exigibles y sin necesidad de verificación*".

Estos gastos y honorarios existen en todo procedimiento concursal y son más que necesarios, imprescindibles¹³. La diferencia entre "*gasto de conservación y justicia*" y "*reserva de gastos*" es simplemente descriptiva de todas las deudas de la masa, pero ambos reciben un tratamiento igualitario en el sentido de su precedencia absoluta con relación a todos los otros acreedores del fallido (cualquiera fuere su graduación -privilegio-).

La prededucción es una nota esencial y calificativa de las deudas de la masa y significa el derecho del titular de un crédito contra la masa -gasto u honorario de funcionarios del concurso- para ser satisfecho antes de todos los acreedores del fallido.

Como la prededucción significa sustracción, detracción, deducción, reserva y separación de cualquier cosa antes de otra y el instituto en materia falimentaria obra al respecto de sumas de dinero, significa detraer de tales sumas un cierto importe.

Siguiendo la expresión de Alessi¹⁴, la prededucción mira a sustraer del activo antes de los repartos o distribuciones que constituyen las únicas formas de practicar distribuciones legítimamente entre los acreedores del fallido,

¹³ KEMELMAJER DE CARLUCCI AIDA "*Modificación al régimen de prioridades concursales*", Rev. Der. Privado y Comunitario n° 11, pág. 180 y ss

¹⁴ ALESSI GIUSEPPE; "*L'Amministrazione Straordinaria delle grandi imprese insolventi*" - Giuffrè Editore - 2000, p. 227, Cap. XI. 4: "Debiti di massa"

DECONOMI

las sumas necesarias para el pago de las deudas de la masa con anterioridad absoluta respecto de las deudas contraídas por el fallido aún cuando se encuentren munidas de cualquier causa de prelación o privilegio.

La prededucción tiene por función asegurar a las deudas de la masa el pago cierto e integral toda vez que exista activo suficiente y debe ser pagada antes de los concurrentes sin que jamás puedan permanecer postergados por éstos.

Esto supone que ningún acreedor concurrente podrá percibir dividendo concursal alguno si no estuvieren pagados -o reservados- los gastos prededucibles. Tal dividendo concursal sería ilícito.

No es una mera operación contable sino una cualidad del acreedor titular de un crédito contra la masa, lo que le confirma un derecho subjetivo, y el pago mismo puede acontecer aún después de alguna repartición parcial a los acreedores del fallido (supuesto éste no factible en la nueva ley de concursos y quiebras por haber eliminado las reparticiones parciales), pero en todo caso antes del reparto final del artículo 218.

En este orden de ideas esta nota típica (prededucción) de los gastos de justicia es común a la reserva de gastos y también debió explícitamente consignarse en el artículo 244 (ex 268), como acontece en el artículo 240 (ex 264).

Sin embargo, advierto que la omisión no contradice igual solución pues por lo expuesto la prededucibilidad es una nota de todas las deudas de la masa generados en el trámite del concurso y dijimos ya que tanto las involucradas en el artículo 240 (ex 264) como en el artículo 244 (ex 268) pertenecen a esta misma categoría y están dotadas de sus mismas notas connaturales por lo que la prededucibilidad es común a ambas. Sin tales erogaciones a cargo de la “*masa activa de la quiebra*” no puede tramitar el procedimiento de liquidación judicial, como tampoco podría si faltara el sindico o el juez.

VII. “LOS PRÉSTAMOS DISFRAZADOS” DE LOS SOCIOS, SUSTITUTIVOS DE LOS FONDOS PROPIOS

En el ordenamiento societario alemán se consideran las normas sobre los préstamos de los socios llamados “*préstamos sustitutivos de fondos propios*”, como uno de los aspectos fundantes del derecho de protección de los acreedores.

En el año 1980 se incorporó una nueva normativa a la “*Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada*” (*GmbHG*) que por su complejidad fue fustigada por la doctrina y no fue respetada en la práctica, quedando librada a una jurisprudencia cambiante, reservada a un ámbito de interpretación demasiado reducido de especialistas, en cuya oportunidad nació la adjudicación de un curioso nombre: “*prestamos disfrazados*”.

Su reforma por ley del 1 de noviembre de 2008 denominada “*Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada y de prevención de abusos*” (*Gesetz zur Modernisierung des GmbHRechts und zur Bekämpfung von Missbrauchen*) (su sigla en alemán: *MoMiG*) deroga la normativa anterior y produce normas en la materia y transplanta la regulación de préstamos de los socios al ordenamiento concursal (*InsO*), sobre la base de reglas jurídicas objetivas que constituyen un sistema concursal que define el confuso panorama, trasladando a la *Insolvenzordnung* (*InsO*).

En el derecho anterior, la situación estaba regulada en los **arts. 32. a** y **32. b** de la *GmbHG* y, como se ha dicho, por reglas generadas en la jurisprudencia.

Los préstamos realizados por los socios durante la crisis eran considerados –en el ordenamiento societario alemán– como fondos propios de la sociedad (*rectius*: capital social), partiendo del razonamiento de que la responsabilidad de financiar a la sociedad en dificultades habría permitido a la misma acceder a medios para mantener la actividad económica.¹⁵

¹⁵ La responsabilidad del socio en orden a la financiación de la sociedad forma parte de la problemática tratada en la doctrina en el marco de la llamada “Infracapitalización nominal”.

DECONOMI

El socio que optaba por financiar la sociedad para mantenerla en la situación de crisis o bien para superarla, desentendiéndose de la liquidación que resultaría precedente por aplicación del ordenamiento societario, no podía concurrir en paridad de trato con los acreedores en un procedimiento concursal ulterior, puesto que éstos no podían haber conocido la situación de crisis de la sociedad. Así entonces, la subordinación del socio a los demás acreedores concursales se justifica en los principios de la confianza y la buena fe y por ello el préstamo del socio es postergado respecto del crédito del acreedor concursal, e incluso al de los otros socios.

La *MoMiG* deroga los **arts. 32. a y 32. b** correspondientes a los préstamos de los socios de una S.R.L. (*GmbH*) y traslada la regulación reformada a la *InsO* en los **arts. 39. I. 5 y 4; 44. a, 135 y 143 y a la Ley Sociedades Anónimas (AnfG): art. 6. VI. a.**

En el **art. 39** de la *InsO* incorpora una fórmula objetiva aplicable a todas las formas societarias y también a las asociativas en las que no exista determinada responsabilidad personal de persona natural.

Los préstamos de los socios y aquellas prestaciones equivalentes pasan a constituir el quinto rango de acreedores subordinados, sólo cuando el socio prestamista tenga participación mayor al 10% del capital social (**art. 39. V, *InsO***); pero cuando hubieren sido pagados por la sociedad en el año anterior a la declaración del concurso, quedan sujetos a la acción de reintegración en los términos del **art. 135 *InsO***.

En el derecho anterior los administradores, por aplicación de la Ley de S.R.L. (*GmbH*): **art. 30. I**, se veían enfrentados a la engorrosa decisión de denegar al socio el reembolso de préstamos con la compleja misión de recalificar un préstamo como recurso propio (por estar la sociedad en crisis). Los Tribunales consideraron que la regla adecuada para dirimir entre el reembolso o la recalificación de recurso propio con imputación al capital estaba dada por la denominada “incapacidad de crédito”, definida como la situación en la que un tercero no hubiera dado el préstamo en condiciones de mercado. De todos modos, el administrador asumía el riesgo de soportar una acción de indemnización de la sociedad por reembolsar un préstamo al socio estando la

DECONOMI

sociedad en crisis, en función de lo establecido por el **art. 43 GmbHG**, o que a su vez el socio, alegando la inexistencia de la crisis, promoviese acción particular por denegación injustificada del reembolso.

El Tribunal de Justicia (*BGH*), en sentencia del 30 de enero de 2006, ya postulaba la reforma en aras de una mayor precisión para lograr seguridad.

La reforma realizada por la *MoMiG* determina que los reembolsos de préstamos a los socios están desvinculados de las normas sobre conservación del capital social, siendo válidos y únicamente revisables en el concurso de la sociedad por vía de impugnación los realizados dentro del año de la declaración del concurso.

La nueva fórmula legal, objetiva, considera la subordinación del préstamo del socio con una cierta participación relativa (mayor al 10%) como el precio a pagar por el beneficio de la limitación de responsabilidad. Prescinde del análisis de si los préstamos o aportes fueron concretados cuando la sociedad se encontraba en crisis o *in bonis*, bastando con que se hubieren realizado dentro del año anterior a la declaración del concurso para considerarlos alcanzados por el período sospecho y sometidos a impugnación.

Para evitar la contradicción con el régimen societario relativo a los préstamos de los socios en orden a la conservación del capital, se establece en la *GmbHG* (Ley de S.R.L.) ordinaria– que tales préstamos y las prestaciones equivalentes no son parte del capital social. Es decir que ya no se consideran, como en el régimen anterior, recursos propios sociales.

Como corolario, los pagos a los socios ya no están prohibidos en el ámbito societario por las normas sobre conservación del capital social, pero pueden ser objeto de acción de reintegración aquellos realizados durante el año anterior a la declaración del concurso (**art. 135 InsO**).

El régimen alemán se coloca así en un nivel de protección amplia pues, en virtud del trasplante a la regulación concursal, también alcanza a las sociedades de capital extranjeras cuando se pueda abrir un procedimiento de insolvencia sobre el patrimonio de las mismas, y esto le da la ventaja competitiva que procura en el ámbito del derecho continental europeo en materia de sociedades de capital.

DECONOMI

La regulación ha sido recibida favorablemente en la doctrina, que la considera como una oportuna simplificación de las normas sobre los llamados “préstamos sustitutivos de los fondos propios”.

VIII. EL DERECHO SOCIETARIO ACTUALIZADO Y EL CAPITAL SOCIAL REPENSADO.

Las recientes reformas acontecidas en el derecho societario en nuestro país revelan que el legislador ha asumido –en la medida de lo posible, con algún traspié- el verdadero alcance y significación del concepto de “capital social”, mínimo, establecido en la ley societaria.

Y ello se advierte en distintos aspectos cuyo desarrollo y fundamentación trataremos de resumir con todo el riesgo de insuficiencia que implica el límite de la extensión.

El Código Civil y Comercial de la Nación –agosto de 2015- en (adelante CCNI) incluye a la sociedad en el elenco de la regulación aplicable a las personas jurídicas privadas (CCCN: art. 148 a) y al exponer los atributos de la personalidad jurídica asigna nombre, domicilio, plazo ilimitado, objeto preciso y “*patrimonio*” (no “capital”).

Consecuentemente, en el art. 163 que trata las causales de disolución de la persona jurídica, elimina la causal “pérdida del capital social”, y la sustituye en el inciso i) por “*el agotamiento de los bienes destinados a sostenerla*” lo que bien puede considerarse equivalente a la infrapatrimonialización (*rectius*: carencia de patrimonio suficiente para la continuación de la actividad de la sociedad).

Otro avance más relevante en la definición de garantía de los acreedores en la organización societaria, aunque la doctrina no ha formulado una especial consideración se advierte en la reciente *Ley de Sociedades Anónimas Simplificadas (S.A.S) 27.349* denominada “*De apoyo al capital emprendedor*” en cuyo Anexo III crea un nuevo tipo social al que denomina “*Sociedad por Acciones Simplificada*” (S.A.S.) con capital social mínimo

DECONOMI

insignificante (no inferior a 2 (dos) veces el Salario Mínimo Vital y Móvil), que quita toda relevancia a su función de garantía.

La peculiaridad de la ley es la de no estar limitada a la organización, administración, desarrollo, disolución y liquidación del nuevo tipo social SAS sino la inclusión de dos capítulos preliminares, destinados a su financiamiento, uno de cuyos institutos es denominado *“Plataforma de Financiamiento Colectivo”* (P.F.C), en las que, por primera vez en nuestro derecho societario, sustituye el concepto de “capital social mínimo” por el de “patrimonio neto mínimo” el acto de constitución del nuevo subtipo de SA, cumple en forma adecuada la función de garantía del derecho de los acreedores.

Las *“Instituciones de capital emprendedor”* deberán registrarse en el **“Registro de Instituciones de capital emprendedor”** incluyendo los administradores, inversores en capital emprendedor, interesados en los beneficios de la ley, a cuyo cargo está informar al registro los compromisos, aportes, emprendimientos y sus condiciones sin perjuicio de **la inscripción en la Comisión Nacional de Valores (C.N.V) toda vez que la actividad califique como oferta pública según ley 26.831 art. 2.**

En el **Título II** bajo la denominación **“Sistemas de Financiamiento Colectivo”** instala el régimen especial de **promoción de fomento para la industria del capital emprendedor** a través **del mercado de capitales** para lo cual la Comisión Nacional de Valores es la autoridad de control, reglamentación, fiscalización, con todas las facultades según ley 26.831, siendo de aplicación al sistema las disposiciones de la ley (art. 22).

La C.N.V. en ejecución de la función delegada por el art. 22 de la Ley 27.349 incorpora al texto ordenado el *“Reglamento de la Plataforma de Financiamiento Colectivo PFC”* que establece:

*“las SA autorizadas, reguladas y controladas por la C.N.V., inscriptas en el registro ad hoc, con el **objeto principal** de poner **en contacto**, de manera **profesional** y sólo por portales web o medios análogos a personas humanas y/o jurídicas como inversores a una pluralidad de personas humanas y/o jurídicas que solicitan financiación, en virtud de su condición de “emprendedores de Financiación Colectiva”.*

DECONOMI

Bajo el título “**Patrimonio neto mínimo**” (no el “capital social mínimo”) establece que la PFC deberá contar en forma **permanente** con \$ 250.000 (pesos doscientos cincuenta mil) que deberá surgir : a) de sus estados contables presentados a la C.N.V. con el acta de directorio que resuelve su aprobación, b) el informe del órgano de fiscalización y c) el dictamen de auditor con firma legalizada por el Consejo Profesional correspondiente, **que debe expedirse, particularmente, sobre la adecuación del patrimonio neto mínimo conforme las exigencias que impone la C.N.V.** Toda vez que de los estados contables anuales resultare un patrimonio neto inferior al valor neto mínimo (\$250.0000) la sociedad anónima P.F.C. deberá informarlo de inmediato a la C.N.V. incluyendo las medidas que adoptará para su recomposición dentro de los 10 (diez) días hábiles, vencidos los cuales deberá acreditar haber concretado la adecuación (art. 11 y cc.).

La nueva estructura del subtipo S.A. P.F.C, supera la fundada crítica doctrinaria que niega función de garantía al “*capital social mínimo*”, la que, adquiere entidad en cambio con la sustitución de dicho concepto por el de “*patrimonio neto mínimo*” y la particular exigencia de su adecuación toda vez que de los estados contables anuales surgiera **un patrimonio neto inferior al mínimo** establecido, imponiendo a la sociedad su recomposición a corto plazo. El novedoso sistema constituye un avance que significa evitar las consecuencias negativas que se siguen de la doctrina de la infracapitalización, basada en la pérdida, o disminución del capital social y ubicar la función de garantía en el sistema de la suficiencia permanente o constante del “*patrimonio neto mínimo*”, en cuya regulación es inmanente y sustancial la exigencia de su “*adecuación*” (*rectius* recomposición) toda vez que en razón de las pérdidas el *patrimonio neto* se ubique por debajo de su mínimo legal (en el caso \$250.000).

El patrimonio neto social mínimo a valor real constante y actualizado anualmente asume una consagración explícita e imperativa que significa haber dado a la estructura del subtipo SA P.F.C. consistencia a la antes inexistente garantía de los acreedores que, todavía vigente sobre la base del “capital social mínimo” en la LGS, constituye sólo una expresión meramente dogmática (*nomen iuris*), que mal refleja la supuesta función de garantía del “capital social mínimo”

DECONOMI

El sistema del “*patrimonio neto mínimo*”, actualizado anualmente es el fruto de largos años de repensar la función de garantía del capital social, tema central del derecho societario, que constituye el cierre de la doctrina de la infracapitalización que predica la obligación del socio-accionista de la sociedad de capital, de reconstruir el capital social, en hipótesis de pérdidas que constituyan causal de disolución, concurso o quiebra.

IX. LA PÉRDIDA DEL CAPITAL SOCIAL O EL AGOTAMIENTO DE LOS BIENES DESTINADOS A SOSTENER LA SOCIEDAD

Las modificaciones introducidas por el Código Civil y Comercial de la Nación debieron también establecerse en la Ley General de Sociedades, que sin que el legislador lo haya advertido, mantiene como causal de disolución la pérdida del capital social, en el art. 94 inc. 5 de la ahora denominada Ley General de Sociedades.

El capital social es una deuda de la sociedad frente a los socios que recién se extinguirá al momento de la liquidación con el remanente –si lo hubiere– (pasivo subordinado) después de pagados los acreedores (pasivo principal). Técnicamente el capital social pertenece a los socios, (no así en las asociaciones civiles y en general en el caso de las personas jurídicas en las que el patrimonio remanente, a falta de previsión tiene el destino previsto en el estatuto y en su defecto otra asociación civil domiciliada en la República de objeto similar a la liquidada (CCCN.: art. 185) en tanto que en las fundaciones debe destinarse a una entidad domiciliada en la República de carácter público o privado con objeto de utilidad pública o bien común que no tenga fin de lucro (CCCN.: art. 217).

La causal de disolución del art. 94 inc. 5 LGS no es entonces la pérdida del capital social sino las pérdidas en medida de insuficiencia del patrimonio.

Se dijo ya que el CCCN produce un insoslayable sinceramiento: al tratar en el art. 163 las causales de disolución de la persona jurídica cuyo elenco incluye obviamente a la sociedad (art. 143): elimina la causal de pérdida del

DECONOMI

capital social, e introduce novedosamente en el inciso i): *“el agotamiento del patrimonio, que haga imposible la continuidad de la actividad”*.

La consistencia del sistema exigía también esa modificación en la Ley General de Sociedades. No ha acontecido así; evidentemente el legislador del CCCN en materia de personas jurídicas (Anexo I de la ley 27.349) no fue el mismo reformador de la Ley de Sociedades Comerciales (Anexo II de la misma ley) o si lo fue, no advirtió que la solución congruente era reproducir la misma solución en el art. 94 inc. 5 de la LGS.

La conclusión expuesta guarda relación con el fenómeno denominado *“infracapitalización”*, cuyo nombre es incorrecto si se identifica al capital mínimo del art. 186 LGS con la insuficiencia de los recursos de la sociedad para la realización de la actividad conducente al cumplimiento del objeto social lo que lleva a pretender la responsabilidad de los administradores y aún la de los socios o accionistas por la continuación de la actividad de la sociedad a pesar de la pérdida del capital social, así mal definido.¹⁶

Particularmente en la materia son claros y definitorios los conceptos expuestos por Junyent Bass, Francisco-Izquierdo Silvina *“Infracapitalización y zona de insolvencia a propósito de la responsabilidad de administradores y socios”* en *“Derecho Económico Empresarial -Homenaje al Dr. Héctor Alegría”*, *op. cit.* p. 1299:

“Desde el punto de vista del derecho societario nacional no existe posibilidad de distinción entre la infracapitalización formal o nominal, (íntimamente vinculada al concepto de capital social mínimo) y la infracapitalización, cuyo concepto queda focalizado en la omisión de los socios en dotar a la sociedad de recursos suficientes para afrontar el giro social, o sea patrimonio neto insuficiente para atender a las obligaciones propias del giro lo que significa no ya insuficiencia del capital sino insuficiencia del patrimonio, por lo cual el arquetipo del fenómeno encuentra correcta denominación en un en el nombre de infrapatrimonialización”.

¹⁶ En la legislación española la disolución está prevista con la sola pérdida de la mitad del capital social en tanto que en el ordenamiento societario italiano la situación aparece más grave aún pues el límite de la pérdida que define la causal de disolución es del treinta por ciento del capital social.

DECONOMI

Es patente que en el derecho actual la “infrapatrimonialización” (como sinónimo de infracapitalización material) y la “insolvencia” (como la cesación de pagos) aparecen como conceptos lábiles, ambivalentes y en todo caso sin que lo separen diferencias esenciales. Por lo que no resulta impropio conceptuarlos como especies de un género autónomo, plenamente abarcativo para el cual resulta suficiente la nominación de “crisis”.

En la materia, aparece como resultado del razonamiento precedente que distinta es la posición de los socios frente a la crisis, cualquiera fuere su contenido en intensidad, meramente inicial, en la que funcionan meras señales de alarma o agonal en la que todavía está permitido el concurso de prevención, antes que de la liquidación cuya ineficiencia aparece descalificada en los nuevos ordenamientos por no haber superado la mínima exigencia de eficiencia.

Los administradores entonces pasan a ser quienes en mayor medida que los socios, sean considerados como sujetos responsables en orden al mantenimiento de un relativo equilibrio entre recursos y eficacia de la actividad. Pero es esta materia que no está alcanzada en estas reflexiones destinadas a conceptuar qué en el ámbito societario, la infracapitalización societaria, constituye un fenómeno propio de la sociedad in bonis, y aun así, susceptible de un serio cuestionamiento, es insuficiente para proyectar consecuencias susceptibles de ser tabuladas en el derecho positivo de la crisis.

X. LAS COSTAS IMPUESTAS A LA QUIEBRA SON PREDEDUCIBLES?

La tema significa determinar si las costas impuestas a la quiebra en juicios promovidos por la sindicatura de la quiebra y rechazados con costas y consecuentes honorarios regulados a favor de los profesionales actuantes en representación o patrocinio de los demandados también son beneficiarios de la prededucción en paridad de trato con el que corresponde a los honorarios de los funcionarios de la quiebra devengados en retribución de sus trabajos impuestos por la ley sin cuya intervención no hubiera sido posible el desarrollo del procedimiento?.

DECONOMI

En tal sentido los argumentos en favor de la respuesta afirmativa se sostienen que los profesionales que actuaron en defensa de terceros fuera del tribunal, en las demandas en que triunfaron contra la sindicatura de la quiebra, como defensores de terceros demandados deben ser considerados gastos causados en la conservación, administración y liquidación y en el trámite del concurso. (art. 240 LCQ)

La respuesta negativa se fundamenta en que la prededucción solamente corresponde como atributo de los gastos necesarios y útiles, sin los cuales el procedimiento concursal no habría podido realizarse.

El conflicto adquiere relevancia en el supuesto adquiere relevancia en el supuesto de insuficiencia de fondos para satisfacer integralmente tanto los honorarios retributivos de los trabajos de los funcionarios de la quiebra a cargo de la masa como los devengados y regulados en conceptos de costas a la quiebra en las demandas ante tribunales externos a la quiebra, en distintas jurisdicciones, en juicios promovidos por la sindicatura en representación de la quiebra.

En tal circunstancia la doctrina conceptúa que el carácter prededucible es asignado a los honorarios retributivos de los trabajos realizados por los funcionarios de la quiebra, impuestos por la ley en razón de su naturaleza necesaria, insoslayable e inevitable para el trámite del procedimiento concursal dado que sin ellos sería impracticable el procedimiento de quiebra de la Entidad Financiera.

Frente al texto del art. 240 LS, que solo se refiere a los créditos *“causados en la conservación, administración y liquidación de los bienes del concursado y en el trámite del concurso”*, sin referir a los titulares de dichos créditos, queda claro el rango preferente de los honorarios de los funcionarios de la quiebra respecto de los profesionales representantes o defensores de terceros demandados contra la quiebra. La doctrina del Alto Tribunal distingue entre los derechos de una misma categoría, destacando que *“una mención genérica (tal la del art. 240 LGS), no impide diferenciar entre las distintas especies del género”* (CNCom., Sala D, 28/8/1989 *“Banco Sidesa SA s/ Quiebra s/ incidente de revisión por Banco Central de la Republica Argentina”*).

DECONOMI

El conflicto es improponible en el procedimiento sometido al régimen ordinario regulado por la Ley de concursos y quiebra -ley 24522-, porque los honorarios de los funcionarios de la quiebra, son regulados *al final de la realización de los bienes* en la oportunidad del art. 218 y por ello se encuentran reservados para su “*pago inmediato*” en tal hipótesis no confronta con el orden de pago de los honorarios devengados contra la quiebra en carácter de costas, a favor de los profesionales representantes o patrocinantes de los deudores de la quiebra en los juicios promovidos por la sindicatura en representación de esta cuyo pago inmediato, con aplicación de la regla de prededucción habría de ser producida en forma inmediata a que adquiriese carácter firme la respectiva regulación, independientemente de las costas y consecuentes honorarios impuestos a favor de los profesionales en defensa de terceros no deudores de la quiebra.

El conflicto en cambio es posible cuando se trata de la ley especial de liquidación de entidades financieras, regulado por la ley especial 21.526 y su reforma 22.529, en cuyo sistema el síndico liquidador es el BCRA cuya función es ejecutada ante el Tribunal por funcionarios del Banco Central, de las respectivas áreas de asistencia legal y liquidación de entidades financieras, consecuentemente remuneradas por el Banco Central, con sus fondos propios, sin retribución alguna – gratuidad- con fondos de la quiebra.

En razón de su doble rol de acreedor de la entidad financiera y a la vez síndico liquidador de la misma, tiene interés contrario y todo lo que se refiere a su propio crédito por lo cual a su verificación y eventual incidente de revisión el tribunal debe designar a los funcionarios *ad hoc* de dicho trámite al efecto de la intervención en las etapas de verificación del crédito del BCRA y en su caso del incidente de revisión de dicha verificación.

En tales hipótesis, los trabajos atribuidos a la función de la sindicatura *ad hoc* (*rectius*: de sus integrantes), finalizan cuando termina la verificación de créditos, y en su caso el incidente de revisión. Tratándose de los honorarios retributivos de los profesionales de la quiebra designados *ad hoc*, los que tienen carácter obligatorio e irrenunciables, son regulados al concluir su cometido esto es mucho antes de la oportunidad de regulación que acontece en el trámite ordinario -Ley 21.526 y 22.529-.

DECONOMI

Tales honorarios son atribuidos de las condiciones de prededucibilidad y en consecuencia de pago inmediato, y en su caso con más sus intereses moratorios y punitivos; esto es debidamente actualizados al momento de pago con más sus accesorios, multas y costas si hubieren sido impuestas en el trámite de los incidentes de cobro ejecutivo contra el BCRA ante el incumplimiento de las intimaciones de pago de los referidos honorarios.

El carácter y alcance de la prededucibilidad, que asiste a los créditos del concurso en los términos establecidos por el art. 240 tiene un tratamiento de calificado rigor jurídico parte de la Profesora Dra. Aida Kemelmajer de Carlucci, quien fundamenta exhaustivamente el carácter de prioridad ordinal o temporánea, y sustancial de la retribución de los funcionarios de la quiebra respecto de los honorarios profesionales representantes o patrocinantes de las demandas interpuestas y rechazadas con costas al Banco Central en su carácter de sindico de la quiebra, en los juicios contra deudores demandados que en razón de la eliminación del fuero de atracción activo, ante los tribunales extraños a la quiebra, están sometidos al juicio de jueces de otras jurisdicciones, o aun de la misma, pero todos ajenos al tribunal natural.¹⁷

¹⁷ KEMELMAJER DE CARLUCCI AIDA *“Modificación al régimen de prioridades concursales”*, Rev. Der. Privado y Comunitario n° 11, pág. 180 y ss. de inexcusable lectura: enseña que no asiste razón a quienes pretenden prededución de sus honorarios *“sin la necesidad de un resultado económico de ingresos de fondos” como son los profesionales representantes de terceros en demandas promovidas por la sindicatura, rechazadas con costas a la quiebra, siendo suficiente una actividad que haya servido para que los créditos no prescriban desde que son gastos de conservación igual que lo gastado en contratar un seguro, un transporte o un alquiler”* a lo cual contesta literalmente *“no les asiste razón”* ...y como conclusión explicaré porque: a) a) *argumentación gramatical focalizada en el silencio del texto legal respecto de los servicios profesionales que se advierte en el art. 182 LCQ, el que al establecer prioridad en el cobro en las demandas contra terceros, permite que la sindicatura liquide sin pagar tasa de justicia pero nada dice respecto de los honorarios cuyo silencio lleva a concluir que esos honorarios tengan la prioridad de los gastos de justicia que necesariamente deben reunir los recaudos que justifican que los acreedores con privilegio general y los quirografarios soporten tal prioridad como he explicado en los precedentes entre los requisitos para constituir la prioridad correspondiente a los gastos de conservación, administración y liquidación es tal la exigencia que el beneficio para la masa sea inmediato, directo porque de algún modo todas las gestiones que resultan beneficiosas para el patrimonio de una persona aprovechan a sus acreedores; si cualquier beneficio (aunque fuese indirecto se pudiese catalogar de gastos de justicia), la categoría quedaría totalmente desnaturalizada. El enriquecimiento sin causa puede justificar que los acreedores soporten los costos de la actividad profesional cuando ha existido un beneficio real, no cuando se trata de meros actos de conservación eventual, desde que nada sirve conservar una acción si en definitiva no debe pagar por carecer de bienes o por cualquier otra razón”*.
Agrega: b) *“la interpretación sistemática apoya aún más la solución, que es la misma a la que llegan en el caso los jueces de primera instancia y de alzada, (alude al caso Banco Multicrédito SA s/ quiebra, Fallo de la Suprema Corte de la Provincia de Mendoza, publicado bajo el título “Prioridad de los gastos de justicia en la quiebra”, publicado en Microjuris Argentina: MJ-JU-M41255-AR | MJJ41255 | MJJ41255).*

XI. DOCTRINA DEL ORDENAMIENTO ALEMÁN EN MATERIA DE CAPITAL SOCIAL O EL ORIGEN DE UN DESVIÓ

La doctrina del capital social que postula la responsabilidad de los socios en hipótesis de insolvencia, enseña Fernandez De La Cámara tiene raigambre en la sociedad anónima alemana –*Aktiengesellschaft*-, cuya finalidad es la recaudación de ahorro público, constituida en un tipo “abierto”, sometido en su constitución, actividad y liquidación a la autoridad de aplicación, de la misma manera que las leyes especiales de liquidación de bancos, de compañía de seguros y otras que por su implicancia particular en el interés general del ahorro o inversión pública, cuya rigidez se justifica en orden a la seguridad de los inversores – accionistas minoritarios, totalmente diverso al régimen de las sociedades de capital, en las que la ley establece la responsabilidad del limitada a su aporte comprometido en el acto fundacional e integrado en el mismo acto o en los plazos establecidos por la ley.

El capital social, es denominado también, “capital material” y está concebido en forma que su cifra o monto determinara el límite del riesgo que soporta el socio, condición esta típica de las sociedades anónimas, y en general de las llamadas sociedades de capital: la responsabilidad limitada al aporte.

La teoría del capital social fue luego lentamente evolucionando en orden a la protección de los acreedores en forma tal que como corresponsable de la responsabilidad limitada en protección de los accionistas, debe también protección a sus acreedores, con un capital social significado con un patrimonio suficiente para constituirlo en garantía de responsabilidad frente aquellos, por lo que en caso de insuficiencia (crisis-insolvencia) recae sobre los socios la responsabilidad personal para el reintegro hasta el monto del déficit, tal como lo establece la SA de ahorro-inversión pública (*Aktiengesellschaft*).

Ello constituye lo que a partir de la doctrina alemana comenzó a denominarse “*función de garantía o realidad del capital social*”, sin advertir que dicha función es adjudicada al subtipo de SA con objeto abierto al ahorro público, esto es con compromiso del interés general, por lo que luego aparece extendida

DECONOMI

a las sociedades cerradas, también denominadas “de familia”, totalmente ajeno a la colección del ahorro público que, como los bancos y compañías de seguros sometidas a la autoridad de aplicación, obligadas a ajustar su capital social, esto es su “capital de responsabilidad” en la oportunidad y medida que lo disponga su autoridad de aplicación.

De allí que la doctrina alemana mayoritaria haya dado nacimiento a la ya aludida “*función de garantía o realidad*” del capital social que tiene permanencia actual cuando afirma que los socios deben mantener disponibilidad suficiente para abastecer todas las deudas frente a sus acreedores más la cifra de capital al momento de su exigibilidad.

A partir de aquel desvío, la doctrina mayoritaria alemana aboga por la derogación de la responsabilidad limitada de los socios salvo la de aquellos que no supieren de la infracapitalización o que a sabiendas se hubieren opuesto. Es minoritaria la que predica que sólo debe ser compensado el riesgo adicional trasladado a los acreedores por la infracapitalización.¹⁸

Pero la realidad económica demuestra claramente que en el marco de la cifra de **capital mínimo**, consagrada en nuestro ordenamiento (salvo la Ley de Bancos, Aseguradoras y otras), tomando por modelo el tipo clásico de la sociedad anónima, se atribuye al “*capital social*” la función de constituir la garantía del pago de las obligaciones de la sociedad, siendo que ese capital social “*mínimo*”, sólo forma una parte carente de significación económica de un todo cuya realidad dinámica o mutable está constituida por todos los bienes – créditos y deudas, activo y pasivo, que constituyen el patrimonio de la sociedad, cuya reducción constituyen “*pérdidas*” que se reflejan en el valor de los bienes y derechos que se registran en el activo, de modo que para atender las obligaciones exigibles, se imputan las pérdidas a la cifra de capital, quedando cubiertas por el monto del activo del balance. Toda vez que el capital social determinado como ocurre con la Ley General de Sociedades art. 186 en una cifra de “*capital mínimo*” carente de entidad económica, es patente que el capital social, identificado con el monto aportado por los accionistas, no constituye

¹⁸ Lutter-Hommelhof, “*Nachrangiges Haftkapital und Untekapitalisierung in der GmbH*” (“*Capital pasivo subordinado y subcapitalización en el GmbH*”) en ZGR 1/1979 ps. 31 y 59.

DECONOMI

garantía de los acreedores sociales pues no evita que los accionistas distribuyan el patrimonio social, aún sin haber pagado ni al menos reservado patrimonio suficiente para abastecer las deudas de la sociedad.

La teoría actual del capital social como contenido sustancial típico del derecho de la sociedad anónima y de capitales en general, heredada de la *Aktiengesellschaft* predica como aquella un presupuesto imperativo en el que una cifra de capital relevante y así constituye un test de solvencia, significada por el compromiso de los socios-accionistas de que el capital social estará constituido por activos de un valor real (equivalente a la cifra del capital social).¹⁹

Desconoce la significación económica del “capital social” que excluye de cuajo la función de garantía, aún indirecta, ya que ni siquiera puede obrar como nivel de evitación o límite impeditivo de la distribución de las ganancias a los socios lo cual descarta por ineficaz la proclamada función de garantía de los acreedores y en cambio, destaca su función organizativa al reconocer a los accionistas la parte alícuota de un porcentaje ideal en el fraccionamiento del capital social que representa en el ordenamiento el grado de participación porcentual en los derechos políticos y patrimoniales que les asisten, cuyos contenidos, formas de ejercicio y efectos están determinados en el mismo ordenamiento estatutario y legal. ²⁰

XII. A MODO DE CONCLUSIÓN

La prededucción adjudicada a determinados créditos respecto de determinadas deudas, concretamente las que como verdadera pandemia económica obstruyen y hasta paralizan hasta extremos de catástrofe la actividad de las empresas, constituye el instrumento de apoyo y estímulo que procura en el sombrío escenario de la enfermedad global económica y sanitaria un instrumento de salvataje que permita al deudor, a pesar de los irrefutables

¹⁹ FERNANDEZ DE LA GANDARA, *op. cit.*, p. 1186 De la autonomía de la voluntad resulta la libertad de contrato que implica el equilibrio en la negociación que lleva a considerar la inexistencia de externalización que la doctrina de la infracapitalización traslada al exclusivo soporte del crédito sin que exista una voluntaria evaluación sin la cual no hubiera existido ni contrato, ni crédito, ni deuda.

²⁰ ROBERT CH CLARK, en “*Corporate Law*”, Boston, Toronto, año 1986 expone: “*Colegas míos, dignos de toda confianza, me han contado que muchos profesores de derecho de sociedades emplean una parte sustancial del tiempo de clase dedicándolo a la doctrina de capital. Mi innato optimismo me lleva a esperar que tu estudiante de derecho, no sufras semejante desgracia*”

DECONOMI

argumentos contrarios lograr la *in possessio financing* que ya antes de la pandemia era considerada no sólo en nuestro medio sino en todas las economías de todos los países, la condición inexorable en orden a todo procedimiento que tuviere por objetivo evitar la liquidación.

En tal marco las doctrinas del capital social vinculada con la responsabilidad limitada o ilimitada de los socios anudada en la doctrina de la *infracapitalización material o nominal* nacida en la doctrina alemana, y el novedoso reconocimiento de atribuir a los socios el derecho de financiamiento a la propia sociedad equiparándolo a la financiación externa, constituyen los conflictivos temas que hemos procurado desarrollar en un tiempo en que no tuvimos oportunidad de ser más breves. Quizás en el próximo número encontremos la oportunidad de hacerlo.

“La Cooperativa de trabajo en la Ley Concursal: ¿Un instrumento en la crisis?”

por Patricia Fernández Andreani²¹

SUMARIO:

Las cooperativas de trabajo nacidas a consecuencia del estado de crisis de sus empleadoras pueden ser un instrumento en la crisis y pueden ser una herramienta para dar solución a muchos trabajadores, pero no dejan de ser empresas, organizaciones que tienen en mira la producción e intercambio de bienes y servicios, que pertenecen a la economía social y que deben ser sustentables. El mejor desempeño de estas empresas no solo tiene que ver con la asistencia que le pueda dar el Estado en su fase primaria (aunque ello es trascendente), sino preferentemente con el plan estratégico de desarrollo que tracen, donde deberá analizarse los motivos de la crisis, los problemas particulares de la actividad o sector y el endeudamiento, el valor humano, la producción, los recursos y la administración, pero fundamentalmente contar con capital. Para ello Argentina debe dar un paso adelante en la incorporación de una nueva categoría de socios, los llamados "socios de apoyo", que podrían aportar capital y recibir una remuneración. De esta manera el Estado, como los privados podrían contribuir más efectivamente a fortalecer el tercer sector y en especial a las cooperativas en cuestión.

I. Introducción.-

En el texto de la Ley de Concursos y Quiebras, fundamentalmente a partir de la reforma propiciada por la Ley 26.684, encontramos tres escenarios posibles donde puede desarrollarse y participar una cooperativa conformada por los trabajadores de la empresa en crisis.

²¹ Abogada, Doctora en Derecho de la Universidad de Valencia, España, Diplomada en Altos Estudios Europeos, Master en Derecho de la Empresa de la Universidad Austral, Profesora del Programa del Doctorado de la UMSA y docente de grado en otras universidades entre ellas UBA.

DECONOMI

Los tres escenarios a los que refiere la ley son: a) El procedimiento que procura evitar la quiebra a través del Cramdown; b) Cuando se declara la quiebra para permitir la continuación de la empresa en marcha; c) En el proceso de enajenación de la empresa en la etapa liquidativa.

I.1 . El caso del Cramdown

El artículo 48 de la LCQ consagra un instituto especial para evitar la declaración falencial en caso de no alcanzar el concursado las conformidades que se requieren para un acuerdo preventivo, que consiste –en resumidas cuentas– en un “salvataje” de la empresa abierto a la participación de terceros (además del propio deudor concursal), quienes pueden pujar por ofrecer propuestas de pago a los acreedores, asumiendo la deuda de la concursada, y pagando asimismo el valor previamente fijado por el Juez del concurso de las cuotas o acciones representativas del capital social de la concursada.

Dice la norma que en el caso de sociedades de responsabilidad limitada, sociedades por acciones, sociedades cooperativas²², y aquellas sociedades en que el Estado nacional, provincial o municipal sea parte, con exclusión de las personas reguladas por las leyes 20.091, 20.321, 24.241 y las excluidas por leyes especiales, vencido el período de exclusividad sin que el deudor hubiera obtenido las conformidades previstas para el acuerdo preventivo, no se declarará la quiebra, sino que dentro de los dos días el juez dispondrá la apertura de un registro en el expediente para que dentro del plazo de cinco días se inscriban los acreedores, la cooperativa de trabajo conformada por trabajadores de la misma empresa —incluida la cooperativa en formación— y otros terceros interesados en la adquisición de las acciones o cuotas representativas del capital social de la concursada, a efectos de formular propuesta de acuerdo preventivo. Si transcurrido el plazo señalado no hubiera ningún inscripto el juez declarará la quiebra²³.

²² Compartimos con Dante Cracogna que existen razones que conspiran contra la aplicación de este instituto en caso de cooperativas. Ver CRACROGNA, Dante, "Cramdown y Cooperativas", *L.L.*, Cita *on line*, 0003/007463.

²³ En cambio si hubiera inscriptos en el registro arriba señalado, el juez designará un evaluador en los términos del artículo 262 de la LCQ. La valuación establecerá el real valor de mercado, a cuyo efecto, y sin perjuicio de otros elementos que se consideren apropiados, ponderará el informe del artículo 39, incisos 2 y,3, sin que esto resulte vinculante para el evaluador; las altas, bajas y modificaciones sustanciales de los

DECONOMI

En lo que respecta a la participación de las cooperativas de trabajo, la LCQ dedica un artículo exclusivo a regular aspectos específicos respecto a la existencia de deudas concursales laborales.

Dice el artículo 48 bis LCQ que en caso que se inscriba la cooperativa de trabajo —incluida la cooperativa en formación—, el juez ordenará al síndico que practique liquidación de todos los créditos que corresponderían a los trabajadores inscriptos por las indemnizaciones previstas en los artículos 232, 233 y 245 del Régimen de Contrato de Trabajo aprobado por ley 20.744, los estatutos especiales, convenios colectivos o la que hayan acordado las partes. Los créditos así calculados podrán hacerse valer para intervenir en el procedimiento previsto en el artículo 48 LCQ.

De resultar la “cramdista” cooperativa de trabajo exitosa en la obtención de las conformidades y homologado el convenio, se producirá la disolución del contrato de trabajo de los trabajadores inscriptos y los créditos laborales se transferirán a favor de la cooperativa de trabajo convirtiéndose en cuotas de capital social de la misma. El juez fijará el plazo para la inscripción definitiva de la cooperativa bajo apercibimiento de no proceder a la homologación. La cooperativa asumirá todas las obligaciones que surjan de las conformidades presentadas.

Como notas distintivas se prevén algunos beneficios a favor de la cooperativa de trabajo. Así el Banco de la Nación Argentina y la Administración Federal de Ingresos Públicos, cuando fueren acreedores de la concursada, deberán otorgar las respectivas conformidades a las cooperativas, y las facilidades de refinanciación de deudas en las condiciones más favorables vigentes en sus respectivas carteras. Asimismo, queda exceptuada la cooperativa de trabajadores de efectuar el depósito del veinticinco por ciento (25%) del valor de la oferta prevista en el punto i), inciso 7 del artículo 48 y, por el plazo que determine la autoridad de aplicación de la ley 20.337, del depósito del cinco por ciento (5%) del capital suscripto previsto en el artículo 90 de la ley 20.337. Por último, en el trámite de constitución de la cooperativa la autoridad de

activos; la incidencia de los pasivos postconcursoales. Finalmente el juez fijará, mediante resolución que no admite apelación, el valor de las cuotas o acciones representativas del capital social de la concursada.

DECONOMI

aplicación encargada de su inscripción acordará primera prioridad al trámite de la misma debiéndose concluir dentro de los diez días hábiles.

I.2. . Continuidad en caso de quiebra

Los trabajadores (en actividad o acreedores laborales) organizados en una cooperativa pueden solicitar al síndico o al juez la continuidad inmediata de la explotación de la empresa quebrada, cuando se configuran los recaudos previstos en el art. 189 de la LCQ.

Allí se establece que el síndico puede continuar de inmediato con la explotación de la empresa o alguno de sus establecimientos, si de la interrupción pudiera resultar con evidencia un daño grave al interés de los acreedores y a la conservación del patrimonio, si se interrumpiera un ciclo de producción que puede concluirse o entiende que el emprendimiento resulta económicamente viable. También la conservación de la fuente de trabajo habilita la continuación inmediata de la explotación de la empresa o de alguno de sus establecimientos, si las dos terceras partes del personal en actividad o de los acreedores laborales, organizados en cooperativa, incluso en formación, la soliciten al síndico o al juez, si aquél todavía no se hubiera hecho cargo, a partir de la sentencia de quiebra y hasta cinco días luego de la última publicación de edictos en el diario oficial que corresponda a la jurisdicción del establecimiento.

Asimismo, el art. 190 LCQ prevé la instancia ordinaria para todo proceso falencial respecto a la evaluación y decisión acerca de la continuidad de la empresa. Por supuesto los trabajadores y acreedores laborales también tienen abierta la posibilidad de la explotación bajo cooperativa de trabajo.

Como corolario de este apartado, no podemos dejar de citar la opción que contempla el art. 187 LCQ en cuanto a la posibilidad de la cooperativa de trabajadores de formular una propuesta de contrato para la conservación y administración de los bienes de la fallida.

De acuerdo con las circunstancias el juez puede requerir que se presenten diversas propuestas mediante el procedimiento que estime más seguro y eficiente y que se ofrezcan garantías. La cooperativa de trabajo de trabajadores del mismo establecimiento podrá proponer contrato. En este caso se admitirá que garantice el contrato en todo o en parte con los créditos laborales

DECONOMI

de sus asociados pendientes de cobro en la quiebra que éstos voluntariamente afecten a tal propósito, con consentimiento prestado en audiencia ante el juez de la quiebra y con intervención de la asociación sindical legitimada.

I.3. . El supuesto de enajenación de la empresa

También encontramos injerencia de los trabajadores y acreedores laborales en el caso de la realización de los bienes por venta de la empresa.

El art. 205 LCQ prescribe un procedimiento para la venta de la empresa o de uno o más establecimientos.

En primer lugar, el designado para la enajenación, tasa aquello que se proyecta vender en función de su valor probable de realización en el mercado; de esa tasación se corre vista a la cooperativa de trabajadores en caso de que ésta se hubiera formado y al síndico quien, además, informará el valor a que hace referencia el artículo 206. En todos los casos comprendidos en el procedimiento de venta la cooperativa de trabajo podrá realizar oferta y requerir la adjudicación de la empresa al valor de tasación de acuerdo al inciso anterior.

El procedimiento descrito se completa con la previsión del art. 203bis LCQ. Allí se dicta que los trabajadores reunidos en cooperativa de trabajo están habilitados para solicitar la adquisición de conformidad con el artículo 205, incisos 1) y 2) y podrán hacer valer en ese procedimiento la compensación con los créditos que le asisten a los trabajadores de la fallida, de conformidad a los artículos 241, inciso 2) y 246, inciso 1) de la ley concursal, no siendo aplicable en este caso la prohibición del artículo 211. El monto de las indemnizaciones será calculado, a los fines de la compensación, de conformidad con el artículo 245 de la ley 20.744 (t.o. 1976), los estatutos especiales, convenios colectivos o contratos individuales, según el que resultare más favorable a los trabajadores. A tal efecto, podrán utilizarse total o parcialmente los créditos laborales de los que resulten titulares trabajadores que voluntariamente los cedan a la cooperativa.

Otra variable admitida por la LCQ es la venta directa. El art. 213 de aquel cuerpo normativo establece que el juez puede disponer la venta directa de bienes, previa vista al síndico, a la cooperativa de trabajo para el caso de que ésta sea continuadora de la explotación, cuando por su naturaleza, su escaso

DECONOMI

valor o el fracaso de otra forma de enajenación resultare de utilidad evidente para el concurso. En ese caso, determina la forma de enajenación, que puede confiar al síndico o a un intermediario, institución o mercado especializado. La venta que realicen requiere aprobación judicial posterior.

II. . La finalidad de la ley en especial en el procedimiento de salvataje y de enajenación

Los procesos falenciales, que en un principio sólo procuraban proteger a los acreedores, fueron incorporando a lo largo del tiempo nuevos sujetos y bienes jurídicos tutelados.

La creación de privilegios para el cobro, tal como se verifica en los créditos fiscales y los laborales (con el objeto de brindar protección diferencial al Fisco y a los trabajadores); la inclusión de procesos preventivos y su facilitación (como la conversión, el acuerdo preventivo extrajudicial) y herramientas de continuidad empresarial en las quiebras, con un marcado propósito de preservar a la empresa, proteger el empleo, garantizar la paz social, etc., son sólo algunos ejemplos de instituciones incorporadas a la legislación argentina y que han llevado a un cambio en el dogma originario.

El salvataje, también denominado “cramdown” debido a su denominación de origen, y que fuera acabadamente descripto en el apartado I.1 precedente, constituye sin lugar a dudas un instituto incorporado con la Ley 24.522 para tutelar la continuidad de la empresa, entendida como organización que despliega una actividad económica de producción de bienes y prestación de servicios. Los objetivos detrás de la protección de la empresa suelen ser, asimismo, la preservación de las fuentes de trabajo, la incolumidad de actividades de razonable impacto social, la ponderación de la generación de riqueza; en otras palabras, rescatar a la empresa sustentable y para algunos autores económicamente viable y socialmente útil²⁴.

Misma meta comparte la continuidad de la empresa en caso de quiebra, instituto que se remonta a la vieja Ley 19.551, más allá de las

²⁴ BARRREIRO, Marcelo, "El interés concursal", I Congreso Iberoamericano de Derecho Concursal, Mérida, 2006. En el mismo sentido, ALEGRÍA, Héctor en el trabajo publicado en *L.L.*, 9/05/2007.

DECONOMI

numerosas modificaciones que ha experimentado y que hoy día se encuentra regulado conforme lo visto en el apartado II.2 de este trabajo. Y en estrecha vinculación también se presenta con carácter prioritario la enajenación de la empresa como unidad inescindible (ver acápite I.3).

Por supuesto que la irrupción de la cooperativa de trabajo como sujeto protagonista tanto en el proceso concursal como en el falencial, forma parte de esta serie de cambios en la finalidad que persigue la Ley de Concursos y Quiebras. Ahora vemos que la protección de la empresa como fin primordial, y la tutela del trabajo que alberga en su seno como fin indirecto, han invertido sus roles: la reforma introducida por la Ley 26.684 pone el eje en la protección de los trabajadores y su fuente laboral, e indirectamente se contribuye (o al menos ello se pretende) a la preservación de la empresa como entidad económica de interés.

Ello además se corresponde con el Convenio 173 OIT ratificado por ley 24.285 que subraya la protección de los créditos laborales en caso de insolvencia del empleador, observándose mayor importancia a la rehabilitación de empresas insolventes y que a consecuencia de los efectos sociales de la crisis, deberían realizarse esfuerzos, siempre que sea posible para rehabilitar las empresas y salvaguardar el empleo.

En el mismo sentido la recomendación 193 de la OIT reconoce la importancia de las cooperativas para la creación de empleos, la movilización de los recursos y la generación de inversiones, así como su contribución a la economía y que las cooperativas en sus diversas formas, promueven la más completa participación de toda la población en el desarrollo económico y social.

De allí es que bajo estos nuevos paradigmas se pone en tensión el derecho de propiedad y el derecho al trabajo, cuestión que la LCQ y las normas supranacionales han inclinado la balanza.

III. El modelo cooperativo de trabajo asociado, dificultades y retos

Conforme un estudio realizado por un programa interdisciplinario de la Universidad de Buenos Aires en año 2017 fueron contabilizadas 460 empresas

DECONOMI

recuperadas en manos de los trabajadores²⁵, aunque para Eduardo Murua, Director de Programas de Inclusión Económica de la Dirección Nacional de Economía Popular de la Subsecretaría de Promoción de la Economía Social y Desarrollo Local de la Secretaría de Economía Social del Ministerio de Desarrollo Social son 323 las cooperativas inscriptas, involucrando éstas 14600 trabajadores/asociados y a razón del 80% de estas son devenidas de un proceso concursal²⁶.

La gran mayoría de las cooperativas o empresas recuperadas han tenido serias dificultades para sostenerse y crecer, aunque muchas finalmente se lograron nivelar y fortalecerse, mientras que otra importante cantidad de cooperativas fracasaron. Las razones de las dificultades y en muchos caso del fracasos son muy variadas, pero bastante homogéneas.

Sobre la base de un interesante estudio de Investigación de la Universidad de José C Paz, titulado "Viabilidad Social de Cooperativas de Trabajo y empresas recuperadas" dirigido por la Dra. Gabriela Boquin se advierte que, las dificultades que atraviesan las empresas recuperadas en manos de cooperativas de trabajadores reside en la falta de apoyo por parte del Estado, la falta de espíritu emprendedor de los ex empleados, el desconocimiento de los dependientes devenidos en asociados, acerca de los derechos y sobre educación cooperativa, los conflictos de los obreros de las fabricas recuperadas, la falta de capital, las dificultades para acceder al crédito, etc.

Para analizar este tópico creemos aconsejable primero hacer una análisis del modelo cooperativo de trabajo, identificar sus particularidades, para luego analizar las dificultades que atraviesan las empresas recuperadas, razones que en muchos casos tiene que ver con el propio modelo y con la

²⁵ Marginaciones Sociales y políticas Públicas. Volumen 1 Marginaciones sociales y trabajo, 2017, Editado por la UBA. Programa Interdisciplinario de la UBA sobre Marginaciones Sociales (PIUBAMAS) Dra. Robertazzi.

²⁶ Conf. entrevista a Eduardo Murua, Director de Programas de Inclusión Económica de la Dirección Nacional de Economía Popular de la Subsecretaría de Promoción de la Economía Social y Desarrollo Local de la Secretaría de Economía Social del Ministerio de Desarrollo Social, Poder Ejecutivo Nacional (Decisión Administrativa 1286/2020 de fecha 17/7/2020) que se encuentra agregada al Trabajo de Investigación titulado "Viabilidad Social de Cooperativas de Trabajo y empresas recuperadas", realizado por la UMPAZ y dirigida por la Dra. Gabriela F. Boquin.

DECONOMI

necesidad que se produzcan cambios normativos que permitan fortalecer a estas organizaciones y al conjunto de la economía social.

III. 1. Como opera la cooperativa de trabajo. Particularidades del modelo.

Las cooperativas en general se derivan de dos modelos clásicos a saber, cooperativas de producción y cooperativas de consumo. En las cooperativas de producción los socios se agrupan con el fin de aumentar sus rentas por medio del ejercicio en común de una actividad económica. Las cooperativas de trabajo pertenecen al grupo de las cooperativas de producción y tienen como objeto proporcionar a sus socios puestos de trabajo, mediante su esfuerzo personal y directo, a través de la organización común de la producción de bienes o servicios.

En estas cooperativas los socios están obligados a participar en la actividad cooperativa prestando trabajo personal, de manera que se configura como una asociación de trabajo que implica que el cooperativista fundamenta su condición de socio en la de aportante de su capacidad laboral.

La naturaleza jurídica de la relación en las cooperativas de producción, y en concreto de las de trabajo, con los socios que presentan en ella su trabajo, se ha discutido largamente si esa relación era contractual surgida de un contrato laboral o societaria. La doctrina contractualista, mayormente sostenida en Italia, aboga por la existencia en el marco de las cooperativas de producción de un doble vínculo contractual conformado por un contrato de sociedad y un contrato de trabajo²⁷.

La admisión de esta tesis lleva implícita el reconocimiento de una dualidad de regímenes jurídicos, de un lado el societario, que ordenaría la condición de socio; y del otro, el de orden laboral, que regularía su condición de trabajador. Sin embargo Argentina y en general América Latina han abrazado las directivas de la Ley Marco para las cooperativas de América y han justificado la relación entre el asociado y la cooperativa el acto cooperativo. El acto

²⁷ GADEA -SACRISTÁN - VARGAS VASSEROT, *Régimen Jurídico de la Sociedad Cooperativa del Siglo XXI. Realidad actual y propuestas de reformas*, Ed. Dykinson, Madrid, 2009, p. 440 y sig.

DECONOMI

cooperativo es el vínculo que une al asociado con la cooperativa, es mutual y societario²⁸. Es una actividad interna realizada por los socios e íntimamente ligada a la consecución del objeto social de la cooperativa.

En el caso de las cooperativas de trabajo se entiende por actividad cooperativizada o acto cooperativo de los socios el trabajo que en ella prestan. La ajenidad del trabajo cooperativo es el elemento crucial de la relación laboral. Su existencia es básica para aceptar o rechazar la naturaleza laboral de la actividad cooperativa en las cooperativas de producción.

Se plantea si tiene rasgos de la relación laboral, voluntariedad, dependencia, ajenidad, y retribución del trabajo cooperativo. La ajenidad en los medios de producción, en los frutos, en la utilidad patrimonial y en los riesgos es lo que determina que no estamos frente a una relación laboral²⁹.

Este tipo cooperativo es el más expandido en nuestro país³⁰, pero también es un modelo conflictivo. Su conflictividad reside en que en la cooperativa de trabajo a diferencia de la cooperativa de consumo, el trabajador toma contacto con la organización todo el tiempo y vive de ella.

Recordemos que el asociado/trabajador pone su fuerza de trabajo al servicio de la cooperativa. Por la fuerza de trabajo el asociado no recibe un salario sino que una vez vendido al mercado los bienes o servicios que produce la cooperativa, deducida las deudas y las reservas, el excedente debe ser distribuido entre los asociados en concepto de retorno. Ese retorno es lo que le permitirá afrontar la vida y el costo que esta tiene. Vale la pena aclarar que los asociados en la cooperativa de trabajo participan de los resultados positivos del ejercicio económico a través de anticipos societarios. El anticipo no tiene la consideración de salario ya que las percepciones son a cuenta de los excedentes

²⁸ Conf. art 4 Ley de Cooperativas que dice "Son actos cooperativos los realizados entre las cooperativas y sus asociados y por aquellos entre sí en el cumplimiento del objeto social y la consecución de los fines institucionales.

²⁹ GADEA -SACRISTÁN - VARGAS VASSEROT, *Régimen Jurídico de la Sociedad Cooperativa del Siglo XXI. Realidad actual y propuestas de reformas*, Ed. Dykinson, Madrid, 2009, p. 441 y sig.

³⁰ Conforme entrevista realizada al titular del INAES incorporada al Trabajo de Investigación de la Universidad de UNPaz dirigido por la Dra. Gabriela F. Boquin. En esa entrevista se indica que "si se toma el RENATEP (Registro Nacional de Trabajadores de la Economía Popular), 1.000.000 dicen estar en un proceso asociativo, ahora si miramos hay 5000 cooperativas de trabajo registradas en el INAES o sea que evidentemente hay un desfase entre los trabajadores que funcionan bajo lógica de cooperativa pero no tienen la matrícula de la cooperativa".

DECONOMI

de la cooperativa. Estos pagos son una distribución previa de beneficios que se pagan por mes y se descuentan posteriormente de los excedentes que corresponda a cada socio.

De allí es que a las cooperativas de trabajo les resulta mucho más difícil capitalizarse porque en general el total del excedente se devuelve vía retorno ya que ese retorno es el medio de vida del asociado. Por ejemplo en las cooperativas de consumo al ser muy difícil determinar el costo con antelación, los precios de los bienes o servicios que la cooperativa presta se fijan en exceso del costo y ese excedente que se genera en general, la propia cooperativa a través de su órgano de gobierno al final del ejercicio, decide capitalizarlos y así crece y se robustece.

III.2. Dificultades de las empresas recuperadas

Las experiencias de las empresas recuperadas indica que estas nacen con serias dificultades que deben sortear. No es lo mismo constituir una cooperativa de trabajo con asociados que estén involucrados en un proyecto asociativo y mutual, que los asociados sean trabajadores de una empresa en crisis y que pretenden a través de esta organización societaria mantener su fuente de trabajo y rescatar la empresa.

Así los trabajadores se ven inducidos a asociarse en contraposición del propio principio de puertas abiertas. Acostumbrados a ser dependientes, el cambio de rol trabajador a emprendedor, no es fácil de asimilar, el cambio del principio jerárquico al principio igualitario genera una importante conflictividad³¹.

A su vez, los trabajadores devenidos en asociados deben hacer frente a una empresa que arrastra en general años de crisis y de falta de inversión. En muchos casos en un contexto adverso por los problemas particulares de la actividad o sector o el endeudamiento³².

³¹ De ello da cuenta la entrevista realizada a Alexander Roig, titular del INAES, agregada al Trabajo de Investigación realizado por la UMPAZ titulado "Viabilidad Social de Cooperativas de Trabajo y empresas recuperadas", y dirigida por la Dra. Gabriela F. Boquin.

³² Entrevista a Eduardo Murua, Director de Programas de Inclusión Económica de la Dirección Nacional de Economía Popular de la Subsecretaría de Promoción de la Economía Social y Desarrollo Local de la Secretaría de Economía Social del Ministerio de Desarrollo Social, Poder Ejecutivo Nacional (Decisión Administrativa 1286/2020 de fecha 17/7/2020) que se encuentra agregada al Trabajo de Investigación realizado por la UMPAZ y dirigida por la Dra. Gabriela F. Boquin.

DECONOMI

El rol de los trabajadores suele enfrentarse con la necesidad de adquirir nuevos conocimientos para actuar en áreas que antes eran manejadas por el empleador (administrativos, comerciales, legales y dificultades para su capacitación)³³.

Del mismo modo, la cooperativa pasa a tener obligaciones impositivas, legales, administrativas, frente a los diferentes organismos del Estado y para su debido cumplimiento resulta conveniente la ayuda de profesionales y de otras cooperativas.

A pesar de haber repasado gran parte de los problemas que aquejan a las empresas recuperadas conforme testimonio de sus propios líderes, creemos que la falta de capital es el gran talón de Aquiles del sistema cooperativo en general, pero mucho más acentuado en el caso de las cooperativas de trabajo.

Para sortear este problema el derecho comparado viene introduciendo nuevos mecanismos de financiamiento a través de los que se llaman "socios de apoyo". En Argentina en el año 2014 el INAES impulso una reforma a la Ley de cooperativas, mediante lo que se llamo el Anteproyecto de Ley Federal de la Economía Solidaria, donde se preveía la posibilidad de que se incorporen socios de apoyo. Lamentablemente esta reforma no tuvo acogida y tampoco consenso en el movimiento cooperativo.

Muchas de las dificultades que señala en la entrevista a Eduardo Murua, Director de Programas de Inclusión Económica e integrante del movimiento de Empresas Recuperadas, indica que gran parte del problema es la falta de políticas estatales debido a la colonización del Estado por parte de grupos que responden a otros intereses³⁴.

³³ Conf. entrevista a la Cooperativa Madygraft en el Trabajo de Investigación de la UNPAZ, dirigido por la Dra. Gabriela F. Boquin (Anexo II).

³⁴ Entrevista a Eduardo Murua, Director de Programas de Inclusión Económica de la Dirección Nacional de Economía Popular de la Subsecretaría de Promoción de la Economía Social y Desarrollo Local de la Secretaría de Economía Social del Ministerio de Desarrollo Social, Poder Ejecutivo Nacional (Decisión Administrativa 1286/2020 de fecha 17/7/2020) que se encuentra agregada al Trabajo de Investigación realizado por la UMPAZ titulado "Viabilidad Social de Cooperativas de Trabajo y empresas recuperadas", y dirigida por la Dra. Gabriela F. Boquin.

DECONOMI

Comparto que el Estado tiene asumido una obligación legal de colaborar con la formación de estas cooperativas y ello implicaría facilitar los trámites de constitución, asesorar, facilitar ayuda para los diferentes trámites ante los organismos del Estado, brindar educación cooperativa, darle a través del Banco de la Nación Argentina y la Administración Federal de Ingresos Públicos las respectivas conformidades a las cooperativas, y las facilidades de refinanciación de deudas en las condiciones más favorables, sin embargo pienso que quizás lo más importante sería regular este fenómeno y especialmente incorporar herramientas que permitan capitalizar a las cooperativas.

El Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social emitió el 3/4/2020 la Resolución 111/2020 por medio del cual se dispuso otorgar asistencia a los trabajadores de las unidades productivas autogestionadas mediante la asignación de una unidad económica mensual. Ello para brindar apoyo en la fase de inicio de las actividades o cuando atravesen situaciones críticas. Del mismo modo, el 30/4/2020 el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social emitió la Resol 144/20 reforzando dicha ayuda y estableció una asistencia económica de emergencia en el marco del Programa Autogestionado destinado a unidades productivas autogestionadas que suspendieran o disminuyeran los ingresos como consecuencia del aislamiento preventivo obligatorio.

Sin embargo, todos estos esfuerzos del Estado deberían direccionarse a fortalecer el capital de las cooperativas para que a través de esta organización empresarial y democrática se pueda contribuir a la efectiva producción de bienes y servicios. Es esta la tesis de la LCQ. La idea no tiene que ser subsidiar la cooperativa de trabajo no sustentable, sino acompañarla a que pueda desarrollarse y la forma de acompañarla que mejor se compadece con el propósito es contribuir con el capital que podría ser con aportes del Estado, como de privados.

En este sentido, el anteproyecto de Ley Federal de la Economía Solidaria siguiendo los pasos de la Ley Marco para las Cooperativas de América, preveía los llamados “socios de apoyo”, pudiendo ser parte de esta categoría “las organizaciones cooperativas de cualquier grado, las agencias nacionales y las Regionales del Mercosur o de cualquier otra institución Indoamericana que se establezcan en el futuro aunque no utilicen sus servicios, siempre y cuando

DECONOMI

se asocien para apoyar el desarrollo social y empresarial de la cooperativa. Los socios que se vinculen a la cooperativa para apoyar su desarrollo social o empresarial podrán tener hasta el 30% de los votos de la asamblea...³⁵.

Este tipo de socios no participa de la actividad económica cooperativa pero contribuye a la consecución suscribiendo y desembolsando las oportunas aportaciones sociales. Este tipo de categoría de socios no existe en Argentina.

Tal como enseña Gadea, Sacristán y Vargas Vasserot, en aras de la búsqueda de capital, la ley de cooperativas española y las normas autonómicas, han permitido la existencia de socios puramente capitalistas pero al menos le han puesto límites a través de un máximo cuantitativo sobre el capital suscrito por dichos socios y sobre el porcentaje de votos sociales a los que pueden aspirar, con el objeto de que el control de la cooperativa quede en manos de socios ordinarios³⁶.

A diferencia de la normativa española y europea, el Anteproyecto de Argentina no contemplaba los socios personas humanas privadas que no sean cooperativas, ya que: (i) no englobaba en esta categoría a las personas físicas interesadas en colaborar con el financiamiento de las cooperativas y recibir una remuneración; (ii) nada decía con respecto a las aportaciones voluntarias que pueda hacer esta categoría de socios, pero si se infería que éstos podrían hacerla y recibir la remuneración prevista, vía intereses o en su caso, de tratarse de un nuevo emprendimiento (participando de los resultados de la actividad)³⁷.

Se deriva de la redacción entonces que se preveía solo la participación en el capital de las cooperativas para cierto tipo de personas públicas o privadas (otras cooperativas) que tengan la voluntad de apoyar el desarrollo del cooperativismo y de recibir una retribución por su participación.

En cuanto a la retribución el anteproyecto de Ley Federal de la Economía Solidaria contemplaba solo para el caso de aportaciones voluntarias

35 Conf. art. 21 del anteproyecto de Ley de la Economía Solidaria.

36GADEA -SACRISTÁN - VARGAS VASSEROT, *Régimen Jurídico de la Sociedad Cooperativa del Siglo XXI. Realidad actual y propuestas de reformas*, Dykinson, Madrid, 2009, p. 154 y sig.

37 Conf. art. 30 que en su parte pertinente reza: "Asimismo podrá acordarse la admisión de aportaciones voluntarias destinadas a una nueva actividad cooperativa específica por un plazo determinado no inferior a dos años, ni superior a cinco, con contabilización debidamente separada y a riesgo de los participantes, que podrán percibir hasta un máximo de setenta y cinco por ciento (75%) de los resultados netos obtenidos por dicha actividad en el período a liquidar...".

DECONOMI

al capital social, que tales aportaciones “serán remuneradas con un interés anual máximo equivalente a la tasa pasiva del Banco de la Nación Argentina”³⁸, pero también se preveía para el caso de que se tratara de un nuevo emprendimiento otro tipo de remuneración que se correspondía con una participación en los resultados netos obtenidos de la actividad y para determinar ello, conforme lo proyectado, se debía contar con contabilidad separada.

Compartimos con Fajardo García³⁹ que el interés que se tenga que pagar a los aportes voluntarios sea de socios plenos, como de socios de apoyo, no debería ser inferior al que abonan los bancos por los depósitos a plazo, debiendo reconocerse al aportante un interés mínimo similar al existente el mercado y otro variable, es decir, teniendo en cuenta los resultados económicos de la actividad. Así, se obtendría una retribución por interés fijo y otra sujeta al desarrollo de la actividad, debiéndose imponer como límite una retribución del doble de la tasa de interés indicado como mínimo. Ello permitiría respetar el principio cooperativo del interés limitado y, a su vez, ser una herramienta más atractiva para los inversores.

Como conclusión de todo lo expresado a nuestro entender, una reforma a la ley 20.337 debería contemplar: (i) incorporar la posibilidad de que no solo socios plenos puedan aportar capital, sino también aquellos sujetos (sea personas físicas o jurídicas) interesados en formar parte del capital y recibir una remuneración y/o participación de los resultados; (ii) que la remuneración que se le reconozca tanto a socios plenos como los socios de apoyo, por el capital voluntario aportado sea acorde con el interés promedio que pagan los bancos por los depósitos a plazo, y que se permita reconocer como remuneración adicional para ambos tipos de socios (plenos y que no participan en el servicio pero aportan capital) una participación en los resultados de la actividad.

38 Conf. art. 30 del mencionado Anteproyecto de Ley Federal de la Economía Solidaria.

39FAJARDO GARCÍA, *Las aportaciones voluntarias a capital social ante la reforma de la legislación cooperativa*, “CIRIEC-España” N° 13, p. 68 y 69. En dicha publicación la referida autora cita a Saint-Alary que dice que “Si en Francia la ley limita al 6 por 100 el interés que se pueda pagar a las partes sociales, es porque le ha parecido que así los capitales invertidos recibirán una remuneración equitativa. Si por el contrario pareciera que el precio de mercado de dinero fuera más elevado, debería ser posible elevar esta tasa para armonizarla con la de mercado. La sociedad no sería menos cooperativa por ello, lo que a nuestros ojos, no impide que la regla deba ser mantenida, pues expresa muy claramente, incluso más que la del retorno proporcional, la eliminación del beneficio capitalista”.

DECONOMI

Creemos que la mejor contribución que puede hacerse a las empresas recuperadas es regular especialmente su fenómeno y en particular crear mecanismos para su financiamiento y capitalización.

IV. . Conclusiones

Las empresas recuperadas mediante el instrumento de las cooperativas de trabajo son un fenómeno que irrumpió en el escenario hace un par de décadas en respuesta a las crisis económicas y de ciertos sectores económicos.

Son muchas las que se han sostenido con gran esfuerzo y han procurado no solo distribuir beneficios a sus asociados, sino en muchos casos derramar beneficios a la comunidad donde se desarrollan⁴⁰.

Las cooperativas que mejor se han desempeñado son aquellas donde por el tipo de actividad que desarrollan no es exigible tanta inversión y capital y donde los trabajadores y el conocimiento que desarrollaban era decisivo para la actividad.

El mejor desempeño de estas empresas no solo tiene que ver con la asistencia que le pueda dar el Estado en su fase primaria, sino preferentemente con el plan estratégico de desarrollo que tracen, donde deberá analizarse los motivos de la crisis, los problemas particulares de la actividad o sector y el endeudamiento, el valor humano, la producción, los recursos y la administración. En especial también se valorará la disposición de personal y de recursos que serán necesarios para dar continuidad a la actividad mediante una cooperativa de trabajo, debiendo incluirse el análisis del entorno de mercado, los proveedores y las fuentes de financiación de la cooperativa. La experiencia demuestra que es el compromiso de los trabajadores con la organización, entendiéndolo como una relación estrecha y una valoración supra laboral del

⁴⁰ Como es el caso de la Cooperativa Madygraft que lanzó en la pandemia una red solidaria para donaciones de materiales sanitarios y produjo barbijos y mascarillas para aportar a hospitales. También otras han facilitado ámbitos de espacios culturales, bachilleratos populares, bibliotecas, entre otros. Ello conforme la entrevista al Director Eduardo Murúa previamente citada incorporado al Trabajo de Investigación realizado por la UMPAZ y dirigida por la Dra. Gabriela F. Boquin.

DECONOMI

empleado devenido socio con su lugar de trabajo la fuerza que lleva la empresa adelante.

Ahora en aquellas actividades que se requiere para el desarrollo y crecimiento una importante inversión y capital, entonces tenemos que pensar en soluciones de otro calado y en este sentido los "socios de apoyo" dentro de los cuales puede estar el Estado, organizaciones intermedias, otras cooperativas e incluso personas humanas o jurídicas interesadas como lo hace el derecho comparado, puede ser una herramienta interesante para dar fuerza a este modelo.

La Economía Social no es una solución milagrosa y dependerá como dijimos de cada caso. Sin embargo, debe cambiar de escala y ser una prioridad política a nivel Nacional para dar respuesta a los nuevos desafíos.

Una conciencia política a favor de la Economía Social está emergiendo en la mayoría de los países (en la medida que las sociedades actuales están reclamando mayor distribución en la riqueza, sistemas más justos, más solidarios) y para ello se necesitan programas y normas que promuevan el fortalecimiento del tercer sector. Si hay un contexto económico y social para hacer todas las modificaciones posibles para robustecer el sector cooperativo, facilitando el continuidad de la empresa a través de la formula cooperativa, este es el momento. Como también es el momento de promover cambios normativos que incorporen nuevos mecanismos de capitalización y financiamiento de las cooperativas, a través de la incorporación de la figura del aporte del no socio, los títulos participativos, entre otros.

“Propuestas desde El Arca para el régimen de los concursos y para la insolvencia en la emergencia”

por Rafael Mallo

“Las instituciones existen y reducen las incertidumbres propias de la interacción humana. Estas incertidumbres surgen como consecuencia de la complejidad de los problemas que deben resolverse y de los programas de solución de problemas (...) poseídos por el individuo. En el enunciado anterior no hay nada que entrañe que las instituciones sean eficientes.”

(Douglass. C North.: Institutions, Institutional Change and Economic Performance. Cambridge University Press. Cambridge. 1990:41).

SUMARIO: (i) Reflexión de inicio. (ii) Sobre los principios del régimen de los concursos. (iii) El proyecto de ley de EL ARCA: (a) Saneamiento por deudas de consumo; (b) acuerdo concursal por componedores; (c) concurso preventivo simplificado. (iv) Medidas transitorias para la emergencia. (v) Propuestas de modificaciones a la ley 24.522. (vi) Conclusiones.

(i) Reflexión de inicio.

Al comienzo de 2020 Daniel Truffat comenzó a invitar a los profesionales a pensar en soluciones en materia concursal, y sus áreas afines. Hoy el grupo está compuesto por más de 230 profesionales dedicados a los concursos y quiebras en Argentina.

Hubo muchos trabajos escritos y muchos debates orales. Las opiniones sobre cada tema abordado han sido constantes. Pero todas esas actividades son individuales o, a lo sumo, trabajos de dos o tres autores. Sin embargo, ocurrió algo que es digno de destacar, puesto que el conjunto de dos centenares de profesionales se propuso el ejercicio de simular que podemos dictar las normas, tal como lo haría el presidente o el congreso de representantes de la nación. Parece fácil así dicho, pero lo cierto es que quienes hemos

DECONOMI

trabajado toda una vida con las normas por herramienta, tenemos, evidentemente, una opinión formada desde -digamos- el usuario de las leyes.

Puestos en esa tarea de pensar y crear reglas, fueron dos los objetivos. Dictar un decreto de necesidad y urgencia, como si fuésemos el poder ejecutivo, y luego elaborar un proyecto de ley para su tratamiento en el congreso. La labor insumió aproximadamente tres meses y vieron la luz dos propuestas publicadas en www.elarcapress.wordpress.com, una consistente en un proyecto de DNU y otra un proyecto de LEY.

Estos dos proyectos reflejan en verdad el sentido de las necesidades percibidas a principios del año 2020 por este grupo. La mayor parte de las voces se levantaron pidiendo una norma transitoria para que el presidente de la nación proveyera soluciones de típica emergencia. Lo estaba haciendo en materia de “aislamiento”. Pero es oportuno recordar que esas reglamentaciones nacidas a base de DNU crearon un nuevo plexo de restricciones y autorizaciones de constante interpretación. Las empresas, repentinamente, se encontraron en situación de habilitación o no habilitación de sus respectivas actividades, según su rubro fuera considerado esencial o no esencial. Recordemos que hubo una categoría intermedia e innominada en la cual ciertas actividades, sin ser esenciales, eran habilitadas en la medida que su actividad integrara la cadena de valor de las empresas esenciales. Un ejemplo de ello fue la empresa textil, muchas de las cuales reconvirtieron todo o parte de la actividad para proveer al sector de la salud. Otra excepción fue dada a aquellas empresas que constituían la fuente de trabajo principal de una comuna y, en tal caso, era el intendente quien tenía que elevar una solicitud a una mesa especial constituida en la jefatura de gabinete del poder ejecutivo nacional. Es necesario recordar ese momento, porque fue el comienzo de una nueva época, plena de incertidumbres. Necesario también es recordar que desde aquel entonces y hasta hoy, se prohibieron los despidos bajo pena de aplicar una doble indemnización. Durante 2020 muchas relaciones contractuales se vieron interrumpidas o suspendidas, y la cadena de obligaciones se vio francamente afectada. Bastó ver el cierre de locales de pequeños comerciantes, en un fenómeno inédito tanto para nuestro país como para el mundo entero, como nos devolvían las noticias.

DECONOMI

Pues bien, en ese escenario la ausencia de estadísticas produjo todo tipo de estimaciones sin que se pueda estar seguro de qué ocurre. Se hablaba de que habría una avalancha de concursos. Pero no hay datos de cuántos se presentan a cada año. No se sabe cuántos son concursos y cuántas quiebras. No se conoce cuántos concursos llegan a buen fin, cuántos pasan a ser quiebras indirectas. No se conoce el tiempo promedio de trámite de las soluciones preventivas y mucho menos de las liquidaciones. En EL ARCA se hizo algún relevamiento en base a los pocos datos de un estudio privado y de publicaciones de alguna organización intermedia.

La mención de la ausencia de información en general y de estadísticas en particular, le da más valor al trabajo conjunto realizado en EL ARCA, puesto que allí se volcó la experiencia profesional, de funcionarios, auxiliares de la justicia y operadores. Los proyectos de DNU y de LEY han venido a condensar las soluciones concursales que, luego de tan profundo intercambio de conocimiento, se conjugaron como expresión de la gran mayoría de los participantes. Dejamos a salvo que las soluciones no concursales no fueron abordadas y constituyen un tópico paralelo, complementándose recíprocamente con los caminos de las diversas formas concebidas de convocar a los acreedores.

De tal manera se gestaron los proyectos de DNU y de LEY en EL ARCA, en un verdadero laboratorio académico y profesional. Si bien todos los arcanautas soñamos, al menos un momento, con que estas normas pudiesen haber sido receptadas por los poderes pertinentes, aunque más no fuera en su espíritu, lo cierto es que su existencia ha materializado el pensamiento de quienes trabajamos a diario en tan específica área. Lo realizado deberá ser visto y apreciado como una expresión espontánea y democrática del saber técnico y profesional, como si la doctrina nacional hubiese hablado y tomado estado material en las reglas propuestas.

(ii) Sobre los principios del régimen de los concursos.

En momentos de crisis, suelen sancionarse normas generales que disponen gracias, dispensas, otorgan plazos de espera, prórrogas, readecuan

DECONOMI

valores en función a esfuerzos compartidos, o limitan obligaciones. Por eso un primer punto de debate lo constituyó la pregunta de si tales reglas de asistencia temporaria serían suficientes o si la solución debería atender a las necesidades del pasivo en su conjunto. Pareciera que, a partir de un cierto grado de profundidad del estado de cesación de pagos o crisis, las herramientas de negociación directa podrían aparecer insuficientes, de modo que el remedio de convocar a los acreedores bajo un sistema concursal típico pareció, a primera vista, lo más adecuado. Sin embargo, Efraín Hugo Richards y Jorge Fushimi sugirieron la idea de rescatar del régimen vigente las normas que funcionen como un escudo protector para que el deudor pueda negociar de buena fe, vis a vis con sus acreedores. En todo caso, se dijo que la creación de nuevas reglas podría apuntar a este propósito de proteger al deudor de buena fe para propiciar su tarea de renegociación. Se propuso así, en un primer momento, evitar en todo lo posible un cierto estado general de convocatorias y propiciar la renegociación, sobre la base del artículo 1011 del Código Civil y Comercial, aplicable a los contratos de larga duración. La propuesta es rica en variantes, como la protección de la cuenta corriente bancaria, considerada hoy como herramienta indispensable para el tráfico económico, y otras soluciones para propiciar el mencionado escenario favorable a la renegociación. Esta primera idea invitó a pensar fuera de los límites de ciertos principios clásicos del derecho concursal. Si bien los proyectos de DNU y de LEY concebidos en EL ARCA son soluciones conceptualmente concursales, haber comenzado con la invitación a pensar fuera de los parámetros clásicos, movió a una serie de ensayos que amplió y enriqueció las propuestas de solución, intentando procesos extrajudiciales, extensión de la protección del art. 21 al APE, un esfuerzo por abreviar los procedimientos y retornar a ciertas fases de oralidad, y hasta se redactó un proyecto de saneamiento de deudas causadas en vínculos de consumo.

(iii) El Proyecto de LEY de EL ARCA.

El Proyecto propuso crear una ley especial que complemente a la Ley 24.522.

DECONOMI

Su método fue el de establecer tres procesos simplificados en los capítulos I, II y III, y un capítulo IV con normas de vigencia transitoria mientras dure la emergencia, y una segunda sección por la cual se introducen modificaciones al régimen de los concursos preventivos.

El proyecto comienza diciendo: “... **ARTÍCULO 1.- Quedan establecidos por la presente ley los siguientes procesos simplificados para la convocatoria preventiva de acreedores: a) Saneamiento por deudas de consumo. b) Acuerdo extrajudicial por componedores. c) Concurso preventivo simplificado.**”.

Estos tres nuevos tipos de procesos concursales fueron pensados para dar a la Ley 24.522 mayor ductilidad, considerando que es una regulación que sin dudas está preparada para una organización compleja y costosa, pero que no cuenta con herramientas que atiendan a la escala de una PyME. Si bien es cierto que las soluciones para la gran escala cubren rápidamente las necesidades de una parte mayor de la economía en general, lo cierto es que, visto desde la política legislativa, la menor escala -que no necesariamente es menor complejidad-, abarca a la mayor parte del abanico social. En la actual crisis derivada de la pandemia, ésta fue una preocupación central de EL ARCA. A principios de 2020 existían aproximadamente 546.000 empresas, de las cuales solo 3.519 proporcionan el 50% del trabajo en relación de dependencia, pero el otro 50% son relaciones laborales de trato preponderantemente directo con los empleados, a quienes el dueño del negocio los llama por su nombre y hasta conoce ciertas vicisitudes de sus vidas personales. El pequeño y mediano empresario, cuando toma la decisión de concursarse, presentarse en quiebra, o simplemente cerrar, ve las caras de sus dependientes, en el mejor de los casos da explicaciones, y muchas veces hasta restringe o condiciona mejores soluciones para sí en pos de las personas con las que trata. De los debates en EL ARCA se rescató la necesidad de dotar al sistema concursal argentino de caminos más adecuados para situaciones distintas. Procesos con salidas intermedias. Ese pequeño empresario a quien se le explique con detalle el camino a recorrer hasta alcanzar como única posibilidad la homologación judicial de un acuerdo preventivo se desanimará imaginando que es más seguro un fracaso, y preguntará si existe otra alternativa. Se le explicará el APE, y

DECONOMI

entenderá que solo frente a sus acreedores, no tendrá suficiente poder de negociación, puesto que, en la vida real de los negocios y el mercado, percibirá fácilmente que su escala no es suficiente para poder defender sus intereses. Pensando en todos esos casos, el proyecto de LEY procuró dar respuesta a la gran mayoría de personas que padecen situaciones de crisis financieras y estados de cesación de pago, que no tienen sino la misma herramienta que la de una gran corporación, pero con bajas posibilidades para operarla. Entonces, los procesos pensados en EL ARCA apuntan a brindar un elemento de paz social y la posibilidad de rescatar una unidad de producción económica, dimensionando el valor de cada empresario, su esfuerzo, su familia, y los riesgos tomados, de lo que dependerán uno o más empleados y quienes detrás de ellos estén. Se trata de brindar una posibilidad digna de defensa de lo suyo a quienes, con la actual legislación, quedan sin remedios para la superación de su estado de crisis. No tienen la chance de contar con un ámbito de negociación propicio en el cual pueda discutir con sus acreedores. La sola posibilidad de crear esa mesa de negociación abre las puertas a la defensa de los patrimonios individuales sin grandes recursos para solventar los costos del proceso concursal vigente. Hemos visto en esta pandemia como cierran los locales, y no es difícil imaginar que tras esos cierres no hay ningún indicio de defensa de lo propio, sino una elección de levantar campamento para no seguir perdiendo el poco capital todavía a salvo. A la par que un grave problema económico, es un gran problema social. En este punto se recordó la existencia de anteriores proyectos, también impulsados por hoy integrantes de EL ARCA que, inclusive, tomaron estado legislativo en otro tiempo. Se hizo un repaso por las leyes foráneas y se ratificó la existencia de legislaciones que prevén diversas soluciones según escalas o rubros de la actividad. Como podrá advertirse, inclusive los nuevos tipos de procesos propuestos van escalando de menor a mayor.

Por estas razones es que los tres procesos formulados en el proyecto tienen una raíz común de principios que informan este subsistema, y que se encuentran en el artículo 2°.

Lo primero que se menciona es que ninguno de estos tres procesos puede durar más de seis meses, idea muy debatida pero finalmente constatada como plausible en la experiencia del trabajo en los expedientes y con el claro

DECONOMI

propósito de idear soluciones efectivas en punto al beneficio que tanto el deudor como el acreedor tendrían con un más rápido y claro saneamiento⁴¹.

Un segundo punto fue concebir un proceso de apertura y verificación más breve, o menos engorroso para sujetos simples o de menor complejidad que una corporación. Para tal fin, la constatación de los presupuestos de admisión y apertura del concurso deben descansar en una declaración jurada del deudor cuya infracción a la veracidad esté castigada significativamente.

Las soluciones de los procedimientos simplificados de este proyecto parten de la base de que el deudor, en cualquiera de los tres trámites, se presente con una formulación estratégica de superación de la crisis que sufre, por lo cual tiene un deber de explicación tanto de la crisis que pretende superar como así también de las soluciones que propone. Es lo que en doctrina se le llama plan. Pero el plan debe ser suficiente en cuanto a que de sus términos se lea verosímilmente que se cuenta con los recursos suficientes para alcanzar la superación de la cesación de pagos o crisis. Tal verosimilitud no se limita a una hoja de cálculo con proyecciones de flujos -que por cierto son útiles y necesarias- sino también a la exposición de los factores de la producción que interesan para comprender cómo y de qué manera el deudor concreto hará sus sacrificios para negociar con sus acreedores proponiéndoles a éstos que hagan el suyo en la remisión de sus derechos. El plan es entonces la base de la negociación; la explicación y el entendimiento racional de la ecuación de conveniencia que signifique un acuerdo en el que cada cual ha de perder menos que la aplicación lisa y llana del principio más estricto del derecho económico de '*pacta sunt servanda*'. El punto de partida, como en todo sistema lógico racional, debe coherencia con el punto final. Entonces el plan a considerar tendrá desde el vamos el límite del abuso que establece como patrón el artículo 52 inciso 4° de la Ley 24.522 y el marco de discusión será claro para la pluralidad de sujetos que serán parte del proceso de renegociación de las obligaciones implicadas.

En cuanto a la homologación como sentencia necesaria para producir los efectos propios de la oponibilidad, se abrió un camino facultativo para que el

⁴¹ La Ley Castillo previó que la liquidación de la quiebra no podía durar más de seis meses y el juez determinaba un ingreso suficiente para la subsistencia del fallido.

DECONOMI

deudor convoque a los acreedores pudiendo no sujetarse a esta regla de manera que sus acuerdos sean válidos solamente para aquellos que lo han convenido, pero no oponibles a la masa. El propósito de este tipo de finalización del proceso es evitar el fracaso de no obtener las mayorías requeridas para la homologación judicial, evitando también la consecuente declaración de la quiebra. Estas fórmulas de menor rigor se basan en la idea de que al deudor y a los acreedores que acordaron con él les sea suficiente tal calidad de arreglo para superar el estado de cesación de pagos o crisis financiera sin alterar el resto de las obligaciones del pasivo que quedarán fuera de los acuerdos.

A lo dicho se suma la posibilidad de que el juez tenga potestad para imponer, en ciertos casos, un acuerdo aun cuando las mayorías no fueron alcanzadas. Esta norma es digna de apreciar, con atención en los casos en que se activa, puesto que a nadie escapa que muchas veces la solución del todo se supedita a un escollo que un juez con amplias facultades podría superar.

Sigue, como otra característica común a estos procesos abreviados o simplificados, la posibilidad de que el juez pueda aplicar cuantos institutos del sistema concursal y liquidativo crea justo poner en marcha durante el trámite. Los jueces están facultados por la Ley 24.522 de manera amplia y con poderes inquisitivos para dirigir un procedimiento universal y de única instancia. No obstante, en la práctica muchas veces pesa el hecho que ciertas soluciones o reglas no sean suficientemente explícitas. Por tal razón, en EL ARCA hubo un extenso debate en el que se volvió recurrentemente al punto, enfatizando la necesidad de que la ley ponga de manifiesto casos en los que las facultades judiciales se atribuyan al magistrado con un énfasis que disipe dudas. Así, por ejemplo, las cualidades del sujeto concursado, su actividad económica, y sus circunstancias de tiempo, modo y lugar, abren la posibilidad al juez para simplificar requisitos de la ley vigente o, al contrario, para aplicar institutos que encuentre apropiados para tratar cuestiones puntuales que deban resolverse en el tránsito del proceso.

Los cuatro últimos incisos contienen reglas de interpretación, renvío y aplicación específica en el trámite ante la ulterior instancia de revisión judicial.

DECONOMI

a. Saneamiento por deudas de consumo.

El primero de los procesos ideados es toda una novedad. Habilita a negociar las obligaciones nacidas en relaciones de consumo aplicadas al sostén de la vida personal del deudor y de su núcleo familiar, siempre que se cumpla con un conjunto de parámetros establecidos en el artículo 3º, dirigidos a limitar estas presentaciones a personas humanas en estricta necesidad de replantear un sobreendeudamiento de sus consumos.

Es cierto lo que alguna voz ha dicho en punto a que estos remedios incorporan costos a los circuitos de consumo, pero no es menos cierto que la recta administración de la justicia lleva, en el mediano plazo, a que no exista el abuso del consumidor, de manera de volver a un equilibrio, por lo que el resultado esperable es positivo. Dicho ello, cuantos más recursos se apliquen a la medición de los efectos de estas políticas, más precisa será también la ecuación económica devenida de la justicia.

El proceso se inicia con la declaración de los tópicos que la ley requiere al deudor y, en caso de encontrarse cumplidos, el juez abrirá el proceso del modo que indica el artículo 5º, lo que traerá aparejado, respecto a dichas deudas, el efecto de los artículos 19, 20 y 21 y las medidas de resguardo al patrimonio a la vez que la liberación de las restricciones que estén pesando por demás en la caja para las necesidades de vida del grupo familiar.

El proyecto propuso la intervención de un conciliador como auxiliar de la justicia. No se trata sin embargo de excluir a quienes se desempeñan como síndicos, sino de darles una función distinta y específica al tratar las deudas de consumo. Lo importante es que velozmente el conciliador deberá estudiar el caso presentado y dar su opinión al juez de cuál es el flujo necesario del deudor para su subsistencia y la de su familia, y cuanto de sus ingresos podrán ser aplicados a la cancelación de pasivos causados en vínculos de consumo, debiendo informar cuál sería el pasivo pendiente de cancelación al final del primer año de aplicación de un plan de pagos equitativo y razonable a la luz de los ingresos y del pasivo fiscal.

Por cierto, esta convocatoria es un caso de convocatoria parcial, en la que el deudor llama solamente al conjunto de acreedores que lo son por

DECONOMI

obligaciones contraídas en vínculos de consumo. Ello explica que se los convocará tanto para observar la determinación primaria que se ha hecho de su crédito, como así también para opinar sobre el plan de pagos que el conciliador confeccionó sobre la base del presentado por el deudor. Los acreedores, el deudor y el conciliador tendrán una audiencia a los efectos de negociar conjuntamente el plan de pagos. Un acuerdo con participación de la totalidad de los acreedores importará la posibilidad de homologación por parte del juez. Si no se alcanzara un acuerdo de tal índole y el juez estima que imponerlo sería un esfuerzo desmedido para los acreedores, dará fin al procedimiento, sin consecuencias de quiebra, y regulará los honorarios del caso. En cambio, aun cuando no se hubiera alcanzado un acuerdo si el juez estima que la imposición del plan es equitativa y ajustada a derecho, lo podrá así ordenar. Esta resolución se elevará ante el tribunal de alzada solamente si cuenta con apelaciones que importen la mayoría de capital de los acreedores.

Firme la resolución, los acreedores denunciarán los datos bancarios para efectuar las transferencias de dinero que periódicamente el plan haya previsto. La ejecución quedará en cabeza del deudor quien, en caso de incumplimiento de alguna obligación del plan, deberá ser intimado para regularizar en quince días las obligaciones incumplidas. Si no lo hiciera, caducará todo el plan y los acreedores reasumirán sus derechos originales, salvo que en una última audiencia acuerde con todos los acreedores un nuevo plan. Por el contrario, el acuerdo traerá como efecto la extinción de toda deuda que no haya de satisfacerse en el plan, bajo condición resolutoria de cumplimiento. El cumplimiento será constatado por el conciliador, quien deberá informar el total pagado y el remanente original extinguido.

Si el deudor presentara un nuevo proceso, no podrá incluir las obligaciones de consumo adquiridas durante el trámite del proceso y hasta el cumplimiento del acuerdo o el plan de pagos aprobado.

b. Acuerdo extrajudicial por componedores.

El segundo proceso, si se nos permite la simplificación, bien podría ser visto como un APE asistido. Una novedad es el trámite a cargo de un

DECONOMI

conciliador bajo las reglas del arbitraje de amigables componedores del código civil y comercial. Con ello el deudor tendrá la asistencia de un profesional que lo ha de asistir, a diferencia del APE, investido de una autoridad con facultades de laudo en punto a la determinación de los créditos a verificar, como así también la potestad de presentarse a la justicia para tramitar medidas cautelares de protección con iguales fines a los del artículo 21 de la Ley 24.522. Dicho en términos de la jerga concursal, un '*stay*' especial para un proceso de negociación colectiva. Al igual que en el proceso para el saneamiento de deudas por consumo, se parte de la declaración jurada que el deudor debe realizar, dando satisfacción a los requisitos prescriptos por el artículo 4° del proyecto, con más la indicación de las deudas del grupo familiar que sume a su pedido, la aclaración de si convoca al conjunto completo de acreedores o bien a un segmento de ellos, y las medidas cautelares que proponga para la protección de sus intereses durante la negociación.

La convocatoria se materializa en una o más audiencias con la presencia del conciliador, el deudor y los acreedores llamados a negociar. La duración de la negociación no puede extenderse más allá de sesenta días, salvo acuerdo con la mayoría de los acreedores para prorrogarlo por treinta días más. Quedan excluidas de las facultades de verificación dadas al conciliador las cuestiones que se refieren al estado civil, la capacidad de las personas y las cuestiones de familia. Por su parte, los créditos causados en obligaciones de consumo, contratos de adhesión o relaciones laborales, serán determinados por el conciliador, pero su pronunciamiento no tendrá carácter de laudo, por lo cual, en los casos mencionados, deberá ser sometido en última instancia al juzgamiento expreso del juez competente. De esta manera, el deudor podrá sopesar de antemano las alternativas de su presentación considerando elementos personales, familiares y económicos. El proyecto contempla también la posibilidad que la apertura sea habilitada para quien se presente en un rol de jefatura de su grupo familiar. Sumará así a su patrimonio las obligaciones de quienes lo conforman, según los términos definidos por el artículo 529 del código civil; esto significa, las personas que tengan con el deudor un vínculo parental en razón de la naturaleza, las técnicas de reproducción humana asistida, la adopción y la afinidad, sea en línea recta o colateral. La asunción de dichas

DECONOMI

obligaciones no importará la cancelación para los parientes añadidos al proceso sino cuando se alcance el acuerdo correspondiente. En lo que concierne a la faz económica, el deudor podrá convocar a todos sus acreedores o solamente a una parte de ellos, lo que tendrá distintos efectos al finalizar el proceso, con lo que el proyecto de ley propone soluciones intermedias, útiles para la superación de la crisis.

El método de tratamiento estará basado mayormente en la oralidad del proceso, concebido como una negociación abierta por un período limitado para alcanzar un acuerdo transparente que satisfaga a los acreedores convocados y al deudor convocante. Si se logra la mayoría absoluta de votos de personas y capital quirografarios, excluidos los contemplados en el artículo 45 de la Ley 24.522, se considerará que existe acuerdo. El deudor podrá pedir la homologación judicial. De requerirla, se abre un camino que somete el acuerdo a un régimen de publicidad y oposiciones. Los efectos de la homologación son los previstos en los artículos 56 y 76 de la Ley 24.522 si la convocatoria fue universal. En cualquier otro caso solo alcanzará a los convocados.

En este proceso se ha previsto también que el juez tenga la facultad de imponer el acuerdo propuesto por el deudor, bajo una cierta fórmula legal que permite al magistrado desestimar el rechazo de los acreedores, siempre que se considere que la propuesta del deudor era la mejor posible. La potestad de imposición del acuerdo supone que el magistrado entiende que es razonable la resignación de los derechos de los acreedores expresada en la propuesta. Esta regla es en gran medida la contracara del citado artículo 52 inciso 4° de la ley concursal, habilitando al juez competente a permitir una solución colectiva que no haya sido alcanzada en el seno de la negociación, decisión que quedará sujeta a revisión judicial ulterior pedida por los acreedores que no hayan dado su conformidad. Esta solución aparece útil para la conservación de unidades económicas que, de otra manera, se verían obligadas a retirarse del mercado, liquidar su patrimonio o bien quedar expuestos a la acción máxima de sus acreedores. Por la delicada naturaleza de la decisión, es que el proyecto prevé que se cuente, como acaba de explicarse con instancias de revisión suficientes en las que los interesados cuenten con la debida audiencia y defensa de sus derechos individuales.

DECONOMI

Para finalizar el comentario, se señala que, en este proceso, al igual que en el anteriormente descrito, el incumplimiento es objeto de una intimación previa a la consecuencia de la pérdida de los beneficios obtenidos con el acuerdo, sumado a que se podrá abrir aquí también una renegociación del acuerdo incumplido. Sobre este particular es dable remarcar que la cultura jurídica argentina ha tenido al concurso como una instancia definitiva y última antes de la liquidación de los bienes del deudor. Los debates habidos en EL ARCA han traído la información de cómo y de qué manera en legislaciones foráneas la renegociación del acuerdo se ha implementado y aplicado útilmente, lejos de consecuencias disvaliosas por el supuesto uso abusivo de la negociación. Claro está que en tales sistemas en los que se ha receptado esta mecánica, los antecedentes y el prudente arbitrio judicial son un factor determinante para que este instituto sea más valioso que disvalioso.

c. Concurso preventivo simplificado.

Se trata de un procedimiento habilitado para sujetos que, pudiendo pedir su concurso preventivo, califiquen como PyME, según el valor periódico de su facturación reglamentado por la SEPyME.

Los requisitos de presentación se simplifican en parte, y se pide que se agregue a la presentación liminar la indicación de si la convocatoria lo es a la totalidad de acreedores o solamente a una parte de ellos. También se pide que en el primer acto el deudor acompañe la propuesta de pago que ofrecerá a sus acreedores. Las propuestas pueden estar categorizadas y las ofertas pueden ser diferentes. El deudor deberá brindar explicación de los recursos con los que plantea hacer frente a las obligaciones de la propuesta de acuerdo. La publicidad de la convocatoria se hará para el caso que ésta comprenda todo el universo del pasivo; de lo contrario las citaciones serán dirigidas a los domicilios denunciados, individualmente.

El proceso se abre designando al síndico, fijando el plazo de presentación de los acreedores, ordenando las publicaciones si fuera tal el caso, fijando la audiencia de negociación y suspendiendo temporariamente los convenios colectivos de trabajo habilitando al deudor a negociar un acuerdo con sus empleados en relación de dependencia al momento de la presentación.

DECONOMI

El proyecto introduce la novedad de que la propuesta y el plan de negocios se da a conocer a los acreedores en el mismo momento en que se los convoca, ya sea mediante publicación de edictos o bien por cédula.

Concomitantemente, el síndico comienza con un contacto directo con el deudor para considerar su plan y su propuesta, debiendo informar al juez estas circunstancias con más su opinión sobre cualquier aspecto que considere relevante transmitir al magistrado.

El activo y el pasivo denunciados en la presentación del deudor serán objeto de las observaciones que los acreedores tuvieren entre los diez y quince días luego de la última publicación o desde la notificación. Las observaciones deberán apuntar a: (i) que no fueron incluidos en el pasivo o que no fueron correctamente incluidos; (ii) que no es correcta, total o parcialmente, la inclusión de otro u otros acreedores al pasivo; (iii) que la propuesta del deudor es abusiva. El juez resolverá determinando el pasivo concursal y expidiéndose sobre la pertinencia del planteo que pudiera haber sido formulado con relación a una propuesta abusiva. En el caso que este último tópico fuera acogido, se cerrará el procedimiento sin más trámite, decisión que es pasible de apelación.

El período de exclusividad se substituye con la celebración de una audiencia en la cual el deudor deberá alcanzar una mayoría de conformidades igual a la mayoría absoluta de capital que a su vez signifique mayoría simple de votos positivos, distinguiendo en este caso el voto positivo, el negativo y la abstención. La audiencia se abrirá con la lectura de los elementos necesarios para alcanzar el acuerdo y preguntando de viva voz quienes hayan otorgado su conformidad o la otorguen en ese momento. Si las mayorías no fueran alcanzadas en la apertura, el juez abrirá y dirigirá la negociación advirtiendo sobre su potestad de imposición de un acuerdo. Cuando se alcancen las mayorías de ley o cuando el magistrado considere que no es posible alcanzarlas, se cerrará la audiencia y se dejará constancia de su resultado. Los acreedores laborales podrán ser objeto de un acuerdo especial que, en caso de no ser alcanzado, no afectará a sus acciones individuales. El resultado se publicará del modo previsto en la Ley 24.522 al igual que los trámites ulteriores para el cumplimiento del acuerdo preventivo.

(iv) Medidas transitorias para la emergencia.

Se prevé suspender por ciento ochenta días corridos las subastas sobre la vivienda del deudor y los bienes afectados al comercio o producción de éste, como así también la posibilidad de decretar medidas cautelares sobre bienes necesarios de establecimientos fabriles o comerciales.

En cuanto a plazos, se propone prorrogar los del período de exclusividad y el de salvataje del artículo 48 de la Ley 24.522. Asimismo, el deudor que tenga un acuerdo preventivo en curso podrá solicitar su suspensión por hasta un plazo no mayor a ciento ochenta días corridos y pedir la renegociación del acuerdo, con las mayorías previstas en el artículo 45 de la citada ley.

También durante la emergencia se relevará de sus obligaciones a los síndicos que se encuentren en los grupos de riesgo de padecer Covid.

En cuanto a medidas transitorias relativas al sistema financiero, el proyecto prevé que el BCRA reglamente la eliminación de toda restricción que de cualquier modo impida, obstaculice o encarezca el acceso al crédito de quienes se hayan concursado. Asimismo, se prevé que se aplique la preferencia prevista en el artículo 240 de la Ley 24.522 a las líneas destinadas por las entidades financieras para la asistencia a deudores concursados, al igual que los honorarios de los funcionarios del artículo 251 de la ley citada. El proyecto propone que no se podrán cerrar cuentas corrientes bancarias por el rechazo de cheques librados con anterioridad a la presentación del concurso preventivo, pero de vencimiento posterior, ni que tampoco se impongan multas ni se los incluya en las bases de datos del sistema financiero con causa en tales rechazos.

El proyecto contiene una disposición por la cual, hasta el 31 de diciembre de 2021, y por una sola vez, el deudor que desee celebrar un acuerdo preventivo extrajudicial podrá pedir ante el juez competente que durante noventa (90) días corridos se apliquen los efectos de los artículos 19, 20 y 21 de la Ley 24.522, en este último caso en cuanto a la suspensión procesal, a cuyo fin deberá acompañar las constancias correspondientes a las medidas a adoptar. Si dentro del plazo el deudor presenta acuerdos por no menos de treinta por

DECONOMI

ciento (30%) de los acreedores, podrá pedir una prórroga por sesenta (60) días más. Dentro del plazo total deberá presentar el acuerdo con arreglo a lo previsto en los artículos 69 y siguientes de la citada Ley. La falta de presentación del acuerdo a homologar en ese lapso hará fenecer los efectos citados.

Durante la emergencia, la presentación en concurso preventivo no será causa de inhibición para contratar con el Estado, teniendo por no escrita tal limitación en las normas que así lo prevean.

(v) *Propuestas de modificación a la Ley 24.522.*

El proyecto propone que los fideicomisos puedan presentarse a solicitar la formación de su concurso preventivo.

Asimismo, se prevé que el juez tenga la potestad de considerar con flexibilidad los requisitos de apertura, incluyendo los datos de determinación del pasivo que podrán ser sustituidos por una declaración jurada del deudor.

El proyecto de ley establece que la emergencia vigente por ley hace presumir la existencia de la cesación de pagos de quien se concurse.

También quedará suspendida la inhibición para presentar un nuevo concurso prevista en los artículos 59, 11 inciso 7, 13, 31 y 90 de la Ley 24.522.

Otra propuesta es que el servicio de caja en cuentas bancarias, los de telefonía móvil, internet, transmisión de datos y de servicios de salud serán considerados como servicios públicos a los efectos de la aplicación del artículo 20 de la Ley 24.522.

Para dar estabilidad a la empresa que se concurse durante la emergencia se permitirá que los deudores que se presenten en concurso preventivo puedan atender sin autorización judicial las remuneraciones laborales y los créditos de provisión habitual de bienes y servicios con causa anterior a la presentación en concurso hasta un total equivalente al 5% del pasivo denunciado siempre que tales erogaciones sean explicadas como esenciales para el giro. Con el mismo propósito, el incumplimiento de las obligaciones emanadas de contratos sujetos al régimen del artículo 20 de la Ley 24.522 podrán ser reconducidos por acuerdo de las partes reservando la intervención del juez para

DECONOMI

el caso que decida imponer el restablecimiento del equilibrio económico del contrato o su resolución. El proyecto restituye también la norma inicialmente prevista en la Ley y hoy derogada relativa a la posibilidad de concertar un convenio colectivo de crisis con los trabajadores y el sindicato correspondiente.

Un problema recurrente es el trámite y requisitos necesarios para que el juez del concurso tenga por cumplido el acuerdo preventivo. A tal fin, el proyecto prevé introducir una norma por la cual se intima a los acreedores a presentarse a percibir sus acreencias dentro de los quince días, bajo apercibimiento de tener por cumplido el acuerdo.

(vi) Conclusiones.

El trabajo reseñado muestra que el concurso abreviado no solamente fue un acierto en su momento, sino que hubiese sido tan necesario en estos días, en esta crisis. Muchas empresas de escala mediana y pequeña, que son las más, quedan ajenas a las soluciones de la ley. Los puestos de trabajo que ellas cubren también rondan la otra mitad de la masa salarial. Pero además, como hemos dicho ya, construyen un tejido social de inmediatez humana por los vínculos de dependencia en los que se comparte mucho más que meras horas de labor.

Lo dicho revela la importancia de contar con una herramienta que construya la independencia económica de un individuo, antes que cualquier asistencia. Ésta, por más importante que sea en lo económico, no dejará de ser una contribución transitoria mientras que la renegociación de los pasivos construya una cultura de defensa del trabajo y conservación del capital monetario y social. Por último, en este orden de cuestiones, ninguna decisión gubernamental de asistencia cubrirá el abanico de necesidades que el conjunto de empresarios tiene en una crisis. Son medidas generales que serán muy holgadas para algunos y una corta sábana para otros. Es por tal motivo que la ley de concursos y quiebras debe constituir fundamentalmente una herramienta de reconstitución y regeneración de riqueza, allí donde hoy existe la crisis.

En otro orden de cuestiones, el trabajo construido en EL ARCA, en el proyecto de LEY y en el de DNU -que excede el objeto de estas líneas-, tiene

DECONOMI

capital importancia porque los conocimientos e ideas vertidas en la regulación ensayada es un testimonio del actual pensamiento doctrinario argentino en esta materia en sus puntos principales.

Junto al proyecto se encuentran los trabajos antecedentes y los debates que fueron sus cimientos, publicados, como hemos dicho ya, en el sitio www.elarcapress.wordpress.com.

Las instituciones reducen la incertidumbre, al decir de Douglass North. El proyecto de LEY de EL ARCA marca la necesidad de nuevos institutos, señalados con total precisión. Allí donde las estadísticas callan, se alzaron los brazos en esta labor de búsqueda racional. El trabajo conjunto en EL ARCA es la expresión de un deseo colectivo y consensuado que en el fondo busca reducir la incertidumbre, busca mejorar a nuestro país, busca las buenas prácticas concursales, en una constante tarea de defensa del patrimonio.

DECONOMI

“¿Por qué presentar un plan en el concurso? ¿Es el plan mismo la propuesta de acuerdo que votar?”

por Alicia Susana Pereyra

Abstract: En un país que se nos presenta como caótico e impredecible, la sola mención de la exigencia al deudor de la presentación de un plan al solicitar la apertura del concurso preventivo, resulta una pesada carga que asusta, abrumba y ata. Sin embargo, anticipar en la presentación misma de qué manera se piensa superar la crisis, lejos de atar resulta liberador, ya que la flexibilidad del plan, se trasmite a la propuesta, siendo el plan mismo la propuesta.-

I. ¿ANHELO DE SALVACIÓN O DESEO DE SOLUCIÓN?

La exploración de la identidad argentina nos puede enardecer, enriquecer o alienar. Es el marco unificador de una fogosa diversidad. En ella caben actitudes develadoras y encubridoras, vitales y letales, creativas y sacralizantes. Todo lo que se diga sobre nuestro pueblo es una conclusión aproximada y provisoria. Provisoria, porque no solo cambia el ojo y el espíritu del observador, sino porque lo observado no deja de cambiar.⁴²

Alternan en nuestro espíritu la “**salvación**” y la “**solución**”. La solución exige serenidad, autoconfianza y racionalidad; en cambio, la salvación prescinde de ellas. La solución es tarea de uno; la salvación es tarea de otro. La solución puede ser fallida y demandar un nuevo esfuerzo; la salvación es infalible. La solución requiere paciencia; la salvación requiere ansiedad. La solución es tangible, concreta, pedestre; la salvación es una instancia idealizada e inaprehensible. La solución se teje esforzadamente, en un clima de convivencia y equilibrio; la salvación no necesita de la convivencia ni del equilibrio, sino del mesías. A veces, interjuegan ambas. Entonces, la salvación se oculta tras el antifaz de aparentes soluciones; pero, en vez de impulsarlas, las sabotea; en vez de mejorarlas, las desacredita. Las soluciones fallidas se

⁴² AGUINIS, Marcos, “Un país de novela”, Edit. Booket, Bs. As, 2006, pág 20.-

DECONOMI

convierten en el camino de un recrudescimiento salvacionista. La solución, a su turno, se sirve de los fracasos de la salvación; entonces, crece una saludable prevención ante los ilusionistas o quienes prometen demasiado. En la alternancia – y a favor de un tiempo prolongado -, gana la solución, porque se desacredita la salvación. El “**anhelo de salvación**”, cuando no satisface la solución, y el “**deseo de solución**”, cuando fracasa la salvación, muestran que frecuentemente se cambia de caballo: ora la racionalidad, ora la magia; ora el esfuerzo propio, ora el milagro. Esto se vincula con una especie de generalizado deporte; *poner en otra parte también la causa*. La causa de nuestros bienes reside en la riqueza del país. *No somos sus hacedores*. La causa de nuestros males, en la maldad del gobierno, el extranjero, el imperialismo, las ideas ajenas a nuestra idiosincrasia, el patrón, el empleado, el vecino. *No somos los responsables*. De esta forma, hemos desarrollado una técnica que nos permite esquivar el bulto. Si no funciona la solución, que venga la salvación. Si nos atormenta la salvación, que jamás se cumple, reclamamos la solución y su costoso esfuerzo.⁴³ Si nos va bien, es por nosotros. Si nos va mal, la culpa es de otro. Culpa y responsabilidad no son lo mismo. Me refiero a la responsabilidad; la que reniega de la solución y fuga hacia la salvación. La que rápidamente dirige su mirada hacia otro u otros cuando tiene que explicar un fracaso. Quien cincela nuestros dramas es alguien o algo que no es uno, pero es más poderoso que uno.-

El factor externo es *real*, pero *no exclusivo*. Circunscribirse a él tranquiliza: justifica la derrota. Nos exime de responsabilidad. Pero observado con agudeza, debería avergonzarnos. Porque es una coartada. Porque *obtura futuros éxitos*. La culpa en el otro nos arrincona en la pasividad. La responsabilidad propia nos eleva al rol activo, aunque carezca de espectacularidad.⁴⁴

Y esto, ¿qué tiene que ver con el concurso preventivo? Presentar un plan es la “solución”. Escudarse en el proceso concursal, sin un plan, sin una estrategia de saneamiento, asignándole a otro/ s la culpa del desequilibrio,

⁴³ *Ibíd*em, pág. 22 y ss.

⁴⁴ *Ibíd*em, pág 24 y 25.-

DECONOMI

esperando la solución mágica que nos da el proceso concursal, expresa un “anhelo de salvación”.-

II. ¿Qué es la PLANIFICACIÓN ESTRATÉGICA?

La planificación estratégica es el proceso por el cual los dirigentes **ordenan sus objetivos y sus acciones en el tiempo**. De hecho, el concepto de estrategia y el de planificación, están ligados indisolublemente, pues tanto uno como el otro **designan una secuencia de acciones ordenadas en el tiempo, de manera tal que sea posible alcanzar uno o varios objetivos**.

En el caso de una “*pequeña o mediana empresa*”, en la cual casi todas las decisiones las toma el dueño, la “*planificación estratégica*” es solo una expresión pomposa para designar la lógica que sigue el patrón en sus acciones. Simplemente: qué es lo que va a hacer el dueño o patrón. Si de una gran empresa se trata, la cuestión es más simple, porque existirá el departamento especializado que se ocupará de dicha planificación.-

Sin embargo, la “*planificación estratégica*” no es un dominio reservado a la gerencia general o al dueño o patrón. **Sino un proceso de comunicación y de determinación de decisiones, en todo el cual interviene la empresa. Y quienes se relacionan con ella** (proveedores, clientes, acreedores, el fisco, empleados, por ejemplo).-

¿Qué necesita el dirigente para planificar la acción empresarial?:
INFORMACION.-

En ausencia de información no hay estrategia posible, sino solamente juego de azar. La planificación depende de la calidad de los objetivos; pero, también es cierto que la calidad de los objetivos depende de la calidad de la información que posee la empresa sobre sí misma, sobre los recursos y su medio ambiente. Dotadas de un buen sistema de información, toda empresa está en capacidad de efectuar un diagnóstico claro de su situación.-

Ahora bien: ¿cómo pasar del diagnóstico a la prescripción de una acción?

DECONOMI

III. DIAGNÓSTICO VS. PRONÓSTICO.-

Cuando una empresa, independientemente de la forma jurídica que tenga (societaria o personal), toma la decisión de presentarse en concurso preventivo, - ya sea de manera voluntaria o presionada por un pedido de quiebra que tiene que convertir en concurso preventivo - , el “diagnóstico” ya lo hizo: está atravesando un estado de insolvencia o de dificultades financieras o económicas. A partir de ese momento, con la información que cuenta (poca o mucha, según las circunstancias), elabora su “pronóstico”: decide superar esa situación ayudada por las herramientas que le brinda el proceso concursal. Que no es ni más ni menos que un proceso.

Pero he aquí que por sí solo no basta para superar la crisis, ya sea económica o financiera. **El proceso es la cáscara**. Y dentro de la cáscara, la empresa debe tomar sus decisiones. Y para tomar decisiones, debe saber hacia dónde va. Cuál es esa secuencia de acciones ordenadas en el tiempo, de manera tal que sea posible alcanzar uno o varios objetivos.-

IV. ¿PROCESO JUDICIAL O SANEAMIENTO EMPRESARIAL?

La **crisis empresarial** no se supera con un procedimiento judicial, **sino con medidas económicas o financieras que debe tomar la empresa, dentro de ella y en su relación con terceros**. Y que debería hacer saber dentro del concurso.-

Y este es el error en el que incurren la mayoría de los deudores en concurso: consideran al proceso como el remedio que pondrá fin a sus males. Lejos de ello, el concurso es un “*apretado corsé*” que limita el accionar de la empresa.-

Y acá es donde el concursado se revela: no se deja atar, no se deja encorsetar. ¿Cómo?. **NO DANDO NINGÚN TIPO DE INFORMACIÓN**. Sólo la necesaria que demanda el proceso. Todo lo demás, queda en el ámbito privado de las negociaciones entre deudor y acreedores. Así lo establece el “período de exclusividad”. Nadie sabe qué conversa y/ o negocia el deudor con cada uno de los acreedores. Sin embargo, todos y cada uno de los acreedores prestan

DECONOMI

conformidad a una propuesta expresada en tiempo y forma en el expediente y que, **en la mayoría de las veces, no es el acuerdo al que arribaron.-**

¿Es acaso el proceso judicial el que logra la superación de la crisis? ¿No será acaso el saneamiento empresarial pergeñado por el empresario y que debería expresar en su plan, el responsable de la superación de la insolvencia? ¿Por qué los empresarios no quieren decir al presentarse en concurso cómo piensan superar la situación de crisis? ¿Tienen miedo a quedar prisioneros de sus palabras? ¿No saben cómo van a hacerlo y esperan a ver quiénes se presentan? ¿O porque las propuestas a los acreedores son diferentes a la expresada en el concurso? ¿O porque son diferentes, porque no hay una sola propuesta? Y tantas otras preguntas más que podríamos formularnos alrededor de la reticencia que muestra el deudor a decir cómo piensa transitar el proceso judicial.-

V. LOS REQUISITOS EXIGIDOS POR EL ART. 11 LCQ

El artículo 11 LCQ exige requisitos formales de petición de concurso enunciados en ocho incisos. El deudor debe acreditar las inscripciones en los registros respectivos; explicar las causas concretas de su situación patrimonial; la expresión de la época en que se produjo la cesación de pagos; acompañar un estado detallado y valorado del activo y del pasivo; acompañar copia de los tres últimos balances; acompañar nómina de los acreedores; enumerar los libros de comercio; denunciar la existencia de un concurso anterior; acompañar nómina de trabajadores y deudas laborales. Según explica Rouillón, el escrito de petición debe contener una serie de enunciaciones encaminadas a convencer al juez interviniente de la seriedad objetiva de la solicitud del deudor y de un manejo formalmente correcto de su administración.-

Esta enumeración que es taxativa, comprende información retrospectiva, información actual e información prospectiva. La “información retrospectiva” permite conocer cuáles fueron las causas que llevaron al deudor a presentarse en concurso. La actual, saber precisamente el estado actual de las cosas. Mientras que la “prospectiva”, ayuda a evaluar cuáles son las posibilidades que tiene el concursado de tramitar un concurso exitoso. **De lo**

DECONOMI

que se deduce, que la única información útil es la prospectiva; ya que respecto de la retrospectiva, la sola confesión del deudor y su petición BASTAN para la apertura del proceso concursal.-

Si repasamos cuáles eran los requisitos exigidos por la Ley 4156 en su artículo 8 ó por la Ley 11719 en su artículo 10, vemos que le bastaba al deudor con presentar un estado actualizado y valorado de su activo y pasivo. Es la Ley 19551 la que introdujo la obligación de presentar, además, los tres últimos balances. Esta exigencia tiene como finalidad (al decir de Fassi y Gebhardt, en su ley comentada) conocer la historia de los negocios. Sin embargo, sostienen que *“el estado actual de los negocios no depende de los balances que se presenten, sino de otro instrumento actualizado”*.

Y este es el punto. Si el deudor ya confesó que está en cesación de pagos, o que atraviesa dificultades económicas y/ o financieras que le impiden desempeñarse de manera normal, lo que interesa conocer es su situación actual y qué piensa hacer para superarla.-

Ya no existe más la calificación de la conducta del deudor. Se presume que es un deudor de buena fe, a quien le fue mal en los negocios, por diversas razones, internas y externas. Y siempre se debe privilegiar la solución concordataria. Y la viabilidad de la empresa. Entonces, **¿por qué la exigencia de seguir investigando en el pasado, cuando lo que se debe conocer es el futuro?**

Durante el siglo XIX, no sería la viabilidad económica de la empresa lo que delimitaría la apertura del concurso frente a la quiebra, sino una especial cualificación del deudor comerciante⁴⁵. En el siglo XX, otros intereses van a ser tomados en consideración y, en concreto, uno específico y prioritario en la conservación de la empresa por razones de interés público y sobre la base de su viabilidad. Esta tendencia se mantiene en este siglo XXI: la conservación de la empresa viable. Conservación y viabilidad que han sido fuertemente condicionadas por la pandemia y las políticas delineadas en los diferentes países y dentro de las más diversas economías.-

⁴⁵ PULGAR, Juana- “Los nuevos institutos reorganizativos”, Edit. Civitas, 1994, Madrid, pág. 29

DECONOMI

Vemos entonces que, a la información prospectiva exigida en la norma, - por ejemplo nómina de los trabajadores y deudas laborales que implican la inminencia de “pronto pagos”, o acreedores privilegiados, con la posibilidad de exigir de manera anticipada el cobro de sus créditos -, **le falta que el deudor manifieste, simplemente manifieste, cómo va a hacer para superar la crisis.** De la misma manera que explica las causas de su desequilibrio, debería explicar qué piensa hacer para superarlo.-

“Plan” – “Plan de empresa” – “Plan de saneamiento”, asusta, abruma y ata. “**Qué voy a hacer para superar la crisis**”, suena diferente. Sin embargo es lo mismo. ¿O acaso, en la primera conversación que tiene el deudor con un acreedor no le dice cómo le piensa pagar, aunque termine haciéndolo de otra manera luego de discutir diferentes propuestas? ¿No intenta acaso convencerlo que su empresa es viable y que vale la pena darle un voto de confianza?

ENTONCES, ¿por qué no decirlo en la presentación? De manera simple, de la misma manera que se expresó cuáles son las causas de su situación patrimonial.-

VI. ¿POR QUÉ ES CONVENIENTE PRESENTAR UN PLAN EN EL CONCURSO?

En la legislación argentina vigente, el deudor nada dice acerca de cómo piensa superar su estado de cesación de pagos. Lo hará en la oportunidad de hacer pública su propuesta, de acuerdo a lo normado por el artículo 43 LCQ, y que – generalmente - consiste en “quita y espera”. No está obligado a explicar por qué, en base a qué, propone esa quita y esa espera. La vida de la concursada, su conservación, se produce – en una abrumadora mayoría - a través de estos acuerdos, sin que se contemplen otras medidas de carácter económico –financiero.-

Por su lado, hemos visto que diversas legislaciones tanto del derecho anglosajón como del derecho continental, vienen proponiendo desde el siglo XIX nuevos institutos concursales reorganizativos sobre la base de un plan de reorganización o reflotamiento de la empresa, cuyo contenido está integrado por

DECONOMI

el tradicional con tenido de los convenios (quitas y/ o esperas) pero, además, abarca la posibilidad de otras medidas de carácter económico –financiero en función al caso concreto, que persiguen conservar la empresa reorganizándola. Medidas de carácter “económico –financiero” que resultan indispensable para superar la crisis. Porque, como ya lo dijimos, el proceso concursal no es mágico. Es tan solo un proceso. Una cáscara. –

La viabilidad de la empresa no puede ser medida en términos y tiempos jurídicos; deberá realizarse de acuerdo a las leyes económicas, reales y vigentes al momento de producirse la crisis, inmersa en la coyuntura económica, política y social. Si la empresa es insolvente, debe reestructurarse para ser relanzada al mercado. Y será ese mercado el que fije las pautas a seguir. No pueden ser normas generales, en abstracto: porque la empresa es una realidad económica y social, dentro de un contexto determinado.-

La viabilidad de la empresa sólo puede ser medida económicamente: definir el problema, especificar la respuesta, decidir el camino, llevarlo a cabo mediante el plan, el curso de acción elegido, examinar la validez del mismo y corregir los desvíos.-

La presentación de un “*plan*”, “*propuesta de saneamiento*”, “*curso de acción*”, “*qué voy a hacer para superar la crisis*”, brinda transparencia, información, disciplina, claridad de objetivos, confianza. Pero además, flexibiliza el proceso. **Ya que el plan se va a ir acomodando de acuerdo a las posibilidades de su ejecución.-**

Efrain Richard⁴⁶ viene sosteniendo desde el año 1993 (o quizás antes), la necesidad de contar con un plan de empresa en el que se informe y expliquen las correcciones que se aplicarán para llevar adelante el proyecto y atender el cumplimiento. Junyent Bas, preocupado por la empresa como entidad clave del desarrollo social, afirmó que “*la formulación de un plan de administración es lo mínimo que se le puede exigir a un empresario diligente y*

⁴⁶ RICHARD, Efrain H. “El buen hombre de negocios y el plan de empresa”, D.S. y C., abril 1993, págs.. 337 y ss.-

DECONOMI

*con mayor razón si afronta dificultades económicas*⁴⁷. E Marcelo Alberti⁴⁸ sostiene la necesidad de la presentación del plan de empresa como recaudo del concurso preventivo.-

Un proceso de planificación es un esfuerzo organizacional disciplinado y bien definido y que tiende a la especificación completa de la estrategia de una empresa y a la asignación de recursos y responsabilidades para su ejecución⁴⁹. Y aunque no lo haga público, todo concursado que quiera transitar un concurso exitoso, TIENE en miras un curso de acción, un plan. El que transmitirá a sus acreedores cuando realice las negociaciones para lograr las conformaciones necesarias para obtener la homologación del acuerdo. ¿Será un plan o simplemente una propuesta hacia ese acreedor?.-

Y esa es la diferencia. Suele suceder que la propuesta expresada en el concurso no sea la que realmente se acuerde con los acreedores. Y que, a pesar de que la ley obliga a un trato igualitario, existan acreedores que se ven premiados con condiciones especiales, reservando el deudor la “propuesta hecha pública” para aquellos que son hostiles. Y mal que nos pese, ésta es la cruda realidad. El deudor está sometido a la presión que ejercen determinados acreedores, que le imponen condiciones excepcionales a cambio de asegurarle la suerte de su concurso. Con ellos arregla condiciones especiales encubiertas; con los otros, lo que hizo público en el expediente.-

El deudor debe conseguir las conformidades exigidas por la ley, de lo contrario el castigo es la quiebra.

¿La presentación de un plan que no se limite a expresar una propuesta de quita y/ o espera, sino que exprese una reorganización integral que abarque a todos los partícipes del proceso, cada uno asumiendo el rol que le compete en la empresa y fuera de ella, es liberador de las presiones ejercidas

⁴⁷ JUNYENT BAS, F. “Hacia una prospectiva de la noción de empresa como entidad clave en el desarrollo social”, www.abogado.org.ar

⁴⁸ ALBERTI, E.M., “Una contribución de E.H.Richard al derecho concursal. El plan de empresa como recaudo del concurso preventivo”, en *derechos patrimoniales, Ad-Hoc*, Bs. As., 2001, pag. 949.-

⁴⁹ PEREYRA. A.S. “Plan de reorganización empresaria. Su necesidad de implementación. Modificación del art. 11 de la ley 24522”, ponencia presentada en la Jornadas nacionales de actualización y debate en derecho Concursal”, Rosario, 17 y 18.10.2002, pag 47 y ss .- “El plan de empresa como recaudo del concurso preventivo. (Tesis de grado)

por determinados acreedores? ¿Permite mayor flexibilidad, libertad de acción y corrección adecuada del rumbo?.-

VII. LA PROPUESTA CONSISTE EN VOTAR EL PLAN DE REORGANIZACIÓN DE LA SOCIEDAD DEUDORA.-

El artículo 43 LCQ dispone que las propuestas pueden consistir en quita, espera o ambas; o en cualquier otro acuerdo que se obtenga con conformidad suficiente dentro de cada categoría, y en relación con el total de los acreedores a los cuales se le formulará propuesta. Esta exigencia se enuncia luego de proponer una serie de variantes en los contenidos, entre los cuales está la **reorganización de la sociedad deudora.-**

Roullión al comentar el artículo, dice que *“la propuesta de acuerdo es la fórmula que el concursado ofrece”*. Sin embargo, atar la propuesta a una fórmula, **se contradice con la posibilidad de proponer la reorganización de la sociedad deudora.** Ya que una reorganización empresarial no se puede resumir en una fórmula. Este valladar pareciera desaparecer en el último párrafo del artículo cuando dispone que el deudor puede modificar su propuesta original hasta el momento de celebrar la junta de acreedores.-

El plan de reorganización (que insisto, siempre está presente en la cabeza del deudor aunque no se anime a exponerlo), debería contener pautas mínimas, para ser consideradas y votadas:

- 1) Criterios y medidas conforme a los cuales ha de llevarse a cabo la reorganización;
- 2) Los medios económicos y financieros ofrecidos por acreedores o por terceros para la solución de la crisis económica;
- 3) El período de duración de la reorganización;
- 4) La forma y condiciones en que han de ser satisfechas las deudas.-

Criterios y medidas flexibles, que se irán acomodando a los distintos escenarios que se van sucediendo durante el proceso. Medios económicos y financieros a disposición del deudor, con especial referencia a la necesidad de que se le brinde una financiación adecuada, ya sea por parte del estado

DECONOMI

(disminuyendo la presión fiscal) o por parte de las entidades bancarias, facilitando la utilización de los distintos productos financieros. La fijación de un período de reorganización que seguramente se verá modificado según las circunstancias. La forma y condiciones en que han de ser satisfechas las deudas, permitiendo diferentes alternativas según los acreedores.-

Ya no se votaría una fórmula rígida, sino un proceso de reorganización.-

Estas pautas mínimas pueden ser ampliadas según la complejidad de la reorganización propuesta. Y pueden ir variando a medida que el deudor vaya negociando con los acreedores, hasta lograr la conformidad y la homologación del plan de reorganización. Se pone así en funcionamiento **un proceso de comunicación y de determinación de decisiones, en el cual no sólo interviene la empresa, sino también quienes se relacionan con ella** (proveedores, clientes, acreedores, el fisco, empleados, por ejemplo). Ya no será el proceso concursal el que cumpla con el “anhelo de salvación” del deudor. Serán las **medidas económicas o financieras que tome la empresa, dentro de ella y en su relación con terceros** las que logren el “deseo de solución” frente a la crisis.-

VIII. INTENTOS DE LA LEGISLACIÓN ARGENTINA DE INTRODUCIR UN PLAN.-

Desde la sanción de la Ley 19.551, el legislador viene pregonando por la *“conservación de la empresa, en cuanto actividad útil para la comunidad, la mayor amplitud y diversificación de medios para la solución preventiva de las crisis patrimoniales, la recuperación patrimonial del concursado de buena fe, facilitándola”*.⁵⁰

El proyecto “P.E. 40/98” fue presentado por el Poder Ejecutivo en el año 1998, mensaje de Elevación N° 346/98. Ingresó el 30.03.98; pasó a la Comisión de Legislación General y a la Comisión de Micro, Pequeña y Mediana Empresa. Caducó el 20.02.00 y fue mandado a archivo el 11.05.2000. Agregados

⁵⁰ Ley 19.551. “Mensaje de Elevación”, punto 4º

DECONOMI

a este proyecto están la “Petición del Colegio de Abogados de Bs. As: P51/98, mandada a archivo el 16.04.98 y la solicitud presentada por el senador Branda N° 359/98 en la que solicita que se trate el “P.E.40/98”, la que también fue mandada al archivo en mayo del 2000. Para insistir sobre el particular, el senador presenta el “S-800/2000” conocido como “Proyecto Branda”.-

En este proyecto, se propone la modificación del artículo 11 LCQ incluyendo en el mismo la presentación de un plan de reorganización. Como es sabido, este proyecto no llegó a ser ley. Pero, en su trámite legislativo, volvió al senado en revisión: “D-2/2000).

En la sesión ordinaria 2001, en el “Orden del día N° 687 impreso el 08.08.2001, se trató el dictamen en la Comisión de Legislación General, en el que se introdujeron modificaciones al proyecto original. Entre otros, se propuso que el plan de reorganización se presente en ocasión del artículo 45 LCQ. Esta propuesta tampoco prosperó.-

IX. OPINIONES.-

Más arriba cité a Efrain Hugo Richard, a Francisco Junyent Bas y a E. Marcelo Alberti. Ahora voy a citar al Maestro Alegría, cuando expresó:

“El concurso preventivo se demora, porque nuestros medios comerciales y financieros conceden crédito, muchas veces a ciegas, mientras el deudor sigue aparentando una posición dinámica y solvente, aunque en realidad resulte después que era solamente un espejismo”. Para más, el acreedor, conociendo a veces el desastre económico, pretende cooperar en miras de “salvar su crédito”, alargando la agonía. Pero, cuando el deudor se presenta – señala Alegría – la conducta de los acreedores es otra: cierre del crédito, provisión sólo contra el pago al contado, no renovación del crédito que venía siendo renovado. Es decir, que el deudor que recurre a la ley, se ve sancionado, teniendo un trato desfavorable y negativo. Los acreedores no se dan cuenta de que es mejor tratar con un deudor concursado que exterioriza su situación, que con otro que la mantiene larvada mediante argucias que sin duda y a la postre los perjudican, al haber aumentado el crédito y el riesgo.-

DECONOMI

Mucho se ha dicho acerca de la necesidad de “*una presentación temprana en concurso*”. Y mucho también, acerca del peligro que ello conlleva. La exigencia de que la propuesta sea una fórmula única para todos los acreedores, es la espada que amenaza con una posterior quiebra, ante la posibilidad de que el deudor no consiga obtener las conformidades.-

Si lo que se vota es la reorganización, la realidad es otra. Y si esa reorganización está expuesta en el expediente, involucrando a todos los participantes, tejida esforzadamente, en un clima de convivencia y equilibrio, el éxito parece estar asegurado. La presentación de un plan otorga serenidad, autoconfianza, racionalidad. A veces podría demandar un nuevo esfuerzo frente a posibles caminos fallidos, corregir el rumbo, introducir nuevas medidas, pedir otras autorizaciones y/ o colaboraciones.-

X. CONCLUSIONES.-

En un país que se nos presenta como caótico e impredecible, la sola mención de la exigencia al deudor de la presentación de un plan al solicitar la apertura del concurso preventivo, resulta una pesada carga que asusta, abruma y ata. Sin embargo, anticipar en la presentación misma de qué manera se piensa superar la crisis, lejos de atar resulta liberador, ya que la flexibilidad del plan, se trasmite a la propuesta, siendo el plan mismo la propuesta. Tratar con un deudor concursado que exterioriza su situación mediante la presentación de un plan de reorganización, permite que el “deseo de solución” no sea exclusivo del deudor, sino de todos aquellos que participan del proceso. Y aquí, hago especial mención al rol que le corresponde al juez, como director del proceso, facilitando las medidas de financiamiento tan necesarias para la superación de la crisis. Y al Estado, ya sea nacional, provincial o municipal, que con su presión es la causa del fracaso de muchos concursos de pequeñas empresas.-

Ya no podemos dudar que la solución no es exclusiva del deudor. Que la reorganización no se logra transitando un proceso judicial. Sino a través de una reorganización económico –financiera con amplia participación y debate.-

DECONOMI

“Grupos de empresas: concursos con consolidación procesal o consolidación sustantiva. Limitaciones a la actuación de los grupos en los procesos de insolvencia.”

por Miguel A. Raspall ⁵¹

Temario: Primera Parte: 1) Introducción. 2) Problemática concursal de los grupos. 3) Principales temas que debe resolver el concurso grupal. a) La crisis grupal y los concursos reorganizativos o liquidativos; b) El presupuesto objetivo; c) Tratamiento singular o grupal de la crisis; 4) Acumulación procesal concursal y consolidación procesal. a) Acumulación procesal concursal; b) Consolidación procesal; c) Organismos internacionales; d) Derecho comparado; e) Argentina. La consolidación procesal en la LCQ (24522).- **Segunda Parte:** 5) Consolidación sustantiva. a) Introducción; b) Responsabilización y consolidación sustancial; c) Organismos Internacionales; d) Derecho comparado; 6) Consolidación sustantiva en la Argentina. a) Extensión de la quiebra; b) El concurso en caso de agrupamiento. 7) Control, límites y responsabilización de los grupos insolventes. 8) Reflexiones finales.

PRIMERA PARTE

1) Introducción*

Comenzamos haciendo saber al lector, que el objeto de este trabajo es el análisis de los efectos que produce la insolvencia dentro de los *grupos*

⁵¹ Advertimos al lector que en este trabajo diremos indistintamente “grupos económicos”, “grupos de empresas”, “agrupamientos” o simplemente “grupos”, para identificar al conglomerado de empresas que interactúan en forma conjunta, económicamente y jurídicamente.

Si bien hemos escrito varios trabajos sobre este tema, al presente lo hemos preparado tomado como base otro de nuestra autoría; Concurso de los grupos de empresas: Consolidación procesal, consolidación sustantiva y responsabilización”. Trabajo en edición por la Cátedra de Derecho Concursal de la Facultad de Derecho (Universidad de Montevideo) para su Revista, Estudios de Derecho Concursal Uruguayo.

DECONOMI

económicos y por lo tanto, lo relacionado con los procesos concursales grupales, sean estos reorganizativos o liquidativos⁵²

El fenómeno grupal es un tema que está presente en el derecho moderno de todos los países, pero ninguno de los revisados tiene una legislación especial o propia que analice el fenómeno en forma integral. Los grupos son tratados en forma fraccionada, tanto en el derecho privado (comercial, societario, laboral, concursal, del consumidor, internacional privado), como en el derecho público (derecho de la competencia, derecho tributario, derecho internacional público).

La complejidad del entramado de los grupos, de sus relaciones interpatrimoniales, su importancia en la vida económica de los países (mega empresas), las consecuencias sociales que su insolvencia acarrea, la proyección transnacional de su patrimonio (empresas multinacionales y concursos transfronterizo), así como las responsabilidades que emergen de la dirección unificada frente a la división del patrimonio entre múltiples personas de derecho (físicas o jurídicas), genera un conflicto de alta sensibilidad y de notoria dificultad técnica para el derecho concursal.⁵³

El análisis de la insolvencia grupal pasa por pensar en la posibilidad de atender la crisis del grupo como un todo, o respecto de uno o varios de sus integrantes afectados, generando las herramientas que permitan sanear a estas empresas de conformación “colectivas” o sea, rehabilitarlas en forma conjunta o liquidarlas con la mayor eficiencia y con el menor costo de transacción posible.

Cuando hablamos de *grupos económicos o grupos de empresas o agrupamientos de empresas*”, nos estamos refiriendo a la actividad empresaria

⁵² Debemos tener en cuenta que en la denominación “genérica” de grupo de empresas, se incluye también a las que se unen o agrupan mediante vínculos de organización contractual, sin que existan relaciones de control, dominio, subordinación, o sea, sin que exista una “empresa colectiva”, sino, empresas independientes con coordinación de intereses comunes, donde las mismas se vinculan y unen tras un cometido común con una mayor libertad para sus integrantes, sin sujeción (entre otros, la unión transitoria de empresas, joint venture, agrupaciones de colaboración, consorcios de cooperación, pool de empresas, sindicatos y cartels, entre otros

⁵³ La existencia de los grupos económicos, y su problemática concursal, ha despertado el interés de los Organismos Transnacionales (Naciones Unidas, Comunidad Europea, OEA, Banco Mundial, CEPAL, entre otros), los cuales han generado directrices, recomendaciones, guías de legislación y leyes modelo, a fin de que los países puedan tener una orientación específica sobre el tema, estando subyacente la pretensión de alcanzar algún grado de uniformidad en el tratamiento de estos conflictos, sea tanto en los concursos reorganizativos, liquidativos o transnacionales.-

DECONOMI

realizada en forma conjunta por varias personas distintas, sean físicas y/o jurídicas, que sin fusionarse, sin formar una nueva y distinta persona, interactúan en el mundo jurídico-económico persiguiendo objetivos y fines comunes. Una de las características más destacadas del agrupamiento, es que, en esta “empresa colectiva” se mantiene preservada y diferenciada la “personalidad jurídica individual” -por lo menos en lo formal- de cada uno de los sujetos integrantes. La empresa grupal es “unitaria” desde la perspectiva de la toma de decisiones y es plural, desde el punto de vista jurídico –patrimonial, (múltiples sujetos de derecho).

Conforme a CNUDMI, “La reglamentación de los grupos de empresas suele estar basada en uno de dos criterios (o, en algunos casos, una combinación de los dos): el criterio de la identidad jurídica independiente de cada empresa del grupo (criterio tradicional y, con mucho, el predominante) y el de la empresa única”.⁵⁴

Grupo de sociedades; Dentro de las estructuras grupales objeto de este estudio, queda asumido que el supuesto de mayor uso para conformar un agrupamiento de empresas, es el “*grupo de sociedades*”, que se produce alrededor de una sociedad matriz, central, controlante o dominante, a la cual progresivamente se le van sumando o adhiriendo nuevas sociedades, que pasan a ser controladas por una *sociedad holding o de inversión, o sociedad matriz* (con sociedades filiales-controladas), control que se ejecuta en forma directa o indirecta por intermedio de otras personas físicas o jurídicas controladas y así se conforma un conglomerado de sociedades que tienen una finalidad y objetivo común y que en definitiva integran una mega empresas, que no necesariamente operan en la misma área y con el mismo objeto social, sino que pueden tener actividades absolutamente diferenciadas y/o complementarias, pero que se benefician con la pertenencia al grupo, su potencia, su acceso al crédito, su capacidad de gestión, de generar negocios, de ejercer presión, de lograr beneficios fiscales, financieros, con la división del riesgo empresario o del mercado, etc. etc.- Se trata de una empresa de base “multicorporativa”.

⁵⁴ Guía Legislativa Sobre el Régimen de la Insolvencia, Tercera Parte. P.17, Recomendación 31.

DECONOMI

Se mantiene el principio rector o esencial de los agrupamientos, dado que no se modifica la estructura de la persona jurídica, ni de su patrimonio, siendo que todas son personas independientes y diferenciadas, con su propio capital social, su propio patrimonio y con sus órganos de gobierno, administración y fiscalización.- Se respeta la personalidad jurídica de cada integrante, pero habitualmente, existe *control social*.

El derecho societario argentino, en el Proyecto de Reformas a la Ley General de Sociedades (19.550), ha mostrado su vocación de avanzar sobre la regulación, alcances y efectos de los “grupos de sociedades”, incorporando algunas previsiones a ese respecto, no obstante el Proyecto está paralizado en su tratamiento en el Congreso a esta fecha⁵⁵.-

2) Problemática concursal de los grupos

Presentados sumariamente los entes objeto de nuestro estudio, pasamos rápidamente a explicar las razones por las cuales hablamos de las “*dificultades*” que presentan los grupos para el derecho concursal, algunas de las cuales se proyectan hacia el “interior” del grupo y otros hacia el “exterior” del mismo;

En el orden interno;

- Las sociedades que integran el grupo pueden estar conformadas por socios o accionistas minoritarios “externos al grupo⁵⁶”, los que no tienen capacidad de decisión en las políticas de la empresa (ni menos en la grupal) y eventualmente tampoco participan de los beneficios del grupo, pero que quedan expuestos a las decisiones de la dirección unificada de la controlante.

⁵⁵ El proyecto de Ley ingreso al Senado de la Nación bajo el nro. 1726 de 2017, en fecha 5 de junio de 2019 y no alcanzó a ser sancionada.

⁵⁶ Estos socios en minoría y externos, se los encuentra frecuentemente en las fusiones o absorciones donde la empresa que absorbe o fusionante, pasa a tener la mayoría del capital social y con ello el control y los fusionados o absorbidos, quedan con una minoría del capital social habiendo perdido el control social. De este modo, pasan a ser accionistas o socios extragrupo.

DECONOMI

- El interés del grupo puede ser ajeno, distinto, o indiferente frente al interés de cada una de las empresas que lo integran, o de los accionistas, o de los socios minoritario externos.⁵⁷
- Es común que existan créditos y garantías cruzadas, participaciones societarias recíprocas, desplazamientos o transferencias de bienes o derechos entre las empresas que lo integran. En algunos casos, estos entrecruzamientos pueden generar un compromiso patrimonial importante para las empresas o generar una verdadera confusión de patrimonios operados desde una administración y gestión promiscua y opaca. Este entrecruzamiento de bienes, obligaciones, derechos e intereses puede implicar justamente que la insolvencia de una o algunas arrastre a otras, por responsabilización o por insolvencia.
- La crisis de una o algunas de las empresas de un grupo que no sea solventada por el resto o por la holding y/o la crisis de la holding, pone en duda la solvencia de todo el grupo y en tal orden, tiene alta potencialidad para arrastrar a la misma situación a una o más de las restantes empresas que lo integran, aún cuando no estén en crisis; o sea, se puede producir el efecto “contagio” por la pérdida de confianza colectiva que podría afectar a todo el agrupamiento.

En el orden externo:

- Hemos explicado que desde el punto de vista jurídico, cada integrante del grupo se expresa o exhibe como un sujeto de derecho independiente, con todo lo que ello implica, su patrimonio, sus activos y pasivos, sus contratos y obligaciones, sus órganos de gobierno, dirección, control y demás. Ahora bien, cuando el grupo se exterioriza, se hace visible, se conoce como tal y se sabe que determinadas empresas integran el mismo, los acreedores individuales de cada una de las empresas pueden formarse el criterio de que en realidad está contratando con todo el grupo (empresa

⁵⁷ Argentina. Proyecto reformas LGS, art. 54 bis, Política Grupal: En la ejecución de una política empresarial en interés del grupo es admisible la compensación de los daños con los beneficios recibidos o los previsibles provenientes de la aplicación de una política grupal durante un plazo razonable, siempre que las desventajas a compensar no pongan en riesgo la solvencia o viabilidad de la sociedad afectada...”

DECONOMI

única), y que la solvencia para responder a las obligaciones es la de todo el grupo y no necesariamente de la empresa con la cual se ha vinculado.- Esto implicaría que frente a la insolvencia de una de las empresas del grupo, los acreedores de la misma puedan pretender que se produzca una extensión o comunicación de responsabilidad (responsabilización) a las restantes empresas del grupo, lo que de acuerdo a la intensidad con que se produzca, puede alcanzar el rango de una consolidación patrimonial, llamada también “*consolidación sustantiva*”.

- Las políticas unificadas del grupo puede hacerle perder rentabilidad e incluso ponerla en zona de insolvencia a alguna de las integrantes, afectando de este modo a los acreedores de esa empresa afectada.

La transnacionalidad

- También aparece como una de las posibilidades que estas empresas tengan intereses en otros países, ya sean bienes, contratos, agencias, representaciones comerciales y/o empresas integrantes el grupo radicadas en otros países (patrimonio multinacionalizado), con lo cual se presenta el problema de los concursos transnacionales o transfronterizos y respecto de los cuales nuestro país no cuenta con una norma de derecho privado internacional actualizada (art. 4 LCQ)⁵⁸.- CUNDMI tiene en estudio de un documento con pretensión de unificar el tratamiento transfronterizo de los grupos y la U.E. ha dictado Directivas sobre los concursos transfronterizos que incluyen a los grupos de empresas.

3) Principales temas que debe resolver el concurso grupal

⁵⁸ No se ha avanzado con el “Proyecto de Unificación Internacional de la Legislación de Insolvencia” que fuera presentado en el X Congreso Argentino de Derecho Concursal (Santa Fe 2018) por los Drs. Uzal y Rouillón.

DECONOMI

Habiendo presentado algunos aspectos que son propios de la insolvencia de los grupos, corresponde ahora analizar los temas más importantes que deben ser resueltos por una legislación concursal, veamos;

a) *La crisis grupal y los concursos reorganizativos o liquidativos*

Debemos preguntarnos si el conflicto de la insolvencia grupal debe ser tratado solo dentro de los procesos concursales reorganizativos (sean acuerdos privados, acuerdos prejudiciales, acuerdos abreviados o acuerdos judiciales)⁵⁹; y/o, si también deben existir normas que atiendan los procesos liquidativos de las empresas del grupo, y en este supuesto, si en las liquidaciones de los bienes de cada empresa, el destino de su producido se aplica a; 1) cancelar los pasivos de la misma y los saldos se entregan a los accionistas, 2) o si se forma una masa de remanente con los excedentes de cada liquidación para atender a acreedores insatisfechos en otras liquidaciones o 3) si directamente, se consolidan los activos y pasivos de todas las empresas, produciendo una fusión patrimonial de origen legal⁶⁰.

b) *El presupuesto objetivo*

El presupuesto objetivo de la apertura de los concursos de empresas se ha venido ampliando o flexibilizando desde fines del siglo XX y marcadamente en el siglo XXI, con la finalidad de poder realizar “prevención” de la insolvencia, a fin de que las dificultades económico-financieras sean tomadas tempranamente, para facilitar la recuperación de las mismas, puesto que la cesación de pagos como un “estado del patrimonio”, baja sensiblemente las posibilidades de su salvataje.

⁵⁹ La LCQ 24522 solo lo trata *sistematizadamente* en el concurso preventivo, que es el Concurso en caso de Agrupamiento.

⁶⁰ Como explicaremos infra, la fusión patrimonial responde a la teoría que analiza el supuesto grupal desde una realidad económica que indicaría que se trata de una “empresa única”, y por lo tanto con un “patrimonio único” lo que obliga a la formación de una “masa única”, en definitiva, la aplicación de la “consolidación sustantiva”.

DECONOMI

De este modo, del “estado de cesación de pagos” -insolvencia consolidada- hemos pasado a conceptos anticipatorios, tales como el procedimiento de alerta temprano (derecho francés), la preinsolvencia o las dificultades económicas financieras de carácter general (LCQ art. 69. APE en Argentina), insolvencia actual o inminente (España)⁶¹, amenaza de insolvencia, cuando es previsible que no podrá cumplir (Alemania)⁶² cesación de pagos o incapacidad de pago inminente (Colombia)⁶³ y podemos seguir transcribiendo otras muchas leyes que ya lo han incorporado.-

No obstante la presencia de estos “diseños” de presupuesto objetivo flexibilizado, todos concordamos en que para habilitar la apertura de un proceso concursal, el presupuesto objetivo o material debe necesariamente existir, ser actual o inminente, pero que afecte la capacidad de pago del deudor, y esta afirmación es válida sea tanto un recaudo para un pedido de apertura de un proceso voluntario o necesario⁶⁴, ello así en razón de que el proceso concursal produce consecuencias trascendentes que implican severas afectaciones en las relación crediticias-obligacionales-patrimoniales.

¿Ahora bien, cómo juega el presupuesto objetivo en los concursos de grupos de empresas?

Volvemos sobre los párrafos anteriores, sosteniendo que si bien existe una mayor laxitud, el presupuesto objetivo también debe darse en los “concursos grupales”. Las normas que hemos consultado nos muestran que se mantiene el presupuesto objetivo de la insolvencia actual o inminente, con la diferencia que algunas solo admiten el concursamiento de las empresas del grupo que se encuentren en dicha situación y alguna otra, admite la presentación

⁶¹ España. Ley Concursal. Art.2.3.

⁶² Alemania. Insolvenzordnung (INSO), Art. 18.I

⁶³ Colombia. Ley de Insolvencia Empresarial. Art. 9.2.

⁶⁴ Cuando se trata de un pedido de apertura de concurso necesario (por acreedor u otro legitimado), en las legislaciones que hemos consultado se requiere normalmente que la insolvencia ya exista a ese momento, o sea, normalmente no se admite insolvencia inminente o próxima.

DECONOMI

conjunta de todas, aún cuando no todas estén ya en insolvencia, pero que sea previsible que ingresen en dicha zona.

La situación de las empresas solventes, en los planes de reorganización de empresas insolventes de un grupo, es analizada en la Guía Legislativa CNUDMI Parte Tercera (2010), como estrategia grupal, pero con características de excepcionalidad, aceptándolo que participen en el reflotamiento y reestructuración, *siempre y cuando no lleve a la empresa solvente a transformarse o a arrimarse a la zona de insolvencia por dicho apoyo contractual*⁶⁵.

Veamos algunos ejemplos;

i) *Ley Uruguay*

Uruguay adopta como presupuesto objetivo al “estado de insolvencia”⁶⁶, siendo tal cuando el deudor no puede cumplir con sus obligaciones (Art. 1 LCRE) y maneja dos presunciones de insolvencia; “relativas”, en el art. 4 y “absolutas” art. 5 el que establece en el inc., 1° “cuando el deudor solicite su propio concurso”.

En cuanto al presupuesto objetivo en caso de concursos conjuntos (conexos), el art. 9° LCRE 18.387, requiere también de la presunción de insolvencia, y establece que; “Dos o más deudores podrán presentar conjuntamente solicitudes de declaración judicial de concurso (concurso pedido por el deudor o voluntario)...El acreedor podrá promover la declaración judicial de concurso de varios de sus deudores, personas físicas o jurídicas, cuando se configuren respecto de *todos los deudores* presunciones de insolvencia y concurra alguna de las siguientes circunstancias: 1. Exista confusión entre los

⁶⁵ Guía Legislativa de la CNUDMI. Sobre el Régimen de la Insolvencia Tercera parte: Trato otorgable a los grupos de empresas en situaciones de insolvencia. P.90 – Punto 2. Inclusión de una empresa solvente en un plan de reorganización. Párrafo 152. ...y refiere a la posibilidad de que una empresa solvente participe en el salvataje reorganizativo del grupo.

⁶⁶ Uruguay LCRE, Art. 1. Parr. Segundo,” Se considera en estado de insolvencia, independientemente de la existencia de pluralidad de acreedores, el deudor que no puede cumplir con sus obligaciones.

DECONOMI

patrimonio de los deudores, 2. Cuando formen parte de un mismo grupo. Este artículo se relaciona y sujeta a las previsiones del art. 1º, que describe que se considera estado de insolvencia. De modo que en los casos de dos o más deudores que se presentan en forma conjunta, la presunción de estado de insolvencia es un recaudo necesario. Conforme al art. 8º cuando se trate de otros legitimados que no sean el propio deudor, estos “deberán aportar los elementos de juicio que acrediten la existencia de una presunción de insolvencia”.-

ii) *Argentina. LCQ 24522*

En el procedimiento especial denominado “Concurso en caso de Agrupamiento” (Art. 65/67 LCQ) la ley admite la presentación de empresas que aún no están en insolvencia, exigiendo que las mismas “*puedan verse afectadas*” por la insolvencia de otra/s. Consideramos que esta expresión no es exactamente equiparable a “insolvencia inminente”

Esta laxitud en la descripción de este presupuesto objetivo del concurso grupal merece algunas consideraciones; La intención del legislador, desde lo general, es que, estando una de las empresas del grupo en cesación de pagos, ese estado *puede* trasladarse al resto de las integrantes, o sea, una suerte de efecto contagio.- A la vez, está diciendo claramente que las otras empresas, pueden no estar en cesación de pagos, podrían estar in bonis, situación que puede darse perfectamente cuando las empresas no operan en los mismos rubros ni actividades y por ende, pueden no estar afectadas por los mismos conflictos que han afectado a las otras.⁶⁷

En nuestro criterio, la L.C.Q. (24522) no señala con precisión como debe identificarse y probarse el efecto contagio. El art. 66 dice textualmente...”*con la condición de que dicho estado pueda afectar a los demás integrantes del grupo económico*”... La “afectación” que define el presupuesto

⁶⁷ CNUDMI. Guía Legislativa Parte Tercera. Capítulo II, Insolvencia en el seno de un grupo de empresas, A. Introducción. 4. “En algunos casos, por ejemplo, cuando la estructura del grupo es variada y entraña actividades mercantiles y bienes sin vinculación alguna, la insolvencia de uno o más miembros del grupo puede no afectar a los demás miembros ni al grupo en su conjunto y los miembros insolventes pueden ser administrados por separado”.

DECONOMI

objetivo en los concursos grupales de la ley argentina, no está expresada con el rigor técnico que la situación requiere atento las trascendentes consecuencias que produce la apertura de un proceso concursal. Decir que la *pueda afectar a las otras*, es demasiado amplio, genérico o impreciso. En realidad, lo que la ley debe decir y el juez debe exigir, es la acreditación incuestionable del efecto contagio y con ello, que esa *afectación*, va a desembocar en forma “*inminente e inevitable*”, en la cesación de pagos de todas las otras que integran el grupo. A nuestro juicio, el juez debe entender que cuando lee *que pueda afectar*, implica que está en presencia del camino hacia la insolvencia o hacia de las dificultades económico financieras de carácter general irreversible, en definitiva, que la cesación de pagos de una de las empresas del grupo es la “*antesala necesaria e inevitable de la crisis de todo el agrupamiento*”.-

c) *Tratamiento singular o grupal de la crisis*

Otro gran punto a dilucidar es, si en caso de una crisis de un grupo económico, la ley admite o exige que deban presentarse todas ellas conjuntamente o si pueden hacerlo individualmente, realizando el pedido concursal separado o conjuntamente, pero solo las que se encuentren en crisis.

De modo que, el tratamiento de la crisis de los grupos en el derecho comparado, ha sido resuelto por las leyes respondiendo a estas pautas;

- Regular en forma individual e independiente el problema de cada una de las empresas que integran el grupo (empresa individual), sin acceso a tratamiento grupal⁶⁸

⁶⁸ En estos modelos, cada sujeto y su patrimonio son tomados individualmente, más allá de que integre un grupo y de que a la vez, sea una parte funcional dentro de una “empresa colectiva”; «un deudor, un patrimonio, un concurso. Tal el modelo de Alemania, Insolvenzordnung (INSO) Este régimen que fue recientemente modificado por la “Ley para facilitar el manejo de Insolvencias Corporativas” (KonzinsolAndq) que entró en vigencia 21.4.2018, receptando las Directivas de la U.E.

DECONOMI

- Admitir que puedan presentarse conjuntamente y tramitar en forma acumulada las empresas que estén afectadas y no las restantes (tratamiento individual, pero conjunto de empresas vinculadas)⁶⁹
- Regular la insolvencia grupal tratando al conglomerado unificadamente (empresa única)⁷⁰

De momento no existe uniformidad en la legislación comparada, mostrándose diversas alternativas, pero destacamos que la opción que es mayoritariamente aceptada, es la segunda; tratamiento de la crisis como empresa individual, con presentación conjunta de las empresas vinculadas del grupo.

Siendo este un tema de la máxima importancia en el tratamiento de los concursos grupales, procedemos a desarrollar los dos últimos supuestos, dado que en el primero, es aplicación directa y sin modificaciones de la norma concursal para procesos individuales.-

4. Acumulación procesal concursal. Consolidación procesal

Hemos anticipado que una muy abultada mayoría de las leyes consultadas respetan el principio de individualidad o independencia, que emerge de personalidad jurídica propia y separada de cada uno de las personas físicas y/o jurídicas que integran el grupo, de modo tal, que la ley –aun frente a un grupo

⁶⁹ Otras en cambio, permiten la presentación de todas o algunas de las empresas que lo integran en forma conjunta y los procesos individuales tramitan acumulados por ante el mismo Tribunal y normalmente con una misma sindicatura o administrador de la insolvencia, regulando aspectos vinculados con la coordinación de procesos y de propuestas (concursos conexos), pero cada sujeto que integra el grupo debe resolver su propio problema concursal, aún cuando puede coordinar propuestas con la o las otras empresas presentadas conjuntamente. Las empresas no pierden los límites de su personalidad jurídica y la norma concursal se limita a permitir la acumulación procesal de modo de permitir el saneamiento de las empresas afectadas, tales LCRE 18.387 de Uruguay (arts. 9, 13 y 19), o Colombia, Ley de Insolvencia Empresarial (art.12), o España, Ley Concursal (arts. 3.5., 6.2 y 4., 25, 92.5, 93.3, 101.2). Este es el modelo más receptado por las normas del derecho comparado.

⁷⁰ En algunos casos, la ley acepta la “consolidación sustantiva”, tanto en los concursos reorganizativos, como en el proceso liquidativo en situaciones de excepción, las que deben estar descritas taxativamente en la ley, ello en función de que, aplicar la consolidación sustantiva, implica resolver temas muy complejos, lo que ha llevado a una muy baja recepción legislativa. La ley Argentina es una de ellas.

DECONOMI

económico- mantiene los patrimonio separados, lo que quiere decir que cada empresa para resolver o afrontar el proceso concursal cuenta con su “propios” activos para tender sus “propios” pasivos, más allá de que puedan desarrollar una estrategia común.

a) Acumulación procesal concursal

La acumulación procesal en materia concursal se diferencia de la acumulación de procesos en los Códigos de Procedimientos Civiles. La acumulación de procesos para el derecho procesal, tiene como finalidad evitar el dictado de *sentencias contradictorias* cuando dos o más procesos que están radicados y tramitan ante distintos juzgados, tiene un hecho o acto jurídico (causa) que los vincula y que su tramitación por separado puede producir sentencias que resuelvan de distinta manera o produzcan dispares consecuencias para un mismo acto originante.

La “acumulación de procedimientos” grupales de insolvencia, cumple una finalidad distinta y es que, en razón de la pertenencia de dos o más personas a un mismo grupo, existen una diversidad de datos, interconexiones, relaciones de créditos y débitos, transacciones y operaciones financieras en el orden interno y a la vez, acreedores comunes, deudores conectados o deudas que pueden estar repetidas o relacionadas y similares conflictos en el orden externo, razón por la cual se considera como adecuado que los conozca un mismo juez de la insolvencia aumentando la eficiencia y la disminución de costos, siendo gestionados en forma conjunta y/o unitaria, con una misma administración concursal (sindicatura).-

b) Consolidación procesal.

Consideramos que podemos hablar de “consolidación procesal” cuando se produce una diferencia de “intensidad” en la conexidad de los procesos que tramitan acumulados, lo que ocurre cuando se *propicia* la posibilidad de que el juez del proceso, a pedido de parte legitimada o de oficio, dicte una orden de “coordinación de procesos”, abriéndose entonces la

DECONOMI

oportunidad para generar una estrategia común para las empresas concursadas o para el grupo a fin de procurar la reorganización y rehabilitación mediante propuestas condicionadas o únicas, que sean aprobadas por sus acreedores dentro de cada proceso. En definitiva, implica tramitar los procesos de varias o todas las empresas que integran el agrupamiento, en forma conjunta, acumulada, interconectada y coordinada, *sin confundir los patrimonios ni unificar activos y pasivos.*-

Hemos anticipado que muchas leyes del derecho comparado han receptado el régimen de acumulación, conexidad y coordinación de procesos (consolidación procesal) que es sugerido tanto por las Directivas de la U.E⁷¹, como por la Guía Legislativo de CNUNDI.

La coordinación también se da en los procesos de “insolvencia transfronterizas” de empresas integrantes del grupo que están radicadas y con operatoria en distintas jurisdicciones. En estos casos, es prácticamente inviable que los procesos tramiten ante el mismo tribunal y con una misma sindicatura, adoptándose el sistema de un “proceso principal” y “procesos secundarios”, aplicándose criterios de cooperación, comunicación, información, diligencias cautelares y procesales, acciones reivindicatorias, rescisorias y de responsabilidad, etc., todo en forma “coordinada” para hacerlo más eficiente.⁷²

Veamos lo relativo a la “consolidación procesal” en los Organismos Internacionales y en algunas normas del derecho comparado, mostrándolo en forma sintética por razones de edición, e invitando al lector a recurrir a las fuentes citadas;

c) Organismos Internacionales

⁷¹ Al estar establecido en las Directivas de la Unión Europea, implica que los países integrantes deben ajustar sus normas procesales a tal previsión, lo que suma una gran cantidad de países.-

⁷² La U.E., como veremos más adelante, ha dictado una “Reglamentación para el tratamiento de los procesos de insolvencia transfronterizo de los grupos empresariales” y CNUDMI está avanzando en el desarrollo de una Ley Modelo sobre Insolvencia de Grupos.

- i) *NACIONES UNIDAS – CNUDMI*⁷³. *Guías Legislativas sobre el régimen de insolvencia Segunda y Tercera Parte.*

Lo relativo a la “consolidación procesal”, es tratado extensamente en la Guía Legislativa “Tercera” Parte, año 2010 de CNUDMI, la que respecto de la estructura de los grupos y el tratamiento de los procesos de insolvencia, nos informa en sus “Recomendaciones”.

Veamos algunas de las Recomendaciones⁷⁴:

- *Solicitud conjunta; Finalidad de las disposiciones legislativas;*

Las disposiciones relativas a la solicitud conjunta de apertura de procedimientos de insolvencia con respecto a dos o más empresas de un grupo tienen por objeto: a) Facilitar el examen coordinado de la solicitud de apertura de un procedimiento de insolvencia presentada respecto de esas dos o más empresas del grupo; b) Habilitar al tribunal para obtener información acerca del grupo de empresas que facilite la determinación de si procede o no decretar la apertura de un procedimiento de insolvencia respecto de cada una de esas empresas del grupo; c) Promover la eficiencia y reducir los gastos de apertura de esos procedimientos, y d) Ofrecer un mecanismo que facilite al tribunal la determinación de si procede o no coordinar esos procedimientos.

- *Coordinación procesal*⁷⁵

La coordinación procesal tiene por objeto aumentar la eficiencia de las actuaciones y ahorrar gastos y puede facilitar no sólo la obtención de información completa sobre las operaciones comerciales de las empresas del grupo sujetas a un procedimiento de insolvencia, sino también la valoración de los bienes y la identificación de los acreedores y de otras partes con intereses jurídicamente reconocidos, así como evitar la duplicación de esfuerzos.... Saber si existe la posibilidad de reorganizar las empresas deudoras con arreglo a un único plan que abarque a varias de ellas, o con arreglo a planes coordinados,

⁷³ CNUDMI. Comisión Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional.- UNCITRAL conforme a sus siglas en inglés.

⁷⁴ Recomendaciones 199 a 201 p. 29

⁷⁵ CNUDMI; Guía Legislativa Tercera Parte (Grupos) p.88, F. *Reorganización de dos o más empresas F. Planes de reorganización coordinados.*

DECONOMI

esencialmente similares para cada empresa...El mandamiento de coordinación procesal podrá racionalizar de diversos modos las actuaciones: facilitando el intercambio de información para obtener una evaluación más completa de la situación de los diversos deudores; combinando audiencias y reuniones; preparando una sola lista de acreedores y demás interesados que deban ser notificados, a efectos de coordinar el envío de las notificaciones; fijando plazos comunes; concertando la presentación conjunta de los créditos y la realización o venta coordinada de los bienes; coordinando los procedimientos de impugnación de de un Grupo...y la posibilidad de proponer planes de reorganización coordinados.”⁷⁶

- *Adopción de plan único o planes coordinados.*

La adopción de un único plan o de planes coordinados requeriría, en la práctica, que se preparará y aprobará, en el *marco de cada procedimiento* abierto contra una empresa del grupo que vaya a ser incluida en el plan, un plan idéntico o similar al de las demás. *La aprobación de cada plan habría de efectuarse, respecto de cada empresa incluida en el plan, por sus propios acreedores, que ejercitarían su voto conforme a lo previsto para la aprobación de un plan respecto de una única empresa; no sería conveniente que se procediera a la aprobación de un plan en el marco global del grupo en su conjunto, dado que ello permitiría que una mayoría global de acreedores de distintas empresas del grupo imponga el plan así aprobado a empresas cuyos acreedores no lo deseen.*

- **Síntesis:**

Como podemos apreciar, la Guía Legislativa Tercera Parte (Trato otorgable a los grupos en situación de insolvencia), recepta y propicia abiertamente la “consolidación procesal”, o sea, presentación conjunta de dos o más empresas de un grupo por ante un mismo tribunal, siempre y cuando las mismas se encuentren en estado de insolvencia, tramiten cada proceso en forma independiente, se respete la personalidad jurídica diferenciada. En tal orden, postula que las leyes permitan que estos procesos conexos tramiten en forma “coordinada”, que los planes sean aprobados por los acreedores en cada

⁷⁶ Recomendación 237.

DECONOMI

empresa y *desaconseja que se proceda a la aprobación de un plan en el marco global del grupo en su conjunto*⁷⁷.

ii) *UNION EUROPEA (UE).*

El Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea dictaron el Reglamento (UE) 2015/848 de 20 de mayo de 2015 sobre Procedimientos de Insolvencia⁷⁸, el cual respecto de los “*concursos de grupos transfronterizos*”, desarrolla el manejo de más de un proceso, -principal y secundarios- prevé lo siguiente;

Consideraciones 51 a 62 de los que resultan, sintéticamente expresado lo siguiente:

a) Garantizar la eficaz administración de los procedimientos de las distintas entidades del grupo;

b) Establecer normas procesales para la *coordinación de los procesos* y de los órganos de administración y órganos jurisdiccionales;

c) La cooperación entre los administradores concursales no puede en ningún caso ir en detrimento de los “*intereses de los acreedores de cada uno de los procedimientos*”, y debe tener por objeto hallar una solución que propicie las sinergias en el seno del grupo.

d) Las normas de procedimientos de insolvencia de grupos no deben limitar la posibilidad de que un órgano *jurisdiccional abra procedimientos de insolvencia para varias sociedades* del mismo grupo;

e) Para los miembros de un grupo de sociedades que no participen en el procedimiento de coordinación del grupo, el presente Reglamento debe prever

⁷⁷ Esta opción ésta incluida en el art. 67 de la LCQ Argentina, que a sus fines establece dos regímenes de mayorías distintos, una que es la común para los concursos preventivos y otra grupal, con donde tiene fuerte preponderancia el capital con derecho a voto.

⁷⁸ El día 26 de junio de 2017 comenzó a aplicarse el Reglamento (UE) 2015/848 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2015, sobre procedimientos de insolvencia (texto refundido, el que a su vez ha sufrido una modificación por el Reglamento (UE) 2018/946, que extiende la aplicación del Reglamento a los *acuerdos extrajudiciales privados y acuerdos de refinanciación y otros similares* conforme cada país a los cuales se los incluye dentro del concepto de “procedimientos de insolvencia”.-

DECONOMI

también un mecanismo alternativo que permita lograr una reestructuración coordinada del grupo;

f) Este nuevo marco de coordinación y cooperación permitirá poder efectuar un plan de reestructuración único, no obstante, esta obligación de cooperación únicamente podrá aplicarse en el momento en que sea compatible con las disposiciones legales establecidas en cada país y por lo tanto, *no exista conflicto de intereses*.⁷⁹

En definitiva, El Reglamento Europeo tiene una aproximación conceptual con lo que sugiere o aconseja la Guía Legislativa CNUDMI para los procedimientos de insolvencia de los grupos. No trata lo relacionado con la participación que pueda caberle a las empresas de los grupos solventes, ni tampoco lo que refiere a la consolidación patrimonial o sustantiva.-

d) *Derecho Comparado*

Veamos el tema desarrollado en algunas normas del derecho comparado:

i) Colombia.⁸⁰

El régimen colombiano es uno de los modelos más modernos y completos en el tratamiento de los concursos grupales. La ley 1116/2006, trata el fenómeno grupal admitiendo también la presentación conjunta, sea en forma voluntaria o también pueden abrirse los procesos conjuntos o grupales de oficio, (Superintendencia de Sociedades), arts. 12 y 15 respectivamente.- En el art. 12⁸¹, aclara suficientemente que la acumulación o tramitación conjunta, *no inhibe a los deudores integrantes del grupo a celebrar acuerdos de reorganización*

⁷⁹ LACASA LOBERA, Francisco. “Reglamento Europeo sobre procedimientos de insolvencia-reforma 2015. <https://www.agmabogados.com/reglamento-europeo-sobre-procedimientos-insolvencia-reforma-2015/>

⁸⁰ La ley de Insolvencia Empresarial de Colombia nro. 1116/2006 trata el fenómeno grupal y vuelve sobre el tema a también en el Decreto 1749/2011.- En nuestro criterio la Ley de Colombia ha seguido muy de cerca las Recomendaciones de la Guía Legislativa de CNUDMI, mostrándose como una ley muy moderna y completa

⁸¹ Colombia. Ley de Insolvencia Empresarial 1116/06. Art. 12. “Matrices, controlantes, vinculados, sucursales de sociedades extranjeras”.

DECONOMI

independientes y recepta lo relativo a la coordinación de procesos sin menoscabo de la identidad jurídica de cada sujeto.

El Decreto 1749/2011 (Reglamentario de varias disposiciones de la ley 1116/06), trata especialmente el tema de los grupos económicos y se aplica a todos los procesos concursales reorganización, liquidación y validación de acuerdos extrajudiciales). En su articulado trata lo relativo a la presentación conjunta de dos o más, ante el órgano jurisdiccional, las medidas de coordinación, definiendo a la coordinación como “la administración coordinada de dos o más procesos de insolvencia abiertos respecto de diversos deudores o empresas de un mismo grupo. Cada deudor conservará su personificación jurídica y su autonomía administrativa y patrimonial”

Recepta la consolidación de masas en especiales situaciones, como veremos más adelante.

ii) España⁸²

En lo que refiere al tratamiento de la insolvencia de empresas pertenecientes a grupos económicos el “Texto Refundido”, se asemeja mucho a lo establecido en la legislación anterior, o sea, admite la *consolidación procesal*. El en Capítulo VI “De los concursos conexos” (arts. 38 y s.s.) incluye la posibilidad de tramitar concurso conjuntos, entre otros, a las “sociedades” pertenecientes a un mismo grupo, sea a pedido de los deudores (voluntario) o de los acreedores (necesario), admitiendo también la acumulación de procesos ya declarados, la que se admitirá aún cuando hayan sido abiertos en distintos juzgados.

En los casos de concursos conexos –como excepción- se podrá condicionar la propuesta que presente uno de los concursados, a que en otro u otros adquiera eficacia un convenio con un contenido determinado (Art. 319)

⁸² El régimen concursal español fue sufriendo muchas reformas desde el año 2003 hasta el año 2015 que han concluido con la redacción unificadora conocida como Texto Refundido de la Ley Concursal, que ha entrado en vigencia a partir del 1 de septiembre de 2020 (D. Legislativo 1/2020 de 5.5.2020.)

DECONOMI

siendo esta una disposición que habilita a los deudores a intentar una estrategia de acuerdo del grupo o de las empresas en los concursos conexos.

En síntesis; el régimen español admite que tramiten en forma conjunta y acumulada los procesos de sociedades de un grupo, en forma coordinada, pero sin atentar contra la autonomía y personalidad diferenciada de las mismas, respetando la independencia de sus patrimonios, estableciendo claramente la ley que la coordinación se realiza *sin consolidación de masas*.

Al igual que Colombia, bajo supuestos especiales el juez puede ordenar la consolidación de masas, conforme desarrollaremos más adelante.

iii) Uruguay⁸³

Uruguay ha seguido muy de cerca los pasos de la Ley de Concursos de España, asumiendo -respecto de los grupos- el diseño de la *consolidación procesal*. Admite las solicitudes conjuntas a pedido de deudor o de acreedores, no contemplando en absoluto, un sistema de extensión del concurso a otros integrantes del grupo económico (Art. 9).- El sistema uruguayo no le reconoce al “grupo” una personalidad jurídica diferenciada o propia y como tal no puede tratarse unitariamente.⁸⁴

La ley admite la *consolidación procesal*, con las siguientes características:

- Que exista presunción de insolvencia de cada una de las empresas a las que se abra el concurso,
- Pedido conjunto por parte los deudores, o también de acreedores de más de una.
- Tramitación ante una misma sede judicial por expedientes separados⁸⁵,

⁸³ La ley de Judicial de Concursos y Reorganización Empresarial (LCRE) nro. 18.387 de 2008 1749/2011.-

⁸⁴ SORONDO, Ana. “Grupos económicos: Inconsistencia de la ley concursal que repercuten en el régimen general aplicable a estos”. Fundación de Cultura Universitaria, año 2011. Tres pilares del moderno derecho comercial, p. 564.

⁸⁵ Uruguay LCRE Art. 13.

DECONOMI

- El juez designará en todos los procedimientos al mismo síndico o interventor⁸⁶;
- La posibilidad de presentar propuestas *condicionadas* a la aprobación judicial del convenio de una o varias sociedades del mismo grupo; o sea, lo que muestra la necesidad de llevarlos adelante en forma simultánea y coordinada.⁸⁷

iv) *Brasil.*

En su recientísima reforma a la Ley 11101⁸⁸ que ha introducido la ley 14.112 (con vigencia a partir de 24.01.21), se incorpora un Sección IV-B arts. 69 G y s.s., bajo el Título de Consolidación procesal y Consolidación sustantiva. Se expide -con definido uso de la terminología técnica - por la consolidación procesal para los concursos bajo control societario, “podrán solicitar la reorganización judicial mediante consolidación procesal...se presentarán en concurso individualmente y el tribunal puede decidir –si la documentación es adecuada- que exista un solo administrador judicial (sindicatura única)...La acumulación procesal, prevista en el art. 69-G de esta Ley, conduce a la coordinación de los actos procesales, garantizando la *independencia de los deudores, sus activos y pasivos*...Los deudores *propondrán medios de recuperación independientes* y específicos para la composición de sus pasivos, admitiendo su presentación en un solo plan...Los acreedores de cada deudor deliberarán en las juntas generales de acreedores independientes...*La consolidación procesal no impide que algunos deudores obtengan el otorgamiento de la recuperación judicial y que a otros se les decrete la quiebra*”. (las letras itálicas nos pertenecen)

Como diremos más adelante, y siguiendo los pasos de la Guía Legislativa (CNUDMI) acepta la consolidación sustantiva en excepcionalísimos supuestos.

⁸⁶ Uruguay LCRE Art. 19.

⁸⁷ Uruguay LCRE Art. 140 parr. 2do.

⁸⁸ Ley de recuperación judicial y extrajudicial y quiebra de empresario y de la sociedad empresaria.

v) *Alemania*

Como hemos anticipado supra, la ley de quiebras de Alemania (INSO) era estricta en cuando a los procedimientos grupales, no admitiendo la tramitación conjunta, sino la de cada una individualmente⁸⁹. Con la última reforma realizada en 2017 con vigencia a partir de 2018⁹⁰, la legislación alemana ha aceptado -con reservas- la *consolidación procesal*, admitiendo la concentración de procedimientos, con coordinación, con lo cual Alemania se ha arrimado al modelo propuesto por la UE, y rezeptado por la mayoría de los países.

e) *Argentina. La consolidación procesal en la LCQ (24522)*

Nuestra LCQ (24522) admite dos opciones frente a la situación de crisis de empresas que pertenecen a un grupo, dejando el ejercicio de la elección al mismo agrupamiento;

a) Una o más empresas se pueden presentar en forma independiente, sin conexidad con otras, tramitando el proceso con sus acreedores y su patrimonio, o sea, el concurso de un sujeto individual;

b) El grupo puede recurrir al *instituto especial* del “Concurso en caso de Agrupamiento” (art. 65/67) el cual exige la presentación conjunta y simultánea de *todas* las empresas del grupo sin excepciones, tramitando luego cada proceso en forma independiente o sea, tantos procesos como empresas hubiera, por ante un mismo juez y con una sola sindicatura (que puede ser plural). Una vez abierto el Concurso por Agrupamiento, la ley permite que los deudores o sea el grupo, puedan realizar *propuestas individuales* o *propuestas unificadas* (art. 67 LQC 24522), lo que implica que luego de haberse presentado todas en forma conjunta, las empresas puedan volver al régimen de tratamiento independiente

⁸⁹ “La ley de bancarrota alemana (INSO) se rige fundamentalmente por personas jurídicas, no por grupos. Por lo tanto, en caso de una crisis grupal, no se abre un procedimiento de insolvencia conjunto contra los activos de todo el grupo de empresas, sino un procedimiento de insolvencia separado contra los activos de cada empresa individual del grupo.

⁹⁰ La Ley KonzInsoAndG “Para facilitar el manejo de insolvencias corporativas”, introduce reformas al art. 3° de la INSO, agregándole diversos apartados y luego modifica otros artículos de esta misma normativa para poder correlacionar el tratamiento de la consolidación procesal.

DECONOMI

(propuestas individuales) u optar por el tratamiento como grupo (propuestas unificadas).

Una primera reflexión que resulta de nuestro “particular” régimen legal, es la siguiente: La ley no admite la presentación conjunta de dos o más empresas del grupo insolventes que puedan tramitar en forma acumulada, conexas y coordinadas sus concursos, porque las opciones son; se pueden presentar dos o más en forma independiente y sin acumulación ni conexidad y por ante el fuero que les corresponda a cada una; o se presentan “todas juntas”. Como vemos, este diseño no admite la posibilidad de consolidación procesal que hemos desarrollado supra y que ha sido receptada muy mayoritariamente en las nuevas leyes concursales, por lo cual, nuestra ley ha quedado desactualizada para el sistema concursal del siglo XXI.

Dentro del concurso por agrupamiento, cuando el agrupamiento decide realizar “propuestas individuales”, cada empresa negocia y formula propuesta de acuerdo a sus acreedores y logra o no las conformidades, sin que la frustración pueda afectar al resto de las empresas del grupo.

Esta modalidad de “*consolidación procesal*”, presenta las siguientes características;

- Obligada presentación conjunta de *todas* las empresas en forma simultánea;
- Acumulación de procesos ante un mismo juez y sindicatura única (que puede ser plural);
- Control verificadorio recíproco o cruzado;
- Informe general único para todos los procesos, el que se completará con un estado de activos y pasivos consolidados del agrupamiento y,
- Los deudores pueden formular propuestas individualmente, y de este modo no vincula al resto, y no se produce automáticamente ni responsabilización, ni consolidación patrimonial, lo que no priva a los acreedores –llegado el caso- de impulsar acciones de responsabilidad.

En el diseño de este instituto concursal especial (concurso del agrupamiento) advertimos estas particularidades: 1) No está previsto que

DECONOMI

puedan presentarse dos o más empresas en forma conjunta y tramitar sus procesos acumulados, o sea, no existe la posibilidad de una consolidación procesal si no incluye a todas; 2) El camino de la “propuesta individual” conforme sea la estrategia del agrupamiento, nos pone en presencia de una “*acumulación procesal total*”, porque la ley exige como presupuesto de admisibilidad, que *todas* las empresas del agrupamiento se presenten en concurso en forma conjunta y simultánea, para luego permitir el tratamiento individual de la insolvencia de cada empresa.⁹¹

Podemos decir que este régimen presenta ventajas, desventajas y limitaciones del modelo Argentino de Consolidación Procesal:

- *Ventajas:* Acumulación de procesos ante un único juez, coordinación, unificación de la sindicatura, informe general consolidado con todas las empresas del grupo lo que permite a los acreedores hacerse una idea de la “salud financiera del mismo”, la posibilidad de que una empresa del grupo pueda acceder a un proceso sin estar aún en insolvencia (preinsolvencia o insolvencia inminente).-
- *Desventajas:* Esta opción de concurso grupal muestra una importante contradicción al exigir que se presenten todas las empresas del agrupamiento “sin exclusiones” aún las que no están en cesación de pagos, para luego permitir la formulación de propuestas individuales. Por este camino se podría llegar al absurdo de que empresas *in bonis* concursadas, fueren a los acreedores al tratamiento de una propuesta concursal, con todas las consecuencias previas que ello ha implicado, tales como la suspensión de pagos, de ejecuciones, el fuero de atracción, la suspensión de intereses y todo lo que implica un concurso preventivo, sin estar en cesación de pagos y con la posibilidad de llevar a la quiebra a dicha empresa innecesariamente.
- *Limitaciones:* En el modelo Argentino se concursa cada cual individualmente, o todas juntas. La norma no admite el concursamiento de dos o más empresas en crisis, para tramitar en forma conjunta,

⁹¹ Art. 65. Petición...”La solicitud debe comprender a todos los integrantes del agrupamiento sin exclusiones. El juez podrá desestimar la petición si estimara que no ha sido acreditada la existencia del agrupamiento...”-

acumulada y coordinada sus procesos de insolvencia, que es el modelo que más receptividad tiene en el derecho comparado y es el recomendado por los Organismos Internacionales.

SEGUNDA PARTE

5. Consolidación sustantiva

a) *Introducción.*

Hemos dicho en la Primera Parte, que las empresas que integran un grupo -habitualmente sociedades con limitación de la responsabilidad- conservan su personalidad jurídica, tienen autonomía jurídica y patrimonial y sus propios activos y pasivos. Sin embargo, los abusos que el grupo puede generar en la gestión y dirección de las empresas y los perjuicios que puedan resultar de esta forma de administrarlas, tanto para los socios extragrupo como para los acreedores, lleva a estos últimos a procurar la responsabilización solidaria de todas las empresas del grupo, o sea, a procurar extender la responsabilidad a todas con unificación de todos los activos y pasivos, situación que se la conoce como “*consolidación patrimonial o consolidación sustantiva*” y que importa realizar -de hecho- una verdadera “fusión patrimonial” de las empresas”, produciéndose una verdadera extinción de la personalidad diferenciada.

En este procedimiento de generar una “masa única” se pueden producir indeseables perjuicios, tal cuando se transfieren recursos de empresas solventes o en mejor estado patrimonial, a empresas más endeudadas, repercutiendo de este modo en las posibilidades de recuperación de créditos de los acreedores de cada empresa, modelo en el cual puede resultar que algunos se beneficien con el patrimonio de la solvente y otros se perjudiquen con la detracción y distribución de los activos de la solvente, lo que da lugar a enfrentamientos y conflictos entre acreedores de distintas empresas, de muy

difícil, lenta y costosa resolución, conspirando contra la pretendida eficiencia de los procesos concursales.

Como hemos visto los Organismos Internacionales y las leyes del derecho comparado, -muy mayoritariamente- recomiendan y receptan la *consolidación procesal* respetando la personería jurídica de cada sujeto y su independencia patrimonial y salvo situaciones excepcionales, no admiten tratar la situación concursal del grupo recurriendo a la “consolidación patrimonial”. Con relación a las situaciones excepcionales que pudieran permitir la aplicación de la consolidación sustantiva, deberán darse determinados supuestos expresamente identificados en la ley y que el órgano jurisdiccional se disponga a aplicarlos frente a cada caso, analizando las particulares circunstancias que lo circundan. Las posibilidades para que el juez analice la aplicación serían; estado de confusión de los patrimonios, infracapitalización sustancial o conductas dolosas y fraudulentas habidas intragrupos que impidan solucionar la situación sin proceder a la consolidación. Esta posibilidad que es contemplada en algunas leyes, la admiten casi exclusivamente para los “*procesos liquidativos*”.-

b) *Responsabilización y consolidación sustancial*

Compartimos la opinión de la doctrina que destaca la diferencia que existe entre la “responsabilización” que puede emerger de la aplicación de la teoría del descorrimiento del velo (inoponibilidad de la personalidad jurídica⁹²) y/o de otros actos antijurídicos, con la que resulta de la “consolidación patrimonial”. En la primera, como se trata de acciones de responsabilidad, la obligación de reparar se limita -solidariamente e ilimitadamente- a los perjuicios causados, en cambio, cuando se trata de consolidación patrimonial, la responsabilización es total o sea, “agravada”, puesto que todos los activos y pasivos pasan a conformar una única entidad patrimonial; eso justamente consolidar los patrimonios; la fusión de los activos y pasivos de todos los integrantes alcanzados. Se trata de una comunicación de la responsabilidad absoluta y plena que se extiende a todos los alcanzados.

⁹² Arts. 54 LGS y art. 144 CCCN.

DECONOMI

Veamos seguidamente como se refleja la consolidación sustantiva en las Reglamentaciones de los Organismos Internacionales y también en algunas leyes del derecho comparado;

c) *Organismos Internacionales*

i) *NACIONES UNIDAS - CNUDMI*

Las Guías Legislativas Parte Segunda y Parte Tercera, tratan aspectos relacionados con los grupos, la responsabilización por las deudas externas y la consolidación patrimonial sustantiva, veamos;

Guías Legislativa “Parte Segunda”⁹³;

Cuando el régimen de la insolvencia otorga a los tribunales amplios poderes discrecionales para determinar, conforme a determinadas directrices, la responsabilidad que tienen una o más empresas del grupo por las deudas de otras empresas del grupo, en esas directrices podrá indicarse que deberán tenerse en cuenta los siguientes factores:

a) el grado de “vinculación” entre la administración, los negocios y las finanzas de las empresas;

b) la conducta de la empresa conexas frente a los acreedores de la empresa insolvente;

c) la convicción de los acreedores de que tenían tratos con una sola entidad económica, y no con dos o más empresas del grupo;

d) el grado en que la situación de insolvencia pueda imputarse a los actos de la empresa del grupo...

Teniendo presentes esas consideraciones, un tribunal podrá dictaminar hasta qué punto un *grupo ha actuado como entidad económica única* y, en algunos regímenes, podrá ordenar que se *consoliden o mancomunen el*

⁹³ De los grupos de sociedades en un procedimiento de insolvencia... 2. Responsabilidad del grupo por las deudas externas. Párrafo 86/91,

DECONOMI

activo y el pasivo de las empresas, en particular cuando esa orden pueda coadyuvar a la reorganización del grupo o cuando una de las empresas pueda contribuir financieramente a la masa de la insolvencia, siempre y cuando esas aportaciones no socaven la solvencia de la empresa contribuyente...

El principio común a todos los regímenes con disposiciones de este tipo es que, para dictar una orden de consolidación, el tribunal debe estar convencido de que, si no la dicta, los *acreedores sufrirían un perjuicio mayor que el que sufrirían las empresas insolventes y los acreedores disconformes si lo hace.*

Las dificultades que entraña un proceso de compensación de esta índole han hecho que raramente se dicten esas órdenes en los países cuyos regímenes las autorizan.⁹⁴

En la Guía Legislativa “Parte Tercera”

En esta Guía Legislativa dictada 6 años después, en las *Recomendaciones 219 a 231 volvió sobre este tema*, y a nuestro criterio, restringiendo los alcances de la Guía Parte Segunda, veamos;

“Trato otorgable a los Grupos de empresas en insolvencia”. En estas Recomendaciones se propone que la insolvencia debe respetar la identidad jurídica separada de cada miembro del grupo empresario, aunque cabe la extensión de responsabilidad por las deudas externas, y en algunos casos, por actos de la empresa de un grupo declarada insolvente, a otras empresas solventes del mismo grupo.

Tengamos presente que el concepto de “extensión de responsabilidad” como hemos anticipado, no implica necesariamente la consolidación patrimonial, porque en la teoría en la responsabilidad civil, se responde por los daños causados, sin que ello implique necesariamente que uno

⁹⁴ Esta es la situación en Argentina, con relación a la propuesta unificada que prevé el art. 67 de la LCQ. Si bien existen importantes discrepancias en doctrina en cuanto a sus efectos, lo cierto es que tampoco la posibilidad es utilizada por los deudores grupales, por lo menos en la búsqueda jurisprudencial que hemos realizado, lo que indica, que de haber sido utilizada, sería una situación de excepción.-

DECONOMI

o todos los sujetos deban responder con todo su activo por todo el pasivo de otro sujeto y que se forme una única masa de activos y pasivos.

Recomendación 220. Cabría especificar en el régimen de la insolvencia que, a instancia de una persona legitimada con arreglo a la recomendación 223 para solicitarla, el tribunal podrá ordenar la consolidación patrimonial, respecto de dos o más empresas de un mismo grupo, únicamente si se dan las circunstancias que a continuación se indican:

a) El tribunal obra en el convencimiento de que el activo y el pasivo de las empresas del grupo afectadas están de tal forma entremezclados que no cabría deslindar la titularidad de los bienes y de las obligaciones sin incurrir en un gasto o una demora injustificados (confusión patrimonial) o;

b) El tribunal obra en el convencimiento de que las empresas de un grupo practican actividades fraudulentas o negocios sin legitimidad comercial alguna y de que la consolidación patrimonial es esencial para enderezar dichas actividades o negocios.

Síntesis: Entendemos que en las Consideraciones y en las Recomendaciones, la consolidación patrimonial podría aplicarse si se dan las siguientes circunstancias:

- a) En primer lugar se trataría de una situación de *excepción* porque vulnera el principio de la personalidad jurídica de cada integrante del grupo.
- b) La experiencia ha demostrado que en los países que la han regulado, rara vez los jueces dictan órdenes de consolidación patrimonial.-
- c) En su caso, debería existir en la legislación una norma expresa y clara que contenga los supuestos en los cuales un tribunal pueda evaluar la aplicación de la consolidación patrimonial, todo ello, con la finalidad de que los operadores estén absolutamente anoticiados, y advertidos de los riesgos al momento de contratar.
- d) La consolidación patrimonial no debe darse necesariamente respecto de *todas las empresas del grupo*, sino solamente de aquellas que queden comprendidas en los supuestos que la norma ha establecido. Muestra la clara dirección de no afectar a las no contaminadas por la crisis grupal.

DECONOMI

- e) La ley deberá establecer cómo serán protegidos en la consolidación patrimonial determinados créditos, por ejemplo, los con garantías reales o los laborales.-
- f) Los supuestos que contemplan las Guías Legislativas, se limitan a los casos de “confusión patrimonial” y a los de extensión subjetiva de la responsabilidad por obrar fraudulento, negocios ilegítimos, con una gravedad tal, que el juez evalúe que sin la consolidación patrimonial no podría superarse el problema.-

ii) *Comunidad Europea*

Con relación a los Reglamentos de la Unión Europea, los mismos siempre tratan lo relativo a los procedimientos de insolvencia transfronterizas, o sea, patrimonios individuales o de grupos, con bienes o empresas vinculadas radicados en dos o más países de la Comunidad, y establecen lo relacionado con lo que se denomina “procedimiento principal y procedimientos secundarios”

Hasta donde hemos podido revisar, estas Directivas no abordan el tema de la consolidación patrimonial entre las empresas de los grupos, sosteniendo el principio del respeto a la personalidad jurídica diferenciada.

Como hemos anticipado en el título “consolidación procesal” el Reglamento Europeo 848/2015 rechaza la consolidación sustantiva en los procedimientos de concursos de grupos transfronterizos en el Considerando 54/62. Por su parte el art. 72. Inc. 3 establece expresamente que, “El plan previsto en el apartado 1, letra b), no incluirá ninguna recomendación sobre la “consolidación de los procedimientos o de las masas”.

d) *Derecho comparado*

Veamos algunas normas del derecho comparado;

i) *E.E.U.U.*

DECONOMI

Conforme a los diversos trabajos que hemos leído, es posible que fuera en EEUU donde se dio origen a la teoría de la consolidación sustantiva con algún fallo jurisprudencial dictado a mediados del siglo XX, razón por la cual nos extendemos en su desarrollo.

Consideramos que las Guías Legislativas de CNUDMI -que reflejan el derecho que se aplica en los países miembros- tratan la posibilidad de aplicar el instituto de la consolidación sustantiva como remedio “reparatorio” excepcional, habiendo tenido en cuenta muy especialmente la posición – por cierto controvertida y oscilante- de la jurisprudencia de EEUU sobre el tema.

Para explicar lo relacionado con la consolidación sustantiva en el derecho concursal de E.E.U.U. (Ley de bancarrotas), seguimos el trabajo de VATTERMOLI⁹⁵ quien realiza un estudio muy significativo y completo sobre la “consolidación sustantiva” en dicho derecho y sobre todo, un análisis de la contradictoria jurisprudencia de dicho país. En este trabajo referencia y analiza diversos fallos donde, con aplicación de la doctrina de equidad, la corte (tribunal) ha ordenado en determinados supuestos aplicar la teoría de la consolidación sustantiva y por otro lado, muestra también diversos fallos donde la corte ha negado la aplicación de la consolidación sustantiva, visión esta última de la cual participa el autor.

En el Resumen del trabajo (abstract), nos hace saber lo siguiente; “El abuso de la organización en forma de grupo genera no pocos problemas en las hipótesis en las que el grupo entra en crisis. La distinta personalidad jurídica de los entes integrantes del grupo, impide que, una vez abierto el concurso de una de las sociedades del mismo, éste pueda extender sus efectos también respecto del *holding* o de las otras sociedades coligadas. Por esos motivos, todos los ordenamientos de los países desarrollados han experimentado diversas vías para derribar el “velo” de las distintas personalidades jurídicas, compensando o limitando los daños derivados del abuso de esa forma de organización de la

⁹⁵ VATTERMOLI, Daniele. Trabajo citado supra. Grupos insolventes y «consolidación» de patrimonios (*substantive consolidation*). Revista Electrónica nro. 10 (especial), publicada por el Instituto de la Empresa de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales Córdoba, para el Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal. P. nro. 141 (acceder a través de la página web del IIDC; <https://www.institutoiberoamericanoderechoconcursal.org>). El autor indica que los orígenes de la consolidación de los patrimonios se remontan al caso *Sampsell v. Imperial Paper & Color Corp.* 211, resuelto en el año 1941 bajo la *Bankruptcy Act* de 1898.-

DECONOMI

actividad de empresa. En los Estados Unidos, en particular, la jurisprudencia ha dado cuerpo a la denominada “*substantive consolidation doctrine*” que, inspirándose en la doctrina del “*piercing the corporate veil*”, permite, en caso de la apertura de un concurso respecto a una o más sociedades del grupo y en presencia de determinadas condiciones, consolidar los patrimonios de las entidades integrantes del grupo, por medio de la “fusión” de las respectivas masas activas y pasivas y la cancelación de las relaciones intragrupo. Sin embargo, el estudio de los casos jurisprudenciales que han iniciado y, luego, desarrollado esa tendencia demuestra como ese instrumento puede generar *problemas mayores de los que pretende resolver, pudiendo traducirse en un mecanismo idóneo para realizar un injustificado desplazamiento de valor desde un grupo de acreedores a otro*”.

En las “Conclusiones” entre otras varias consideraciones, expresa: “Del análisis de las tendencias que se han sucedido en materia de consolidación, se observa como la jurisprudencia (en particular, aquella de las *cortes de apelaciones*) ha *restringido progresivamente en el tiempo, las posibilidades para utilizar este instrumento*. Siguiendo la última tendencia –y, en opinión de quien escribe, más correcta-, de hecho, no parecería suficiente, a los fines de la consolidación, que la mayoría de los acreedores hayan confiado, al momento de la concesión del crédito en la unidad de la empresas del grupo, cuando los acreedores oponentes logren probar el hecho de haber concedido crédito a una sociedad del grupo contando sólo con la capacidad patrimonial de esta última; por otra parte, igualmente no parecería suficiente la elevada complejidad de las relaciones intragrupo, salvo que el ahorro (de tiempo y de costes) asegurado por *la consolidación se traduzca en una ventaja para todos los acreedores*, comprendidos obviamente los oponentes; sólo la absoluta *imposibilidad de reconstruir el real patrimonio* de cada una de las entidades comprendidas en la consolidación podría justificar la «fusión» patrimonial... Si es verdad lo afirmado, en el año 1941, por el juez Douglas en el caso *Sampsell*, en el sentido que «*the theme of the Bankruptcy is equality of distribution*»⁹⁶, entonces la consolidación de patrimonios –especialmente cuando estén involucrados sujetos solventes– *no parece el instrumento más adecuado, ni aquel más oportuno para alcanzar el*

⁹⁶ El tema de la quiebra es la igualdad de la distribución

DECONOMI

objetivo perseguido; sin contar, además, con las dificultades que el uso de este instrumento encontraría, si el grupo estuviese constituido por sociedades establecidas en diferentes Estados. Si a esto se une la ausencia de decisiones de la Corte Suprema en la materia y las consiguientes oscilaciones, registradas en la jurisprudencia acerca de los test a utilizar para realizar la «fusión», entonces se comprende bien la afirmación según la cual la *substantive consolidation doctrine* es «*one of the most divisive issues in bankruptcy*»⁹⁷... Para evitar que la disgregación del grupo en la fase de crisis, dependiente del tratamiento «autónomo» de cada una de sociedades insolventes, pueda traducirse en un obstáculo a las operaciones de venta «agregada» de los *assets* o a los programas de reorganización del grupo en su conjunto, en algunos casos más convenientes para la masa de acreedores, parece entonces más convincente proceder con la (menos invasiva) *joint administration (procedural consolidation)*⁹⁸, no por coincidencia contemplada en muchos ordenamientos, incluso el italiano"... El autor concluye este trabajo expresando que considera más apropiada aplicar la consolidación procesal y la recomposición por los abusos, a través de las acciones de responsabilidad.

ii) COLOMBIA

Hemos comentado supra, lo relativo al concurso grupal y la consolidación procesal en el derecho concursal de Colombia. Igualmente hemos expresado que el Decreto 1749/2011, en el Capítulo IV, Arts. 25/30, trata lo relativo a la consolidación patrimonial únicamente aplicable por disposición del juez, en *los procesos liquidativos y no así en los reorganizativos* donde solo procede la consolidación procesal. El Decreto establece taxativamente las causales mediante las cuales el juez puede ordenar una consolidación patrimonial: *Consolidación*; supuestos; 1) activo y pasivo del Grupo en liquidación entremezclados de tal forma que no puede deslindarse las titularidades de los bienes; 2) Que el insolvente hubiera realizado actividad fraudulenta o comercial sin legitimidad patrimonial que impida el objeto del

⁹⁷ La doctrina de consolidación sustantiva es «uno de los temas más divisivos en bancarrota»

⁹⁸ Administración conjunta (o consolidación procesal)

DECONOMI

proceso y que la consolidación sea esencial para enderezar las actividades o negocios.-

De modo que solo podrá haber consolidación patrimonial en los procesos “*liquidativos*”, en los casos taxativamente dispuestos por la ley, con deudores vinculados, existiendo confusión patrimonial o insolvencia fraudulenta.

99

Nos queda claro que es el juez el que ordena la consolidación patrimonial, y que ésta no se puede generar en la voluntad de las empresas del agrupamiento¹⁰⁰.

iii) *España Texto Refundido*

En el artículo 42 establece que “Los concursos declarados conjuntamente y acumulados se tramitarán de forma coordinada, “*sin consolidación de las masas*”. El art. 43 admite la *consolidación de masas* de oficio o a solicitud de parte interesada, si existiera confusión patrimonial que impida deslindar los activos de los pasivos sin incurrir en grandes gastos y demoras. En los procesos conexos y acumulados el juez –si lo considera conveniente- podrá designar una única administración concursal. art. 59 (síndico).

Como vemos, solo la confusión patrimonial puede permitir al juez analizar si es apropiado generar una consolidación de las masas.

iv) *Uruguay*

Este país no trata legislativamente la posibilidad de llevar adelante una consolidación sustantiva o patrimonial, si bien –como hemos expresado, admite la consolidación procesal. La posición del legislador uruguayo ha sido respetar la personalidad diferenciada de cada entidad y no fusionar los

⁹⁹ El legislador de Colombia ha seguido las Recomendaciones de CNUDMI y de algunos fallos de E.E.U.U. con respecto a las causales para que pueda proceder la consolidación patrimonial en los procesos liquidativos. receptando las Recomendaciones de CNUDMI y de algunos fallos de E.E.U.U.

¹⁰⁰ Esta normativa nos diferencia claramente de nuestro “concurso en caso de agrupamiento, con propuesta unificada.

DECONOMI

patrimonios. No obstante, la doctrina autoral que se ocupa de la operatoria dañosa de los grupos, busca caminos alternativos para alcanzar la “responsabilización” de todas o algunas de las empresas del grupo, sobre todo aquellas que lo dirigen o administran (administrador de derecho o de hecho)¹⁰¹.

Tal como interpretamos la normativa uruguaya, consideramos que no existiendo texto expreso que admita pasar por sobre los atributos de la personalidad, nada hace pensar que “voluntariamente” el grupo pueda unificar pasivos ni activos. Pareciera que, -como principio general- deberíamos considerar que los concursos, si bien vinculados y quizá coordinados, tramitan individualmente y con sus consecuencias propias y no grupales.-

En caso de liquidación, considero que cada patrimonio responderá frente a sus acreedores y si hubiera excedentes, será de los accionistas o titulares de esas empresas, excepto que existan acciones de responsabilidad que vayan tras esos fondos.- No existen previsiones sobre comunicación o solidarización de las empresas, más allá de las acciones de responsabilidad que puedan resultar por desvío del interés de las controladas, infracapitalización, ilicitudes, fraude, obrar de los administradores de derecho o de hecho y demás que los pueda responsabilizar a todos o a algunas de las empresas del grupo.-

v) *Brasil*

Hemos anticipado supra, que Brasil recepta la posibilidad excepcionalísima de producir la consolidación sustantiva (ley 14.112), frente a la existencia de rigurosos presupuestos de procedencia. El art. 69 J, establece que “El juez *podrá*, excepcionalmente, con independencia de la celebración de junta general, autorizar la consolidación sustancial de activos y pasivos de los

¹⁰¹ Entre otros autores y trabajos citamos: CREIMER, Israel. “Concursos de Grupos”. Derecho Económico Empresarial (homenaje H. Alegría) La Ley. Bs. As. 2011, Tomo III, p.46.- T; RODRIGUEZ MASCARDI, Teresita. “La extensión de responsabilidad concursal en los grupos de sociedades.” Publicación del Instituto de Derecho Comercial. Facultad de Derecho –UROU- Ley de concursos y reorganización empresarial. Semana académica año 2018, p. 359; SORONDO, Ana. “Grupos económicos: Inconsistencia de la ley concursal que repercuten en el régimen general aplicable a estos”. Fundación de Cultura Universitaria, año 2011. Tres pilares del moderno derecho comercial, p. 564. Publicada por Instituto de Derecho Comercial de la Facultad de Derecho de la UROU. Semana Académica 2015, p. 497; BADO CARDOZO, Virginia – ROMANG COLOMINAS, Catherine. “Ley de declaración judicial del concurso y reorganización empresarial. Análisis exegético. (Director Carlos E. López Rodríguez). La Ley Uruguay, Tomo I, Montevideo 2012, p. 136

DECONOMI

deudores pertenecientes a un mismo grupo económico que se encuentren en proceso de recuperación judicial en consolidación procesal, solo cuando encuentren la interconexión y confusión entre activos o pasivos de los deudores, de manera que no sea posible identificar su propiedad sin excesivo gasto de tiempo o recursos, acumulativamente con la ocurrencia de al menos 2 (dos) de las siguientes hipótesis...Admitida la consolidación sustancial, los deudores presentarán un plan unitario, en el que se precisarán los medios de recuperación a emplear y se someterá a la junta general de acreedores a la que se convocará a los acreedores de los deudores. El rechazo del plan unitario de que trata capítulo implicará a conversión de la recuperación judicial en falencia de los deudores en consolidación sustancial”.

6) Consolidación sustantiva en la Argentina

La Ley de Concursos y Quiebras 24522 fue sancionada en el año 1995. Consideramos que en lo relativo al tratamiento de los grupos, fue una norma de avanzada para esa fecha, y a la vez, muy audaz.¹⁰² En cuanto al instituto de la extensión de la quiebra como forma de extender una responsabilidad “agravada”, ya se conocía en el derecho concursal argentino desde el año 1972¹⁰³. Ahora bien, este instituto de extensión de la responsabilidad a través de la comunicación de la insolvencia, con la posibilidad de generar una “*masa única*” fue incorporado en el año 1983 por la ley 22.917, y correspondía a la extensión de la quiebra por “confusión patrimonial inescindible”¹⁰⁴ y por ende, un instituto solo aplicable a un *proceso liquidativo*. Fue la Ley 24522 en el instituto del Concurso en caso del Agrupamiento, la que avanzó en la posibilidad de consolidar pasivos en los *procesos preventivos* (reorganizativos).-

¹⁰² Recién varios años después CNUDMI dictó la Guías Legislativa sobre insolvencia (2006).

¹⁰³ La extensión de la quiebra al socio ilimitado se conoce en el derecho de quiebras argentino desde el Código de Comercio de 1862 en adelante y sin interrupción hasta esta fecha. Pero fue en el año 1972, con la sanción de la ley 19551 que se permite extender la quiebra a sujetos que no son socios de la sociedad fallida, la cual en su art. 165 desarrolla la extensión por actuación en interés personal, instituto que en su evolución fue ampliado por la ley 22.917 del año 1983 y ha permanecido con la ley vigente.

¹⁰⁴ Ley 22.917 modifica a la ley 19551 y en el art. 165 inc. 3º regula la extensión de la quiebra por confusión patrimonial inescindible.

DECONOMI

En nuestro derecho concursal (ley 24522), la consolidación patrimonial o sustantiva, es abordada, tanto en el concurso liquidativo (extensión de la quiebra, art. 161 inc. 3 y 167), como en el concurso reorganizativo (concurso en caso de agrupamiento, art. 67), régimen este último sobre el cual existe un gran debate doctrinario relacionado con los alcances y efectos de lo que se conoce como “propuesta unificada”.

Para facilitar la lectura, transcribimos la normativa relacionada con estos temas: Arts. 161 inc. 3, Art. 167, Art. 168, Art. 170 y Art. 67.¹⁰⁵

a) *Extensión de quiebra:*

La Ley 24522 autoriza la extensión de la quiebra, que implica la comunicación de la falencia de un sujeto fallido a otro que no lo está, o que no necesariamente se encuentre en insolvencia (una excepción a la exigencia del presupuesto objetivo). La extensión de la quiebra es una de las acciones de “recomposición patrimonial” del derecho concursal argentino, que tiene por objeto responsabilizar patrimonialmente a un tercero (comunicación de la responsabilidad), siempre persiguiendo el objetivo de lograr mayores recursos para la quiebra en trámite, de modo de posibilitar una mejora en la cuota de liquidación de los acreedores¹⁰⁶.-

La comunicación de la responsabilidad patrimonial en el caso de la quiebra por extensión implica la forma más severa de responsabilización a terceros, ya que el sujeto extendido responde con todo su patrimonio **por todo**

¹⁰⁵ Extensión de quiebra; Art. 161 inc. 3: “La quiebra se extiende...c) A toda persona respecto de la cual exista confusión patrimonial inescindible, que impida la clara delimitación de sus activos y pasivos o de la mayor parte de ellos”.- Art.167. “Masa única. La sentencia que decreta la extensión de quiebra fundada en el art. 161 inc.3 dispondrá la formación de masa única...El crédito a cargo de uno o más fallidos concorra una sola vez por el importe mayor”.- Art. 170. Créditos entre fallidos. ...”Dichos créditos no participan del fondo común previsto en el art. 168. Concurso por Agrupamiento, Art. 67; Art. 67...Propuesta unificada. Los concursados podrán proponer categorías de acreedores y ofrecer propuestas tratando unificadamente el pasivo. La aprobación de estas propuestas requiere las mayorías del art. 45. Sin embargo, también se considerarán aprobadas si las hubieran votados favorablemente no menos del 75% del total del capital con derecho a voto computado sobre todos los concursados, y no menos del 50% del capital dentro de cada una de las categorías. La falta de obtención de las mayorías importará la declaración de quiebra de todos los concursados. El mismo efecto produce la declaración de quiebra de uno de los concursados durante la etapa de cumplimiento del acuerdo.

¹⁰⁶ La ampliación de los bienes repartibles se obtiene mediante la declaración de la quiebra de otro sujeto, al cual, en dicho proceso, se le liquidan sus bienes y su producido en forma directa (quiebras del socio ilimitado, art. 160) o indirecta (quiebras sancionatorias, art. 161) pasa a incrementar el haber distribuible.

DECONOMI

el pasivo del otro, debiendo atender además su propio pasivo, o sea, sus acreedores propios. De este modo el instituto de la extensión de la quiebra, muestra una diferencia importante con otros institutos reparatorios o de integración patrimonial, tales como las acciones de responsabilidad o acciones de ineficacia, ya que en estos, las consecuencias de los actos realizados con ilicitud civil, se extienden o limitan a los daños y perjuicios causados por el acto reprochable, pero en cambio, en la quiebra por extensión, el patrimonio del fallido extendido responde por todo el pasivo de la quiebra principal.- En estos todos los procesos, principal y extendidos, interviene un único juez (atracción y concentración), actúa una única sindicatura (la que puede ser plural) y el juez dispondrá las medidas de *coordinación procesal*.-

La declaración de la quiebra por extensión, en nuestro criterio, es un instituto disvalioso que está siendo abandonado en el moderno derecho comparado del siglo XXI, incluso en los supuestos del socio ilimitado¹⁰⁷.- La indiferencia de que exista cesación de pagos, los efectos personales y patrimoniales que produce al fallido¹⁰⁸, la solidarización por todo el pasivo y las consecuencias ruinosas que produce el cese de la actividad o su interrupción para la vida de una empresa¹⁰⁹, hacen que este instituto sea mal mirado, tenga “mala prensa”, razón por la cual es de aplicación “excepcional”, de modo tal que los jueces tratan al mismo aplicando criterios de “*interpretación restrictiva*”, prefiriéndose siempre que la reparación patrimonial se alcance por vías de las acciones de responsabilidad y no de extensión de la quiebra.

i) *Efectos de la extensión de quiebra respecto del patrimonio*

Con respecto al tratamiento de las masas activas (bienes) y pasivas (acreedores) en los procesos de quiebra por extensión, la ley genera dos situaciones distintas, *masa separada* y *masa única*.

¹⁰⁷ Por ejemplo la ley de Portugal (Código de la Insolvencia) en la Exposición de Motivos explica las razones por las cuales ha dejado sin efecto el régimen de la extensión,...”no parece proporcionado sujetar sin más a la declaración de insolvencia a las entidades allí mencionadas, que bien pueden ser solventes.

¹⁰⁸ Entre otros, inhabilitación, inhibición, cese de la actividad, desapoderamiento.

¹⁰⁹ La extensión de la quiebra confronta abiertamente con el principio de conservación de las empresas, principio éste que integra uno de los pilares filosóficos de la LCQ 24522, con total consenso en el derecho concursal occidental.

DECONOMI

Explica Rivera –uno de los redactores de la ley 24522- que como la extensión de la quiebra no es un supuesto de allanamiento de la personalidad jurídica sino de atribución de responsabilidad por todo el pasivo de otro sujeto jurídicamente distinto e independiente, la regla general seguida por la misma, es la de masas separadas, siendo la masa única, la excepción.¹¹⁰

1. Masa separada:

Al extenderse la quiebra sancionatoria del art. 161 inc. 1 (actuación en interés personal) o del inc. 2 (control abusivo)¹¹¹, se forman masa separada con el patrimonio de cada fallido extendido, respetándose el principio de independencia patrimonial. Con el producido de la liquidación se cancela primero el “pasivo propio”, o sea, se paga a los acreedores propios del fallido extendido y si hubiera remanente, este pasa a conformar un fondo común para atender los pasivos insatisfechos de la quiebra principal¹¹².

A nuestro criterio, y así lo hemos sostenido en varios trabajos anteriores, el sistema de responsabilización no se razonable, porque se envía a la quiebra a una persona que podría no estar en insolvencia, se obliga a traer a tiempo presente todos los pasivos propios, aún los que están con plazos pendientes a los que atiende con la liquidación de los bienes y “si existe remanente”, pasa a integrar un fondo común, lo que implica que la posibilidad de que existan excedentes de liquidación es baja y por ende, lo que contribuirá esta quiebra extendida a la quiebra principal, puede ser exiguo. En tal orden, nos queda claro que son preferibles y más eficientes las acciones de responsabilidad del derecho concursal¹¹³ o -eventualmente- del derecho común, que la quiebra por extensión con masas separadas y fondo de remanente.

¹¹⁰ RIVERA, Julio. Citado en Régimen Concursal. Ley 24522 Actualizada y Comentada. Abeledo Perrot, Bs. As. 2014, p. 839.

¹¹¹ Art. 161 inc. 2. La quiebra se extiende...2) A toda persona controlante de la sociedad fallida, cuando ha desviado indebidamente el interés social de la controlada, sometiéndola a una dirección unificada en interés de la controlante o del grupo económico del que forma parte.

¹¹² En este orden, se advierte, por un lado, el respeto de la personalidad diferenciada y a la vez, por el otro lado, la comunicación de la responsabilidad por todo el pasivo.

¹¹³ Ley 24522. Responsabilidad de Terceros. Arts. 173/176, además de las acciones que pudiera emerger del derecho común.

DECONOMI

Recordamos al lector que en la quiebra por extensión al socio ilimitado (art. 160 LCQ) se forma masa separada, pero no fondo de remanente, dado que en este caso, donde el extendido responde solidaria e ilimitadamente con todos sus bienes, concurren a conformar la masa pasiva todos los acreedores, o sea, los propios y los de la sociedad.

2. Masa única.

Se forma masa única, (*consolidación patrimonial o sustancial*), solamente en los casos de confusión patrimonial inescindible¹¹⁴, situación ante la cual, es prácticamente imposible distinguir y separar los activos y pasivos del quebrado principal y de los sujetos extendidos. De tal modo que la masa activa quedará conformada por todos los bienes de todas las empresas fallidas y la masa pasiva por todas las deudas de las mismas. Se trata de situaciones donde una *administración promiscua, oscura, difusa*, impide poder delimitar los bienes y los pasivos de cada quien. Si bien “formal o externamente” se presentan como sujetos de derecho distintos o independientes¹¹⁵, en la realidad patrimonial “oculta” la confusión existente, nos muestra que se trata todo de un mismo patrimonio o que los deudores han tratado todos los patrimonios como si fueran uno solo. En este orden y ello es también aceptado por diversas legislaciones y por usos jurisprudenciales, la presencia de confusión patrimonial habilita al juez o a la corte, a declarar -en los procesos liquidativos-, la formación de masa única, respondiendo a la premisa de que frente a la realidad material –subyacente- de que existe un único patrimonio, debe existir una masa única.

ii) La quiebra y los grupos.

El legislador de la ley 24522, seguidamente de regular la quiebra por extensión, se sintió en la necesidad de aclarar (art. 172)¹¹⁶ que la declaración

¹¹⁴ El art. 161 inc. 3) refiere a la imposibilidad de delimitar claramente los activos y pasivos “o de la mayor parte de ellos”.-

¹¹⁵ Aplicación de la teoría de la apariencia, llevada adelante mediante la interposición de personas.

¹¹⁶ Argentina. LCQ, art. 172. Grupos Económicos. Supuestos: “Cuando dos o más personas formen grupos económicos, aún manifestados por relaciones de control pero sin las características previstas en el art. 161, la quiebra de una de ella no se extiende a las restantes.

DECONOMI

de quiebra de una de las integrantes, no se extiende a las restantes integrantes del grupo aun cuando existan relaciones de control, excepto en los casos de “control abusivo” (Art. 161 inc. 2) y solo respecto del controlante.

b) Concurso en caso de Agrupamiento.¹¹⁷

La presentación concursal preventiva del agrupamiento en pleno o sea, *todas* las empresas, para tramitar un proceso rehabilitatorio de manera conjunta, mediante una propuesta para *todos* los acreedores que ha tomando al grupo como una “única empresa” (propuesta unificada), es la máxima expresión de un concurso reorganizativo de los grupos, que muestra para alguna doctrina, aspectos relacionados con la consolidación patrimonial, y para otros, la extensión de la responsabilidad de todas las empresas por todo el pasivo, como lo diremos seguidamente.

Hemos visto algunas leyes del derecho comparado que admiten que un pedido de apertura de concurso conjunto y acumulado sea realizada por los deudores, los acreedores, e incluso de oficio por el órgano jurisdiccional.

Nuestro proceso concursal del agrupamiento es solo “voluntario”, ya únicamente los *deudores* son quienes definen la estrategia “*reorganizativa*”, pudiendo hacer uso de la “propuesta unificada”, que les permite consolidar los pasivos de todas las empresas del grupo en *forma inconsulta respecto de los acreedores de cada empresa, e incluso, por sobre los socios o accionistas minoritarios*, situación ésta que no la vemos receptada por el derecho comparado, no obstante que la posibilidad es abordada en las Guías Legislativas, como excepción y previo análisis del caso y sus consecuencias por parte del juez¹¹⁸.-

Relacionado con las propuestas que el grupo -presentado obligatoriamente en su conjunto- puede hacer a sus acreedores, se distinguen

¹¹⁷ Recomendamos especialmente al lector, que si desea ampliar este interesantísimo tema, que recurra al trabajo “Concurso en caso de Agrupamiento” (arts. 65/68) que hemos escrito en forma conjunta -con algunas posiciones encontradas que enriquecen el debate- con DARIO GRAZIABILE y MARIA LAURA RASPALL, en la obra colectiva Régimen Concursal. Ley 24522 Comentada y Actualizada. Abeledo Perrot, Bs. As. 2014, p. 675/756.-

¹¹⁸ En la decisión del juez sobre la consolidación hay mucho a análisis de eficacia práctica y conveniencia económica.

DECONOMI

las propuestas individuales que respetan el principio de separación de patrimonios y las propuestas unificadas, donde la ley posibilita al grupo que formule propuestas unificando el pasivo.

Atento que lo relacionado con la propuesta individual lo hemos desarrollado supra, avanzamos ahora sobre la propuesta unificada, que hace a la responsabilización o la consolidación, veamos:

i) Propuestas unificadas (Art. 67)

Veamos los recaudos de procedencia para el concurso en caso de agrupamiento; 1) que se presenten todas conjuntamente; 2) que el grupo acredite suficientemente su “existencia”, su “permanencia” y su “exteriorización”¹¹⁹; 3) El presupuesto objetivo que admite que conque uno solo se encuentre en cesación de pagos con la condición que dicho estado pueda afectar a las demás (art. 66).

La ley confiere la posibilidad de que el grupo opte tratar colectivamente la reorganización de la empresa grupal y en tal caso admite, con la intensidad que no hemos visto en otra norma, la posibilidad de que se traten todos los procesos independientes como si fueran un único proceso, dice la ley, tratando *unificadamente el pasivo*, lo que transforma a todas las empresas en obligadas por todo el pasivo grupal.

La posibilidad que otorga la norma es uno de los rasgos diferenciales del instituto, implicando que todos los sujetos responden por todo el pasivo del agrupamiento, tratando de neutralizar la insolvencia de uno con la solvencia de otros. Entendemos que para poder tratar unificadamente el pasivo, deben hacerse las mismas propuestas que comprenda a todos los acreedores de todo el grupo -ello sin perjuicio de la categorización que se haga-, siendo la

¹¹⁹ Exteriorización se refiere a que el grupo y sus integrantes, hayan alcanzado trascendencia y difusión externa para la comunidad y más específicamente, por quienes contratan con las empresas que lo integran. Esta acreditación es absolutamente relevante, ello así en razón de las gravosas consecuencias que el concurso grupal les puede infligir en caso de que el agrupamiento defina reorganizarse a través de la propuesta unificada.

DECONOMI

consecuencia de ello, que todos los concursados respondan por el pasivo global de todos.-

Sobre el punto de la “*solidarización*” de todas o de la “*consolidación patrimonial*” del grupo, se da un importante debate en doctrina. No obstante ello, existen algunas coincidencias de los autores -de ambas posiciones- sobre varios de temas, veamos:

1. *Las coincidencias doctrinarias:*

- Esta modalidad implica la unificación de todo el grupo en el *campo obligacional* y la solución global o la caída global, donde todas las empresas quedan amañadas a la suerte de la única propuesta que resulta de tratar unificadamente el pasivo, pero no solamente a la aprobación de la propuesta, sino que sus consecuencias se proyectan a la evolución futura de cada una de las mismas a lo largo de todo el tiempo en que se prolongue el cumplimiento del acuerdo.
- Cuando el grupo ejercita la opción de realizar propuesta unificada, la ley no admite la posibilidad de que una o alguna de las empresas del grupo pueda salir y las otras precipitarse hacia el proceso liquidativo.- Todas van al proceso liquidativo porque todos los sujetos se obligan por todo el pasivo y queda implícito que si una no cumple y las demás no la socorren cancelando la deuda asumida, todas quiebran, dándose entonces la presunción de que todas están impotentes para atender los pasivos del grupo; es la insolvencia grupal.
- Que a partir de la homologación del acuerdo, cada sujeto continúa con su giro independiente, lo que implica que cada sujeto va generando nuevas deudas posconcursoales, que le son propias, y por las cuales el grupo no se ve obligado. Consideramos que la coobligación es por las deudas concursoales.
- También, que a partir de la homologación del acuerdo, cada sujeto debe atender el cumplimiento de su propio pasivo verificado en su concurso

DECONOMI

(propuesta de acuerdo) y a la vez, queda obligado por el pasivo concursal del resto de los sujetos.-

- Que el pasivo que asumen por los demás sujetos, se trata de un pasivo “eventual”, que se hace exigible ante el incumplimiento del que lo debe afrontar, porque el mismo debe ser atendido por los demás sujetos solo en esta circunstancias, bajo sanción de que si así no lo hicieran se consideraran a todos incurso en incumplimiento, y se les declara la quiebra a todos.-

2. *Divergencias sobre lo relativo a la “consolidación patrimonial (fusión de activos y pasivos)*

Respecto de este tema, la doctrina se divide en dos grupos (con sus matices dentro de cada grupo). Están los autores que afirman que existe consolidación del pasivo y también del activo de todos los integrantes (consolidación patrimonial o sustancial) y los que consideramos que no existe consolidación patrimonial, sino *solidarización* por el pasivo.

3. Sin consolidación:

Nos ubicamos entre los autores¹²⁰ que mostramos una resistencia a los efectos que produciría la consolidación patrimonial en caso de realizar una “propuesta unificada”. Sostenemos que esta opción no produce la consolidación del pasivo y del activo de cada sujeto, que ello no resulta establecida en el texto legal y es más, que una consecuencia de tamaña trascendencia no podría dejar de estar *expresamente* dispuesta en la norma, para que todos los operadores la tengan a la vista en su relaciones con las empresas del grupo. Esta es una línea interpretativa que respeta la independencia patrimonial de cada sujeto, su personalidad, la conservación de la empresa y posibilita el desarrollo de las actividades de cada empresa luego de homologado el acuerdo y a la vez, asume la responsabilización colectiva que la ley ha establecido.

¹²⁰ (MAFFIA, TRUFFAT, FARINA-FARINA, MANOVIL, entre otros)

DECONOMI

Por otra parte, tampoco es aceptado en el derecho comparado, que sean los propios deudores (concurso voluntario) que puedan optar por consolidar activos y pasivos inconsultamente respecto de sus acreedores, ni del tribunal, anulando por la sola voluntad de los agrupados, la existencia de las personalidades jurídicas independientes.

Insistimos muy especialmente en que la ley habla de *unificación de pasivos*, no de unificación de pasivos y activos y tampoco expresa que en caso de quiebra deba formarse masa única (situación absolutamente excepcional).

Dentro de esta posición, nos importa analizar la oportunidad en que se declararían quiebras de todas las empresas y cuáles serían sus consecuencias:

- *Declaración de quiebra por no alcanzar el acuerdo.*

Sostenemos que si frente a la propuesta unificada, los deudores no alcanzan las conformidades necesarias, la ley manda que se declare la quiebra de todas las empresas.- Ahora bien, si la quiebra se ha producido como consecuencia de no haber logrado alcanzar un acuerdo con los acreedores (frustración o impugnaciones), técnicamente no hubo acuerdo y tampoco homologación, por lo cual, la propuesta unificada y sus consecuencias no han llegado a producirse y como tal, si bien debe declararse la quiebra de cada empresa por haber ejercido esta opción y porque la ley le impone esta sanción, consideramos que ésta tramitará bajo el régimen de *masa separada*. Ampliamos estos conceptos, reflexionamos, que si aplicáramos a “ultranza” el principio de que al no haberse alcanzado el acuerdo en realidad *no hubo acuerdo y tampoco aprobación de la propuesta*, podríamos ponernos directamente frente a la individualidad e independencia absoluta de cada proceso, tal cual existieron hasta dicho momento y en tal orden, sería masas separadas pero sin conformación de fondo de remanente. No obstante, nos inclinamos por sugerir que debe formarse el fondo de remanente tomando en consideración dos aspectos: 1) La decisión expresa por el grupo de unificar la propuesta y tratar unificadamente el pasivo, asumiendo las consecuencias legales de sus propios actos, y; 2) Al optar por unificar la propuesta, también accedieron a la posibilidad

DECONOMI

de beneficiarse “eventualmente” con al régimen de las mayorías especiales que implica la doble mayoría de capitales y su posibilidad de compensación.-

Declarada la quiebra de todas, cada empresa tendrá su proceso de quiebra, con su propio pasivo y su propio activo, y cancelado el pasivo propio, se conformará el fondo de remanente con los excedentes que existieran en algunas quiebras en beneficio de las que han tenido faltantes.

- *Con acuerdo homologado:*

Desde la presentación grupal en adelante y aún luego de la homologación del acuerdo con propuesta unificada, cada sujeto o cada empresa, continúa su actividad en forma independiente de las otras empresas, generando un nuevo pasivo posconcurzal. Luego de la homologación, cada persona debe pagar su propio pasivo y queda además obligado indirectamente a enfrentar un pasivo “eventual” del resto del grupo, para evitar la quiebra de todos.

Nuestra ley no habla de consolidación de activos y pasivos en ningún momento, es más, frente al *incumplimiento* del acuerdo, solo se limita a decir que se declara la quiebra de todo el grupo, sin indicar de modo alguno que tipo de conformación de “masas” se va a producir. La falta de una norma expresa que disponga que la declaración de quiebra de todas, produzca la consolidación patrimonial, nos permite afirmar que debe aplicarse un régimen que respete en la mayor medida posible el principio de la personalidad jurídica diferenciada, que a su vez, tenga las consecuencias menos gravosas para los acreedores, terceros y socios extragrupos, y en tal orden, el juez deberá aplicar un criterio de interpretación restrictiva.-

De aceptarse la consolidación automática por haberse realizado una propuesta unificada, además de las consecuencias sobre los acreedores anteriores y sobre los socios o accionistas minoritarios extra-grupo¹²¹, ello implicaría una gran dificultad operativa para cada una de las empresas, porque el acceso al crédito posconcurzal se vería muy dificultado, dado que el activo de

¹²¹ MANOVIL, Rafael., ob. cit., p. 162.

la persona se transformaría en un activo común de todo el grupo para responder igualmente a todo el pasivo del grupo y bajaría la protección que representa el patrimonio de la empresa con la cual contratan los acreedores posconcursoales. De tomar esta posición, deberíamos decir que es preferible que el grupo se fusione directamente y se simplifica el análisis posterior de las relaciones internas del grupo y de este ante sus acreedores, siendo esta una de las posibilidades que los deudores pueden formular como propuesta para el arreglo grupal.

Luego del análisis que hemos desarrollado, sostenemos que en caso de declararse la quiebra de todas las empresas del grupo por incumplimiento del acuerdo, se debe aplicar el principio de *masa separada*, dado que estamos en presencia de un caso de extensión de quiebra por responsabilización, de modo tal que se liquidan los bienes de cada empresa, se pagan con su producido a sus propios acreedores (concursoales y posconcursoales) y si existe excedente, van a conformar un fondo común que el producido de la liquidación de las otras empresas, para satisfacer a los acreedores de cualquier empresa que no ha alcanzado a cobrar en su proceso liquidativo, hasta el límite de los pasivos totales existentes y si aún queda remanente, este pertenecerá a la empresa donde se produjo el excedente de liquidación.

4. Con consolidación:

Otra parte muy relevante de la doctrina concursual argentina ¹²² sostiene que la “propuesta unificada” produciría una suerte de consolidación de pasivos y activos (consolidación patrimonial), y como resultado de ello, en caso de frustración o incumplimiento, si se declara la quiebra se produce la formación de *masa única*, o sea, lo ponen frente al supuesto de extensión de quiebra por confusión patrimonial inescindible. La propuesta unificada habría consolidado todos los patrimonios.

5. *Algunas reflexiones sobre el régimen de la propuesta unificada*

¹²² RIVERA-ROITMAN-VITOLO, HEREDIA, GRAZIABILE, entre muchos otros.

DECONOMI

Como vemos, el planteo argentino tiene sus aristas, sus pros y sus contras y además, diversas interpretaciones sobre sus efectos, alcances y consecuencias. Realmente, el legislador argentino mostró tempranamente su preocupación por el fenómeno de la insolvencia grupal y generó una herramienta para el tratamiento de la crisis del agrupamiento. Es sin duda la ley concursal - de las que hemos tenido oportunidad de conocer- que mas audazmente ha abordado el verdadero concurso del agrupamiento, o sea, ha regulado el proceso reorganizativo grupal dando la posibilidad al agrupamiento de tratar el conflicto de la insolvencia de forma conjunta.

No obstante ello, a nuestro juicio, la ley no ha definido con claridad los efectos y consecuencias que se producen cuando el agrupamiento opta por la propuesta unificada, lo que da lugar a las interpretaciones divergentes que hemos desarrollado, en un tema de tamaña trascendencia, lo que produce incertidumbre e inseguridad jurídica.

De un repaso por los repertorios de jurisprudencia, corroboramos que los fallos volcados a los mismos sobre este procedimiento, abordan solo aspectos relacionados con la configuración de los presupuestos de proponibilidad, o sobre la competencia, pero no se detectan -habrá alguna excepción seguramente- fallos sobre lo relativo a la propuesta unificada, sus efectos o consecuencias, lo que sin duda muestra que la opción no es utilizada por los grupos. Concluimos entonces, que en el concurso reorganizativo grupal, la opción de la propuesta unificada es muy poco usada.

Como hemos visto, las leyes de concursos de los demás países, aceptan la acumulación de los procesos ante un mismo juez, la coordinación de los mismos y la “comunicación o condicionamiento” de las propuestas, pero no receptan la “consolidación patrimonial”, o solo en supuestos muy excepcionales establecidos expresamente en la ley, en los cuales el tratamiento consolidado es resuelto por el juez frente a las severas patologías grupales y no como una “opción” que maneja a voluntad el grupo; por último, la consolidación se recepta en los casos de *procesos liquidativos y no en los reorganizativos.*-

7) Control, límites y responsabilización de los grupos insolventes

A lo largo del trabajo hemos puesto de manifiesto que la organización grupal, con la división del riesgo entre una multiplicidad de sujetos que operan con limitación de la responsabilidad, permite, o facilita la realización de *actos abusivos*, que perjudican tanto a los acreedores, como a los propios socios minoritarios extragrupos, abusos estos que deben ser corregidos utilizándose para ellos diversas herramientas jurídicas. En tal orden, dejaremos presentados sumariamente algunos de los remedios o institutos que se aplican en el derecho comprado y en nuestro derecho, para desalentar, limitar o impedir conductas abusivas en los procesos de insolvencia de los grupos, sin pretender que los que mostremos seguidamente sean los únicos:

a) *La actuación de los grupos en los procesos concursales*

- *Exclusión de voto*; de modo tal, que los integrantes del agrupamiento, que a la vez pueden tener acreencias intragrupo, no pueden votar las propuestas de acuerdo o convenio que propone un deudor del grupo.¹²³
- *Subordinación de créditos*; Los créditos intragrupos, no obstante que hayan sido reconocidos o verificados, quedan postergados frente al resto de los acreedores, o sea, son *créditos subordinados*.¹²⁴ En muchos ordenamientos la excepción a este principio se refiere a los créditos que cualquiera de las empresas del grupo hubiera suministrado a una insolvente luego de la apertura del proceso concursal y a fin de sostenerla en la actividad y favorecer su reorganización (financiamiento posconcursal), situación que está siendo revisada en el derecho Europeo en razón de la pandemia y la necesidad de financiamiento interno¹²⁵.
- *La recalificación de créditos*; Se trata de créditos que aún teniendo algún privilegio e incluso una garantía real, pueden llegar a quedar postergados

¹²³ Ej. LCRE Uruguay art. 126 inc. 1 y 112. Exclusión de voto en nuestro régimen concursal art. 45 y desarrollo jurisprudencial y doctrinario.

¹²⁴ Ej. LCRE Uruguay art. 111 y 112. Colombia. Ley de Insolvencia Empresarial, art. 69.-

¹²⁵ Leyes de emergencia de Italia (D. Ley n° 23/2020 art. 8°.)

DECONOMI

por previsión de la ley o del tribunal (según los países). Este procedimiento de lo denomina “recalificación” de créditos.¹²⁶

- *Recalificación como capital de riesgo*; En este caso, no se produce la pérdida del crédito sino que el mismo es recalificado mediante la transformación del mismo en capital social, o sea, se transforma en un aporte social, con lo cual tiene la subordinación legal propia de todo socio accionista con relación a sus aportes.¹²⁷
- *La pérdida de los derechos de crédito*; que pudiera tener los administradores, aún de hecho y la obligación de reintegrar los bienes y reparar los daños y perjuicios.¹²⁸
- *Acciones de ineficacia, inoponibilidad, reintegro o rescisorias*, que se aplican en todos los ordenamiento concursales para los actos dados con empresas del agrupamiento y/o con terceros.

b) *Comunicación o extensión de la responsabilidad (responsabilización)*

- *Propias del derecho concursal*
 - Acción de extensión de quiebra, que incluye a la actuación de los grupos (Art. 161 en sus tres incisos, LCQ)
 - Acciones de responsabilidad a terceros por su obrar doloso o culposo, que incluye a los actos dados intragrupos.
 - La responsabilización de los “administradores”; La posibilidad de responsabilizar solidariamente a los administradores, liquidadores, gerentes y otras personas vinculadas a la administración y gestión de las sociedades, que resultan del derecho societario y también del derecho concursal¹²⁹.-

¹²⁶ Ej. Art. 510 (c) del Código de Quiebras de EEUU (US Code)

¹²⁷ La posibilidad nace de considerar que la empresa del grupo que le ha prestado a la insolvente, en realidad debió capitalizarla y no endeudarla con un crédito, por lo cual este crédito es reconocido, pero como capital social.

¹²⁸ Ej. LCRE Uruguay art. 201 inc. 4.; LCQ de Argentina Art. 173.-

¹²⁹ EN orden a los Organismos Internacionales, CNUDMI, Guía Legislativa Parte Cuarta aborda el tema de la responsabilidad de los administradores.

DECONOMI

- *Responsabilización de los administradores de hecho*”; Se trata de una persona, física o jurídica, que aún sin ser el administrador “formal” de la misma, es realidad quien toma las decisiones y administra en los “hechos” al sujeto insolvente. Esta situación es muy propia de los conglomerados empresarios, donde la Holding o la sociedad Matriz, dirige los destinos de las empresas que integran el grupo.¹³⁰
- *Acciones del derecho común*;
 - Acción de fraude o pauliana, de simulación y de descorrimento del velo o inoponibilidad de la personería jurídica.
 - *La apariencia de solvencia*. También puede comunicarse responsabilidad a los sujetos que sin comprometerse u obligarse a título personal, ha facilitado o mantenido una exteriorización de solvencia de un sujeto que en realidad no la tenía.¹³¹

8) REFLEXIONES FINALES

De lo antes expresado, nos permitimos reflejar las siguientes conclusiones:

- ✓ En lo que va del siglo XXI, se evidencia el interés por regular la reorganización grupal, receptando la posibilidad de tratar a las empresas insolventes -dos o más- a través de procesos concursales conjuntos, conexos y coordinados, pero sin fusionar patrimonios.
- ✓ Que el procedimiento que es aplicado por la gran mayoría de los países y alentado por los Organismos Internacionales, parte de respetar la

¹³⁰ Ej. LCRE Uruguay, art. 201 inc.4.- Argentina. Art. 52 Ley 27349 (S.A.S. – Apoyo al capital emprendedor) y art. 2° de la Ley 27401 de Responsabilidad penal de las personas jurídicas.

¹³¹ Hemos referido como ejemplo, al art. 35 del Proyecto de Reformas a la Ley General de Sociedades de Argentina, que no ha sido sancionada que dice; “Responsabilidad por la apariencia. Responde ante terceros, quien siendo socio o no, difunde o consiente la exposición de su nombre o el empleo de cualquier medio idóneo para generar confianza en la aparente solvencia de la sociedad por el implícito respaldo patrimonial que se sugiere, induciendo a equívocos conducentes a la captación de depósitos o a la obtención de recursos o de créditos que de otro modo no se hubiera obtenido.”

DECONOMI

personería jurídica diferenciada de cada empresa, lo que nos conduce a aplicar el sistema de “*consolidación procesal*”.

- ✓ Que la insolvencia de los grupos se proyecta sobre el derecho internacional privado, en razón de que es habitual que los mismos tengan bienes, o empresas en más de un país (sociedades controladas, filiales, agencias, etc.), con lo cual es necesario regular los efectos y procedimientos que deben ser aplicados para atender la insolvencia transnacional de los grupos (concursos transfronterizos).-
- ✓ Que la “*consolidación patrimonial o sustantiva*”, que implica la formación de una masa única (total de activos y pasivos de todas las integrantes), con desinterés de la personalidad jurídica diferenciada, tiene muy baja receptividad. Esta opción es solo tolerada en forma “excepcional o residual” y se la deja para situaciones que no admitan otra posibilidad para destrabar -*con eficiencia*- el conflicto de la insolvencia grupal, posibilidad que -prácticamente- solo es admitida en los procesos liquidativos y no en los reorganizativos y nunca hemos leído en el derecho comparado, que pueda depender de la sola voluntad del propio del grupo.-
- ✓ En nuestro concurso en caso de agrupamiento con propuesta unificada (Art. 67 LCQ) sostenemos que “tratar unificadamente el pasivo, no implica consolidación patrimonial y que en caso de sobrevenir la quiebra de las empresas del agrupamiento, se formarán masas separadas.
- ✓ Los “abusos” en que pueda incurrir el grupo en su operatoria, que generen daños y perjuicios a terceros, o a los propios socios, deberán ser reparados a través de las acciones de responsabilidad que resultan aplicables desde el ordenamiento jurídico de cada país.
- ✓ En orden a la comunicación de la responsabilidad, es importante destacar que se ha ido consolidando en el derecho comparado, la responsabilización a los *administradores de hecho*, tal como puede advertirse entre otros, Uruguay, Chile, España, Francia.¹³²

¹³² A título de ejemplo: Código de de insolvencia de Portugal, arts. 49.2.c, 82.2.a, 186. 2.3; Derecho Español, arts. 93.2.2, 164.1, 172.2 y 172.3; el C. Comercio Francés, art. L. 653.4 (extensión de quiebra); Uruguay art. 201, 248.- En el Derecho Argentino la figura ya aparece en las Sociedades por Acciones

DECONOMI

- ✓ La “*extensión de la quiebra*” como forma de comunicar la responsabilidad “agravada” y en algunos casos, aplicada como remedio sancionatorio o disuasivo de inconductas comerciales o empresariales, está en franca retirada, siendo abandonada por las normas del derecho concursal del siglo XXI

Simplificadas (ley 27.349) y en la ley de Responsabilidad penal de las personas jurídicas (Ley 27.401), no así aún en forma expresa o directa en el texto de la norma concursal, pero el supuesto quedaría comprendido dentro de una de las posibilidades de extensión de la quiebra al controlante, por abuso de control (Art. 161 inc. 2 LCQ).-

“Meditaciones sobre el bien jurídico que tutelaría un sistema concursal.”

por Efraín Hugo Richard ¹³³

Meditar sobre los valores que debe respetar un sistema concursal imponen reconocer los múltiples intereses que se conjugan en el desarrollo de una actividad empresarial que, sometida a una crisis, exige atenderlos para asegurar los bienes jurídicos, sociales y económicos que se intente tutelar. Tenerlos en claro, con una visión globalizante permite entrever los objetivos a alcanzar y resolver, en la interpretación de las normas actuales o en la configuración de nuevas normas o en la integración normativa.

1. Es fundamental para el análisis de un sistema normativo esclarecer cual es el bien jurídico que el ordenamiento intenta tutelar. En función de ese estudio se podrá ahondar en la interpretación de las normas, buscando su coherencia, o propugnar el perfeccionamiento del sistema si el legislador no logró, mediante la norma positiva, alcanzar una real protección del bien jurídico.

En materia concursal no sólo se discute si el ordenamiento es de carácter sustancial o procesal¹³⁴ sino también cual es el bien jurídico que la legislación intenta proteger¹³⁵. Y serán muy distintas las tutelas en orden a que se haya protegido la simple integración patrimonial, o la paridad de los acreedores, o el interés social, o la conservación de la empresa¹³⁶, o una diversa combinación de aquellos. Quizá la discrepancia o confusión radica en la

¹³³ Profesor Emérito de la Universidad Nacional de Córdoba

¹³⁴ CAMARA, Héctor *El concurso preventivo y la quiebra*, Bs. As. 1978 tomo 1 p, 229 y ss. señala las divergencias entre quiénes consideran a las normas -concursoales como rituales, si bien aparecen entremezcladas con normas sustanciales y administrativas.

¹³⁵ RAMIREZ, Jose A. *Derecho concursal español: la Quiebra t. 1* p. 315 y 395; CAMARA Ob. Cit. t. 1 p. 95 y SS.; PROVINCIALI *Tratatto di Diritto Fallimentare t. 1* p. 34 y ss.; CUNEO *La procedure concursuali t. 1* p. 4 y ss.; PAJARDI, *Manuale di Diritto Falimentare t. 1* p. 19 y SS.; RUISI – JOINO - ALBERTI, TEDESCHI *Il fallimento t. 1* p. 1 y ss.

¹³⁶ QUINTANA FERREYRA, FRANCISCO - RICHARD, Efraín Hugo "La conservación de la empresa en las leyes de sociedades 19.550 y de concursos 19.551" en Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones Bs. As. octubre 1978, año 11, n° 65 p. 1373 y ss..

DECONOMI

observación de distintos ordenamientos jurídicos o en la realidad tan cambiante en materia económica¹³⁷.

2. La organización de la sociedad impone el ordenamiento jurídico que, por ello mismo no debe ser caprichoso sino que implica que el legislador al ordenar un sistema normativo lo haga en función de proteger determinados valores caros a esa sociedad, cumpliendo con una necesidad de bien común¹³⁸.

Si bien los filósofos desde siempre han tratado las estructuras formales y los contenidos de los valores, recién en el curso del siglo XIX y comienzos del siglo XX se desarrolló como disciplina jurídica la "teoría de los valores"¹³⁹. Por eso en muchos casos encontramos como equivalentes a la expresión "valores" la denominación "bienes" o "fines". Bien es la cosa concreta estimada o estimable, y valor la calidad abstracta que la hace estimable o estimada a la cosa. El valor no es distinto al bien, es su propiedad, es algo del ser que sólo tiene realidad en 'el ser' (o bien). Por tales razones y por simplificación, usaremos equivalentemente las locuciones valor, bien o fines.

3. Con esta introducción corresponde proceder a determinar cual ha sido el bien jurídico tutelado, el valor protegido, la causa fin, la finalidad económico social perseguida por el legislador en materia concursal], en el ordenamiento normativo contenido en *las leyes Nos. 19551, su reforma en el año 1983 y la ley 24.522*.

El presupuesto incuestionado de los concursos es la cesación de pagos. En nuestro sistema ha sido recibida plenamente la tesis de Bonelli, quién considera que dicho estado se manifiesta por cualquier acto o hecho que lleve certeza de tal situación¹⁴⁰. Este hecho objetivo puede ser nominado de otras formas: estado de insolvencia, cesación de pagar, sobreseer o suspender los

¹³⁷ "La técnica jurídica está para servir las exigencias de la realidad y no al contrario" GARRIGUEZ, Joquin *Tratado de Derecho Mercantil*, Madrid, 1955 t.II Títulos Valores p.45. VERNENGO, Roberto J. "El sentido del realismo jurídico" en *DEL ACTUAL PENSAMIENTO JURIDICO ARGENTINO* Ed. Arayú 1955, p. 234 y ss..

¹³⁸ BARBERO, Domenico *Sistema del derecho privado*, Bs. Aires 1967 p. 67 y ss. Sobre el tema tratado en este trabajo puede verse nuestra ponencia "¿Cuáles son los bienes jurídicos que el proceso concursal intenta tutelar?" propuesta en Abril de 1979 a la Comisión de Filosofía y Sociología del Derecho en las "Primeras Jornadas sobre concursos en el derecho argentino y comparado" realizadas en Rosario en mayo de 1979, y las conclusiones para el plenario que realizara dicha Comisión relatadas por el Director de la misma Prof. Dr. Ariel Alvarez Gardiol.

¹³⁹ GOLDSCHMIDT, Werner *Introducción al derecho*, 3a. Edición p. 462 y ss.

¹⁴⁰ *Del fallimento*, (Milán 1923 t. 1 N° 46.

DECONOMI

pagos, "insolvenza", "oberschuldung"¹⁴¹, *crisis*, *avizoración de la crisis*, etc.. Se trata en definitiva de describir un estado de impotencia patrimonial para atender las deudas exigibles con los bienes normalmente realizables.

Todo el sistema general del cumplimiento de las prestaciones derivadas de los repartos determinados por los negocios jurídicos, aparece convulsionado por el estado de cesación de pagos de una persona, como centro de un haz de derechos y deberes subjetivos. La importancia de la presencia de esa persona y de ese haz de relaciones en el campo jurídico-económico es la que generará mayor o menor desequilibrio en el sistema. Quizá la menor importancia de las prestaciones a cumplir por algunas personas permite que el sistema jurídico tradicional asegure el equilibrio o la estabilización de los desequilibrios producidos por ese sistema tradicional de hacer justicia, y el estado de cesación de pagos de esas personas no genere un impacto general en la sociedad que afecte algún valor sustancial, que imponga al Estado una presencia a través de una legislación específica que imponga distribuciones imperativas, cual la legislación concursal.

Es la magnitud del desequilibrio que se produce en el sistema jurídico económico tradicional por el estado de cesación de pagos de determinadas personas, lo que impone la necesidad de una legislación especial, apartándose de la justicia conmutativa del derecho común, generando un conjunto de normas que subordinan principios de derecho procesal y sustancial común en aras del interés general en preservar las relaciones generales ante el estado de cesación de pagos.

El impacto que los incumplimientos de los repartos determinados en los negocios jurídicos emanados del derecho privado generan en una determinada sociedad, cuando esos incumplimientos son de carácter masivo y a cargo de una persona, imponen medidas particulares, prácticamente de derecho público. Estas situaciones conmocionan al valor justicia y equidad en relación a la comunidad de los acreedores. El sistema jurídico tradicional permitirá que alguno satisfaga su acreencia, más no todos, lo que genera un conflicto entre todos quienes requieran cumplimiento de prestaciones de la

¹⁴¹ CAMARA ob. cit. t. 1 p. 235 y ss.

DECONOMI

persona en estado de insolvencia, dismantelará la actividad de quién no puede pagar aunque quiera pagar, o que no pueda pagar a todos aunque no desconozca sus obligaciones ni sus incumplimientos.

Un nuevo reparto impuesto por el derecho público, un nuevo sistema de distribución con participación colectiva de todos los interesados es impuesto por el Estado, ante situaciones particulares generadas por convenios privados o incumplimiento de contribuciones legales, pero como actuación de derecho público ante situaciones impensadas por las partes, para preservar la justicia de los repartos. Un nuevo concepto distributivo con intervención colectiva de todos los interesados en el ámbito privatístico es impuesto por el Estado con una actividad de derecho público minimizada.

4. Metodológicamente es difícil encontrar en forma directa el valor protegido por la legislación concursal], pues no hay duda que -como en todo ordenamiento jurídico- genéricamente se aplica el valor justicia, seguridad, equidad, utilidad. Ante tal constatación y lo indicado precedentemente, debe recurrirse al principio de polaridad como característica fundamental de los valores¹⁴². Así aparece como disvalor "la cesación de pagos", como situación irregular no querida por la sociedad, y por tanto asumido por la actividad del legislador para darle solución para evitar esa .. quiebra del principio del bien común económico, desnaturalizando también aquel otro de la actividad económica productiva"¹⁴³

Podemos anticipar que eliminar el estado de cesación de pagos resulta el bien jurídico tutelado¹⁴⁴. No es función del legislador enunciar el bien jurídico tutelado, sino imponer una serie de principios generales, rectores,

¹⁴² Cfr. Ponencia citada en nota 5 y el despacho de la Comisión: "Fue metodología de la coincidencia de la Comisión, en la búsqueda de los bienes jurídicos que el proceso concursal intenta proteger, la determinación de los disvalores cuya eliminación la ley procura. Ello, a partir del principio de polaridad como característica fundamental de los valores. Así la Comisión, coincide en que ese disvalor fundamental es el estado económico jurídico de la cesación de pagos, que quiebra el principio del bien común económico, desnaturalizando también aquel otro de la actividad económica productiva. Detectado ese disvalor, la ley procura realizar el valor jurídico de la justicia distributiva, que pondera por encima de la simple pretensión adecuada del crédito y no se satisface sólo con ello, orientada al restablecimiento de actividades económicas útiles. En el marco de esos valores, la ley conjuga bienes jurídicos económicos básicos, tales como la protección o el restablecimiento del crédito y la conservación de la empresa útil, en tanto encarnen los valores y principios enunciados".

¹⁴³ Cfr. el despacho citado en nota anterior.

¹⁴⁴ Sobre el tema puede verse la ponencia referida en nota 5.

DECONOMI

normativos, en los que ha tenido en cuenta o insertado su finalidad, el respeto de un valor o la eliminación de un disvalor.

El legislador argentino reconoce esos principios en las Exposiciones de Motivos¹⁴⁵ e impone normas tendientes a asegurar la consecución de los mismos. A través de esa finalidad se tutela un bien jurídico, tratando de eliminar el disvalor. Detectado ese disvalor, la ley procura realizar el valor jurídico de la justicia distributiva, que pondera por encima de la simple protección adecuada del crédito y no se satisface sola con ello, orientada al restablecimiento de actividades económicas útiles¹⁴⁶ sin que ello implique proteger al empresario, pues la actividad productiva libre del estado de cesación de pagos puede continuar bajo la propiedad o dirección de un tercero. *La empresa es el elemento material y la técnica organizativa es la sociedad como elemento formal.*¹⁴⁷

5. Ese bien jurídico tutelado que acabamos de enunciar: la eliminación del disvalor de la cesación de pagos, obliga a hacer un reconocimiento sobre su naturaleza. Entendemos que representa un bien común económico, valor en el que se conjugan los de justicia, orden y seguridad jurídica¹⁴⁸.

Los valores justicia, orden, equidad, seguridad y bien común no presentan antinomia, sino que se interrelacionan en armonía, permitiendo superar cualquier análisis sobre la validez individual de alguno de ellos¹⁴⁹.

6. La justicia que requiere la problemática concursal no es del tipo conmutativo, sino del tipo integrativo o distributivo típico de la justicia llamada social o del bien común. La igualdad no es de cantidad, sino de proporción o mejor aún de conjunción. Ante la dificultad de efectivizar los repartos

¹⁴⁵ Consideraciones generales, punto 40.

¹⁴⁶ Ver Despacho Comisión transcrito en nota 9 y ponencia allí referida.

¹⁴⁷ Del homenaje a Jesús SANGUINO SANCHEZ, 2007, "Bases sustanciales para la conservación de la empresa", pag. 559 de nuestro *Perspectiva del Derecho de la Insolvencia*, Ed. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, año 2010, específicamente *pág. 567*.

¹⁴⁸ GOLDSCHMIDT ob. cit. p. 463; CIURO CALDANI, Miguel Angel "*Perspectiva trialista de la axiología dikelógica*" en EL DERECHO diario del 8 de febrero de 1980.

¹⁴⁹ CIURO CALDANI, trabajo citado "En los días del ocaso el sentimiento y la razón se hacen conflictivos y los fraccionamientos se desorientan, llegándose a la apología de la seguridad o de la inseguridad civil como si fueran valores en sí mismos"; SOROKIN, Pitirim A. *Dinámica social y cultural* t. 11 p. 1376 y ss. "*Estos cada vez más atomizados valores sensuales, incluyendo el hombre mismo, se irán progresivamente rebajando, haciéndose sensuales y materiales, carentes de todo carácter divino, sacro y absoluto. Se hundirán cada vez más en el fiesm de las sentinas socioculturales. Se irán haciendo cada vez más destructivos y menos constructivos, representando en su conjunto un museo de patología sociocultural mnejor que los imperecederos valores del Reino de Dios*".

DECONOMI

determinados se procede a una distribución aplicando principios de derecho público.

La justicia es propia de todas las virtudes en cuanto ordena al hombre al bien, pero no sólo en relación a otro sujeto sino al bien común, como carácter social o de convivir en sociedad. La Justicia es la virtud general. A la ley concursal interesa, sin perder de vista esta virtud general o principio de justicia, restablecer el orden económico, la actividad económica de la empresa libre del disvalor, del estado de insolvencia o hacer cesar toda actividad empresaria cuando no se la pueda liberar de aquel disvalor. Se trata en sí de restablecer el desequilibrio de los repartos por medio de un nuevo sistema de distribución.

El derecho concursal se aparta de los derechos que por otros derechos corresponden: el acreedor deja de tener su derecho sobre los bienes ya aprehendidos, el adquirente ve inoponible su derecho de propiedad frente a los acreedores concurrentes. La ley concursal enfrenta un haz de derechos y repartos conmutativos enfrentados en relación al deudor común, y con principios de justicia distributivo debe interferir en el orden común formalizando adecuadamente los repartos frente al estado de cesación de pagos del deudor común. La ley concursal interfiere en los repartos iniciados por el derecho común frente al disvalor de la insolvencia y mientras esta exista. Desaparecido el estado de cesación de pagos cesan los efectos particulares del sistema concursal.

Corresponde aclarar que no entendemos al derecho concursal como un derecho especial o de excepción. El derecho concursa] jamás se aplica como excepción frente al derecho común, sino que producido el estado de excepción que llevó al legislador al dictado de las normas concursales, constatado judicialmente ese estado de excepción de cesación de pagos, el derecho concursa] pasa a aplicarse como derecho común, y el ordenamiento general sólo se aplicará cuando este ordenamiento común concursal así lo disponga o cuando sean las normas compatibles. *Con la reforma e integración del Código Civil y Comercial -2015- normas como la del art. 2 invita a la sistematización y en el art. 150 lo hace en torno a las personas jurídicas, atendiendo a las relaciones de organización, generando una congruencia del sistema societario y el concursal, entre otros.*

DECONOMI

La ley concursal, al intentar restablecer el orden de los repartos, no mira el beneficio de los acreedores, ni de éstos en común, ni los del deudor, sino los de la sociedad toda en la que se encuentra inserta la actividad afectada de] disvalor, a la que intentará liberar de ese estado o procederá a hacerla cesar.

El ordenamiento concursal, como por el principio del bien común el Estado puede imponer contribuciones, impone determinadas cargas para hacer valer los derechos, distintos al del derecho común. Así la forma única, típica y necesaria de insinuarse dentro del pasivo del concurso, con expresión de la causa de su acreencia, causa de adquisición de los títulos valores circulatorios¹⁵⁰, condicionando también el ejercicio y límite de esos derechos por medio de los llamados acuerdos concursales, determinando el reparto que le corresponde a cada uno de los concurrentes atendiendo al bien común y a principios distintos al del derecho común,+ modificando incluso el sistema de privilegios, y determinando formas de distribución particulares.

Frente a este análisis, parecería que la dificultad restante estriba en determinar cuál es la naturaleza del bien común o causa fin del legislador que determina esos principios concursales. ¿Será una forma de reinserción del mundo económico en el mundo moral? Esto aparecería como probable en un mundo donde los valores económicos parecen tener mayor importancia que los morales, no obstante lo cual no creemos tal intención en la ley 19551 por las normas sancionatorias ejemplares que la misma *contenía* frente a desviaciones en la conducta, *ni en las posteriores, aunque si podemos encontrarlas en el Código Penal y en previsiones como la contenida en el art. 19 de la ley general de sociedades*. En cambio parece atendible entrever el intento de reinsertar el individualismo económico, sea del deudor o de sus acreedores, en una dirección de interés común: mantener o depurar la actividad económica de elementos impuros, cual es el estado de cesación de pagos. Se trata de restaurar al más breve plazo la aplicabilidad de la normativa conmutativa, de la libertad económica y de la autonomía de la voluntad.

¹⁵⁰ Cfr. Plenario de la Cámara Comercial de la Capital publicado en La Ley del 10 de febrero de 1980.

DECONOMI

Insistimos que en el derecho concursal no es aplicable la justicia conmutativa o justicia de equivalencia de las prestaciones, de tipo privatístico, pues el interés superior de la sociedad se encuentra en juego.+ Al no poder resolver las partes individualmente el estado de cesación de pagos, pernicioso para la sociedad en la que se insertan las relaciones jurídico- económicas, por el principio de subsidiariedad, el Estado incorpora un sistema procesal publicístico, con normas sustantivas dirigidas al bien común, y ese bien común es mantener en lo posible la actividad económica productiva –*dentro de la desarrollada por la misma persona jurídica o humana o apartándola de esos patrimonios frente a su inviabilidad*-, eliminando la insolvencia e inclusive apartando al mismo empresario de la actividad productiva, sea de la propiedad por medio de la forma liquidatoria o acuerdos concursales, o de la dirección conforme acuerdos concursales o actividad de los funcionarios del concurso.

Bien común es la confluencia o integración de intereses en los concursos. Las normas en general tutelan el bien común pero con carácter conmutativo, en el derecho concursal hay convergencia, de carácter distributivo en búsqueda del bien común. Búsqueda que se formaliza por múltiples medios que otorga la ley para superar el estado de cesación de pagos en la actividad productiva.

Se remarca ese principio de justicia asegurando la integración patrimonial, disponiendo la inoponibilidad a los acreedores de determinados actos válidos finiquitados entre el concursado y terceros. Esa ineficacia frente a la validez del acto se encuentra imbuido en el valor justicia con respecto del bien común de todos los concurrentes frente al tercero.

Este valor justicia, no obstante, no puede realizarse sin un orden. El orden no es un valor en si mismo, pero resulta indispensable para garantizar la justicia, la paz, la seguridad, la libertad y el bien común perseguido. El orden aparece así como un principio primario sobre el que se asentarán otros valores, sobre el que convergerán para construir un sistema. Generar una organización de la sociedad sobre ciertas bases con el fin de asegurar la subsistencia del grupo, realizar la empresa de una civilización y también en vista a obtener, por equilibrios apropiados, el movimiento lento y uniforme del conjunto de

DECONOMI

situaciones y relaciones sociales¹⁵¹, aparece como una misión esencial. El orden presupone la libertad y justicia dentro de las cuales la sociedad se desarrolla, y en cuyo seno y en su beneficio se generan organizaciones de bienes y servicios productivos.

El orden jurídico es la unidad de los derechos de la personalidad y de las exigencias de la vida social¹⁵².

La paz converge y se asienta con los valores justicia y orden, y es una consecuencia de la existencia de estos. No hay paz en un orden injusto, donde aunque se aparte del sistema conmutativo no existan determinadas garantías en la distribución de los repartos.

La seguridad deriva del orden. Ambos son presupuestos de la justicia. La seguridad en sentido objetivo se traduce en la existencia de un ordenamiento jurídico y en su mantenimiento y desarrollo. Las relaciones persona-persona, persona-sociedad, con la autoridad, recíprocamente debe cimentarse sobre un claro fundamento jurídico y estar protegido, si hay necesidad por la autoridad judicial, lo que supone la existencia de un ordenamiento normativo determinado y de un tribunal que lo aplique. Estos resguardos orden y seguridad están garantizados por el sistema, procesal publicístico desenvuelto por la ley concursal.

Pero los fines del derecho están englobados en la noción más amplia del bien común. La finalidad es un hecho universal en el movimiento ordenado del universo, pero sólo el hombre obra por un fin, por el conocimiento cognoscitivo e intención del bien, como producto de su inteligencia, que es la causa final de su obrar. Corresponde esa actitud finalista a una inclinación social del hombre, a una potencia del mismo que se actualiza gradual y permanentemente. Todas las sociedades, como los individuos que la integran, buscan su bien común, como causa final o primer principio impulsor¹⁵³.

Ese bien común social, de carácter temporal, objeto del derecho como finalidad del mismo, representa el compuesto de presupuestos sociales

¹⁵¹ HAURIOU *Precis de Droit Constitutionnel* p. 34; DU PASQUIER, Claude *Introducción a la Teoría General del Derecho y la Filosofía* p. 389.

¹⁵² RENARD *El Derecho, el Orden y la Razón*, pág. 259.

¹⁵³ URDANOS, Teófilo *Comentarios a la Summa Teológica* t. VIII p. 758.

DECONOMI

necesarios para que los individuos, los grupos y las sociedades alcancen sus finalidades existenciales y logren su pleno desarrollo, integrados en las comunidades mayores, como partes de un todo¹⁵⁴.

Este enfoque representa una justicia de proporciones, frente a una justicia conmutativa propia de las relaciones simplemente bilaterales –*atisbamos el futuro de las relaciones de organización frente a las de cambio con las que se construyó la dogmática jurídica*–, pues vincula el bien particular con los otros bienes particulares, y los bienes particulares con el bien común, según un reparto de proporciones, en análisis de las diversas relaciones afectadas. No se trata de sacrificar a nadie sino de buscar la ubicación de los derechos de cada uno en el todo. Ese es un fin en sí mismo de un procedimiento de tipo universal cual el concursal. El bien común aparece como superior al bien privado. Lo que pertenece a una sola persona es poca cosa en comparación a lo que conviene al grupo humano en el que se integra esa persona al convivir en sociedad.

7. Dentro del bien común, dentro del derecho positivo o del bien común temporal, el bien común económico y todo lo relacionado a la productividad, distribución y consumo de bienes, con una más justa distribución, se puede identificar como un valor. Dentro de nuestra sociedad, el mantenimiento de la fuente de trabajo, de lo que crea riqueza distribuible, de lo que genera bienes y servicios, aparecen como un bien común económico apreciable, tutelable como finalidad del legislador¹⁵⁵.

Reconstruir el patrimonio es una forma de eliminar la insolvencia que recaía sobre un patrimonio al que se habían excluido o sustraído determinados bienes. Eliminar créditos ilegales tiene la misma finalidad, evitando que incidan sobre la incapacidad financiera del patrimonio. *Al referirnos a la actividad empresarial desarrollada por un patrimonio estamos ya dentro de un esquema organizativo de sociedades.*

La formulación de los acuerdos y la decisión sobre su homologación debe construirse sobre la posibilidad, cierta de la eliminación del estado de cesación de pagos. Cuando no es superable esta situación económica, se tiende

¹⁵⁴ GOLDSCHMIDT, ob. cit. pág. 107 y ss.

¹⁵⁵ QUINTANA - RICHARD trabajo citado.

DECONOMI

a eliminarla en relación a la empresa¹⁵⁶, liquidándola, en funcionamiento pero libre del estado cesación de pagos que recaerá sobre el patrimonio que queda como prenda común de los acreedores constituido por el precio de venta y otros bienes del concursado. El fin de la ley está concluido: se ha liberado del estado de insolvencia a los fondos productivos. La confianza del crédito queda restituida.

Devolver la potencialidad productiva puede aparecer como un bien común. Eliminar los factores que impiden que se generen bienes, se multipliquen las relaciones jurídicas de contenido económico conforme el efecto multiplicador de las mismas, esparciendo riqueza y libre de los riesgos de incumplimiento, resulta tutelable. Esto aparece compuesto por el proceso concursal] conforme los efectos de su apertura, por las posibilidades de concertación y colaboración con los acreedores a través del acuerdo, o con la continuación de la empresa, o con el avenimiento, o con la liquidación de la *sociedad*, libre del estado de cesación de pagos y del empresario que generó y no pudo resolver ese estado de cosas.

Pero si el procedimiento concursal no logra mantener la actividad económica libre del disvalor de la cesación de pagos, hace cesar la actividad económica y por ende los riesgos de la insolvencia para el futuro. Interesa la actividad empresarial, pero más que ello evitar actividad económica en cesación de pagos por el efecto que ello produce con carácter multiplicador en las relaciones jurídico-económicas, pérdida de la seguridad y alteración de la justicia conmutativa cada vez más difícil de restablecer frente a la perdurabilidad en la sociedad de una empresa en estado de insolvencia.

Podríamos reconocer y analizar, con esta dirección finalística del bien común económico, la totalidad de las normas e institutos creados por la ley concursal como ley común cuando se reconoce judicialmente el estado de cesación de pagos. En esa eliminación del disvalor, permitiendo la continuidad o asegurando la cesación de la actividad económica, se enrolan el grueso de sus normas en forma fácilmente identificable.

La revocatoria concursal o sistema de inoponibilidad, la suspensión de actos de ejecución forzada o de acciones de contenido patrimonial, de

¹⁵⁶ La expresión "empresa" está tomada como grupo de bienes integrados para un fin productivo o de servicios, en actividad productiva o con potencialidad inmediata de actividad productiva.

DECONOMI

intereses, la facultad del síndico respecto a la resolución o cumplimiento de contratos y las formas de liquidación configuran un todo sistemático e integrado con la finalidad expresada. El llamado derecho de excepción interfiere en el derecho común y lo sustituye como tal cuando se reconoce el disvalor de la cesación de pagos, orientándose a restablecer el bien común económico alterado, *obviamente dentro del esquema normativo, hoy perfilado por el art. 150 del Código Civil y Comercial para las sociedades.*

8. Determinar los valores y bienes jurídicos tutelados por una norma es obra de tiempos y doctrina, el legislador se limita a enfrentar su realidad social y económica, en forma sistemática que dan coherencia y permanencia a las normas.

A esa inclinación social del hombre que, a través del conocimiento cognoscitivo e intención del bien como producto de su inteligencia -que hemos reconocido precedentemente- importa una actualización gradual y permanente de la ciencia jurídica, no sólo a través del ordenamiento normativo sino de la doctrina judicial y científica, compromete el aseguramiento constante de aquellos fines. Compromete esa característica a revisar constantemente los medios de aseguramientos de los bienes jurídicos tutelados, revisar si debe anticiparse la actuación concursal ante el fantasma de la cesación de pagos, si deben mantenerse excluidos los acreedores beneficiados con derechos reales de garantía, si la inoponibilidad de actos no debe anticiparse en los trámites concursales, como tantas otras situaciones advertibles con posterioridad a la sanción de nuestra actual ley concursal que, indudablemente, es respuesta a esa actualización permanente de la sociedad, pero cuyo análisis escapa al tema central de esta nota, cuyo objetivo es contribuir a esa actualización en la búsqueda de principios orientadores uniformes, necesarios para la interpretación integral del sistema concursal.

9. *Las meditaciones precedentes no son de hoy, se corresponden a una inicial visión sobre el sistema concursal. Se atisba mi preocupación sobre la actividad empresarial, su organización, la conservación de la empresa para asegurar puestos de trabajo y beneficios para la comunidad. Los “conversatorios” que desde hace años se generan por y con Osvaldo Chomer –magistrado y*

DECONOMI

jurista de fuste-, y su actual invitación a publicar en la Revista Electrónica DECOMI que dirige, me motivaron a abrir el cofre de los recuerdos.

Las líneas precedentes fueron escritas hace algo más de 40 años – en el primer semestre de 1980. publicadas bajo el título “BIEN JURÍDICO TUTELADO POR EL SISTEMA CONCURSAL” en la Revista de la Universidad Nacional de Córdoba año 1979/1980, edición de la Universidad, Córdoba 1982, pág. 261.

Sólo he agregado en bastardilla poquísimas líneas –como estas- a fin de darle actual vigencia y que el lector sólo se apercibiera al leer este último párrafo, integrando una referencia al homenaje a Jesús Sanguino Sanchez, en el año 2007, cuyo emocionado recuerdo, junto a mis maestros Francisco Quintana Ferreyra y Héctor Cámara, reitero en mi largo recorrido iluminado por sus enseñanzas. Uso el mismo método que cuando actualice el libro “Prenda con registro o hipoteca mobiliaria” del último maestro, respetando totalmente el texto original e introduciendo los ajustes en bastardilla.

Compartiendo estas viejas meditaciones intento justificar mis pensamientos posteriores en torno a los objetivos que deben guiar a una legislación de crisis, su interpretación y su inserción en un sistema jurídico. El tema queda inmediatamente vinculado al bien jurídico tutelado por el derecho concursal cuando el sujeto sea una sociedad. Se trata de evitar allí que se instale el estado de cesación de pagos.¹⁵⁷

¹⁵⁷ Nta. comunicación al X CONGRESO ARGENTINO DE DERECHO SOCIETARIO, VI CONGRESO IBEROAMERICANO DE DERECHO SOCIETARIO Y DE LA EMPRESA, La Falda, Córdoba, Argentina, 03 al 06 de octubre de 2007. Com. 3. Tema: *Interés social e individual. “Responsabilidad. Interés y bien jurídico a tutelar”*

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 daño¹”. 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 ², 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.

¹ 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).

² 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 concursalidad 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 concursalidad, 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-19³) que repercuten de

³ 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 salud⁴, los derechos del niño⁵, las personas vulnerables e hipervulnerables, personas de edad avanzada⁶) 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 Fava⁷, 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/ quiebra⁸, 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 controvertidas⁹; 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.

⁴ 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.

⁵ 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.

⁶ 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.

⁷ 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)

⁸ 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.

⁹ 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 necesidades¹⁰.

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.

¹⁰ 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 concursal¹¹.

¹¹ 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

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 concursal¹².

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 concursal¹³.

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

¹² 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.

¹³ 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*¹⁴.

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

¹⁴ 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 anticautelares¹⁵” 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*

¹⁵ 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 posconcurso¹⁶.

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 clamando¹⁷. 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 país¹⁸.

¹⁶ 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.

¹⁷ 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>

¹⁸ 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 viraje¹⁹.

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 Maliandi²⁰, 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.

¹⁹ 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>

²⁰ Maliandi, R. (2004). *Ética: 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 incorporó²¹.

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 acuerdo²². 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 familiar²³ y como consecuencia de ello del reacomodamiento de

²¹ 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.

²² 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.

²³ 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 humanos²⁴, 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 materia²⁵. 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*²⁶.

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.

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

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

²⁶ 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;²⁷
- 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;²⁸

²⁷ 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.

²⁸ 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 Cámara²⁹ 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 discutible³⁰, 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.

²⁹ Cámara, Héctor, La falencia de la falencia, RDCO 1980-393

³⁰ 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.

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 daño¹”. 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 ², 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.

¹ 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).

² 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 concursalidad 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 concursalidad, 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-19³) que repercuten de

³ 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 salud⁴, los derechos del niño⁵, las personas vulnerables e hipervulnerables, personas de edad avanzada⁶) 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 Fava⁷, 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/ quiebra⁸, 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 controvertidas⁹; 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.

⁴ 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.

⁵ 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.

⁶ 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.

⁷ 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)

⁸ 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.

⁹ 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 necesidades¹⁰.

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.

¹⁰ 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 concursal¹¹.

¹¹ 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

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 concursal¹².

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 concursal¹³.

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

¹² 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.

¹³ 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 manifestaciones¹⁴.

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

¹⁴ 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 anticautelares¹⁵” 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*

¹⁵ 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 posconcurso¹⁶.

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 clamando¹⁷. 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 país¹⁸.

¹⁶ 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.

¹⁷ 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>

¹⁸ 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 viraje¹⁹.

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 Maliandi²⁰, 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.

¹⁹ 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>

²⁰ 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 incorporó²¹.

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 acuerdo²². 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 familiar²³ y como consecuencia de ello del reacomodamiento de

²¹ 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.

²² 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.

²³ 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 humanos²⁴, 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 materia²⁵. 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*²⁶.

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.

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

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

²⁶ 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;²⁷
- 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;²⁸

²⁷ 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.

²⁸ 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 Cámara²⁹ 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 discutible³⁰, 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.

²⁹ Cámara, Héctor, La falencia de la falencia, RDCO 1980-393

³⁰ 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.

“Patrimonios de afectación e insolvencia”

por Lidia Vaiser¹⁵⁸

Abstract: En el presente trabajo se trata la problemática de la insolvencia de los patrimonios de afectación, con especial atención de los bienes que integran el acervo hereditario y el fideicomiso, institutos de muy escaso contacto conceptual pero indudablemente comparten el carácter de universalidad de bienes, tanto como las dificultades de interpretación que surgen de la interacción del Código Civil y Comercial de la Nación y la Ley de Concursos 24522.

I.- INTRODUCCIÓN.

El día 3 de marzo del corriente año se celebró el tercer conversatorio organizado por la Universidad Nacional de Córdoba; su Instituto de Derecho Comercial y la Academia de Derecho de Córdoba, junto con otros grupos académicos, donde ejerciera la coordinación. Lo que me llevó a elaborar esta nota tratando de sistematizar desde el punto de vista de la dogmática concursal los campos atribuibles a dos las figuras bajo estudio.¹⁵⁹

En el mencionado conversatorio se abordó la cuestión bajo la consigna: “Patrimonios de afectación: el caso particular de los fideicomisos que vehiculizan empresas”

El territorio que abarca el tema es muy amplio, aunque se entiende bien que la figura del fideicomiso es la que concite mayor interés, vista la enorme cantidad de trabajos doctrinales que le fueran dedicados y la constante recurrencia a los tribunales para dirimir conflictos vinculados con el Instituto, lo que al par ha dado lugar a una nutrida jurisprudencia.

Es claro y evidente el por qué de su importancia: el fideicomiso, que es un patrimonio de afectación, constituye un vehículo fundamental en el

¹⁵⁸ Abogada, especialista en Derecho Concursal y Empresario. Asidua conferenciante en eventos académicos nacionales y extranjeros. Autora de numerosos libros y publicaciones en revistas especializadas

¹⁵⁹ Agradezco a los expositores, Dres. Lorente, Mallo y Marquez por las ricas enseñanzas que nos dejaron en materia de insolvencia del fideicomiso

DECONOMI

desarrollo de los negocios, la gestión de los bienes y la planificación sucesoria, sólo por enumerar algunos de sus aspectos vinculados al negocio subyacente. Lo cual no impide – por cierto - su colapso económico y las consecuencias que trae su insolvencia.

Debe señalarse no obstante, que en el derecho interno existen numerosos patrimonios de afectación. Así y como ejemplo: los fondos comunes de inversión, los bienes de la sucesión indivisa, y hasta alguna doctrina ha considerado como patrimonio de afectación los bienes de la masa fallida.

No sería del todo arriesgado afirmar, que desde el punto de vista de lo organizacional¹⁶⁰, las sociedades comerciales y los contratos de colaboración empresaria presuponen también la existencia de un patrimonio de afectación distinto del de las sociedades, socios o accionistas que los integran.

De otro lado, el tema de las sucesiones indivisas ha traído también algunas implicancias e interferencias entre el Código Civil y Comercial de la Nación sobre la ley de Concursos, por lo cual las abordaremos en un acápite especial de este trabajo y de seguido.

II.- CONCURSO Y SUCESIONES INDIVISAS

En principio cabe señalar que en esta materia el Código Civil y Comercial ha despertado algunas inquietudes sobre los tres presupuestos esenciales del proceso concursal: el presupuesto objetivo, el presupuesto subjetivo y el presupuesto activo, esto es: la legitimación procesal para solicitar la apertura del proceso en el caso particular de las sucesiones indivisas.

Sabido es que el art. 1 LCQ entroniza al estado de cesación de pagos como presupuesto objetivo, con la conocida excepción en el APE (art. 69 LCQ) y el concurso en caso de agrupamiento (Art. 65 LCQ)

No vamos a entrar en la rica doctrina existente en torno al concepto de “estado de cesación de pagos”, que tal vez agotaría mucho más que la extensión del presente trabajo. Pero resulta oportuno señalar las posibles

¹⁶⁰ Richard, Efrain Hugo dixit

DECONOMI

discordancias entre ese estado patrimonial y los presupuestos atribuidos al concurso en la insolvencia de las sucesiones.

Según el art. 69 LCQ puede acceder al Acuerdo Preventivo extrajudicial, que es una suerte de acuerdo preconcursal, regulado o formal y homologado judicialmente,¹⁶¹ el deudor que se encontrare en cesación de pagos o “*en dificultades económicas o financieras de carácter general*”

En cuanto a este presupuesto objetivo en el APE, se ha desplegado una frondosa doctrina, donde sobresale la idea de que en la práctica no difiere del estado de cesación de pagos aludido en el art. 1 LCQ

No compartimos ese criterio y acordamos con Segal sobre las diferencias existentes, dentro del propio instituto, entre las causas financieras y las económicas, en cuanto las primeras hacen referencia a la liquidez, a los medios para cubrir las erogaciones de caja, a los activos corrientes y activos realizables. Así, una dificultad financiera general, puede solucionarse con la venta de un activo no corriente importante y con éste ingreso de fondos se podrá equilibrar las cuentas de la empresa. Generalmente se refiere al nivel de endeudamiento, mientras menor sea el mismo, mejor será la situación financiera. En tanto, las dificultades económicas se equiparan a razones de rentabilidad o a otras razones de índole patrimonial. Es decir, la renta de cada unidad monetaria invertida en el activo, en relación con el mercado en el que se comercializa, eventuales competidores, competitividad de la empresa, etc.¹⁶²

Debe notarse también el modo conjuntivo utilizado por la norma respecto de las dificultades económicas o financieras, donde bien se aprecia la inclusión de cualquiera de ellas o de ambas.

En cuanto al Concurso en caso de agrupamiento (art. 65 LCQ) se requiere que al menos uno de los integrantes se encuentre en el estado de cesación de pagos; lo que es igual decir: la exigencia legal sobre la cesación de pagos *cede* en relación a los otros componentes, los que podrían encontrarse *in bonis*.

¹⁶¹ Rouillon, Régimen de Concursos y Quiebras pág.126

¹⁶² Segal, Rubén, “Acuerdos preventivos extrajudiciales”, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 112.

DECONOMI

Entrando ya en el terreno del concurso de la herencia, se advierte que el art. 2360 del CCCN, establece como presupuesto objetivo el “...*desequilibrio patrimonial o insuficiencia del activo hereditario...*” Lo cual levanta una comprensible incógnita.

Se aprecia de inmediato que la redacción de la norma no concuerda ni con el art. 1 LCQ, ni con la del art. 69 del mismo cuerpo legal, lo cual nos parece criticable porque atenta contra la necesaria homogeneidad y claridad del sistema legislativo. Por otra parte no se entiende por qué razón el legislador introdujo las nociones de *desequilibrio* y de *insuficiencia patrimonial* cuando ya existía una rica doctrina y jurisprudencia en materia de presupuestos objetivos de los concursos.

Además es a todas luces evidentes que –cuanto menos por las remisiones a la LCQ que trae el Código- y por la naturaleza misma de la insolvencia, la cuestión debe verse en un plano netamente concursal.

Se ha señalado que la forma en que es delineada la insolvencia del sucesorio hace alusión a la cesación de pagos en la LCQ¹⁶³; pero desde mi punto de vista no es tan fácil afirmar que tuviera correlato con aquella, a ojos vista. Nótese además que el mismo autor recién citado critica la redacción del art. 2360 CCCN

Por otra parte es el legislador quien debiera cumplir primero la premisa que se le impone al intérprete en el art. 2 del CCCN; esto es: que la ley debe interpretarse conforme las leyes análogas y teniendo en cuenta todo el ordenamiento jurídico. Por lo cual hubiera sido preferible remitir al concepto de cesación de pagos tan solventado por la doctrina y la jurisprudencia interna.

Bien es cierto que la Ley concursal, toma en cuenta la existencia de un patrimonio dinámico con inserción en el comercio, pero ello no significa que los bienes relictos se encuentren carentes de tales condiciones. Lo cual no quita que respecto de la persona humana la actividad comercial pudiera no existir.

En cuanto al *presupuesto subjetivo*, es dable mencionar que el art. 2 de la LCQ, “sujetos comprendidos” establece que puede ser declarado en

¹⁶³ Gerbaudo, Germán; VIII Congreso Iberoamericano de la Insolvencia. T*1 pág. 79

DECONOMI

concurso “el patrimonio del fallecido, mientras se mantenga separado del patrimonio de los sucesores...” Ello no significa que la ley asigne personalidad jurídica, o lo considere sujeto de derecho, cuestión ésta que suscita divisiones en la doctrina y en la jurisprudencia ¹⁶⁴

De otro lado, en el antiguo Código Civil la herencia era aceptada – como regla general- bajo beneficio de inventario. El CCCN eliminó la distinción entre la aceptación lisa y llana y con beneficio de inventario, al igual que la acción de separación de patrimonios, estableciendo como principio general la *responsabilidad limitada del heredero* en el art 2317. La norma expresa: “...El heredero queda obligado por las deudas y legados de la sucesión sólo hasta la concurrencia del valor de los bienes hereditarios recibidos...”

En consecuencia, ya no hay aceptación bajo beneficio de inventario, ni pura y simple, sino que hay una sola aceptación que trae consigo la responsabilidad limitada del heredero, aunque la ley separa los patrimonios del causante y del heredero al modo del anterior *beneficio de inventario*. El heredero sólo responde con sus propios bienes cuando no realiza el inventario dentro de los tres meses en que fue intimado judicialmente a ello, u oculta fraudulentamente los bienes de la sucesión omitiendo su inclusión en el inventario, o exagera dolosamente el pasivo sucesorio o enajena bienes de la sucesión a precios no convenientes y sin que éste ingrese a la masa (arts. 2321 CCCN) ¹⁶⁵

Una mayor conflictiva presenta la configuración del principio activo de los concursos o la *legitimación* para promover el proceso.

El artículo 8 de la LCQ dispone que cualquiera de los herederos pueda solicitar el concurso preventivo en relación al patrimonio del fallecido. Nada dice respecto de la quiebra¹⁶⁶; Pero no obstante y mi modo de ver, carecería de sustento legal sostener que se encuentra prohibido solicitar la quiebra, problema

¹⁶⁴ Heredia, Tratado...T* 1 pág. 248

¹⁶⁵ Sosa Aubone, Daniel : CASI <https://www.casi.com.ar/sites/default/files/SOSA%20AUBONE-%20Problem%C3%A1tica%20patrimonio%20del%20fallecido.pdf>

¹⁶⁶ Como nada dice respecto del concurso preventivo en el caso del fideicomiso el CCCN.

DECONOMI

de grandes resonancias en tanto la ley no lo contempla, tal como recién se ha expresado.¹⁶⁷

Debe también señalarse que el art. 2 LCQ (sujetos concursales, sin olvidar que el sucesorio no es un sujeto de derecho) es una disposición de *índole general* que se aplica a todos los procesos contemplados por la ley 24522. Refuerza lo sostenido aquí la circunstancia de que en materia de quiebra *no existe una norma especial* relativa a los sujetos que pueden someterse a los distintos procesos, más allá de la que establece el mencionado artículo. Lo que en definitiva da lugar a la posibilidad cierta de someter a una quiebra el acervo hereditario; donde el término “concurso” debe leerse como genérico.

El art. 8 LCQ dispone que cualquiera de los herederos puede solicitar el concurso preventivo¹⁶⁸. De manera muy adecuada se ha precisado que el término “herederos” que se contiene la norma podría abarcar a otros sujetos. Por lo cual el supuesto resulta más amplio que el técnico –jurídico enunciado en el dispositivo legal. Así, puesto que también cabría admitir como sujeto legitimado al legatario de cuota o al legatario de cosa cierta. Y el cónyuge supérstite, que podría revestir o no el carácter de heredero, tampoco estaría desprovisto de esa facultad ¹⁶⁹

Un tanto o más arduo resulta establecer cuándo el sujeto peticionante del concurso puede ser o no considerado “heredero” como sujeto legitimado a los fines concursales. Parte de la doctrina entiende que el término legal debe ser interpretado en sentido amplio. En cambio otros, señalan que resulta necesario que se encuentre dictada la declaratoria de herederos para justificar la legitimación del peticionante¹⁷⁰

Sin embargo, el art. 2337 del CCCN establece que si la sucesión tiene lugar entre ascendientes, descendientes y cónyuge, el heredero queda investido en su calidad de tal *desde el día de la muerte del causante, sin ninguna*

¹⁶⁷ Igual conflicto se presenta, aunque inverso, en materia de fideicomiso

¹⁶⁸ Debió usarse el termino Concursos, de manera genérica, pues como se señaló nada impide solicitar tanto el concurso preventivo como la quiebra

¹⁶⁹ Ver Heredia, Tratado....T* 1 pág.350, que desarrolla con su proverbial solvencia la cuestión y analiza concienzudamente la doctrina civil y la concursal.

¹⁷⁰ Sobre el tema puede verse la extensa lista doctrinal que sostiene una y otra postura en “Concurso de la herencia en el Derecho Concursal Argentino...”; Gerbaudo, German; en Rev. Lex Mercatoria; Nro. 7; año 201

formalidad o intervención de los jueces. Lo cual inclina a pensar que la legitimación surge sólo con la justificación del vínculo con el causante. Y que al cónyuge, que puede ser o no heredero – como ya se señaló - , a los fines de esta norma se aplica la misma tesitura, es decir: que sus derechos y acciones nacen a partir de la muerte del causante con la mera acreditación del vínculo.

Finalmente, se debe destacar que las notas vertidas en el presente acápite son aplicables a la indivisión forzosa ya sea de índole contractual o testamentaria, en tanto y cuanto los bienes afectados constituyan una universalidad que entra en crisis de la insolvencia (art. 2330/31 CCCN).

III.- FIDEICOMISO Y CONCURSO: CONCURSO PREVENTIVO Y LIQUIDACIÓN O QUIEBRA

La figura del fideicomiso ha traído desde antaño un sinfín de inquietudes en distintos aspectos de su aplicación. Sin ánimo de simplificar tan complejos problemas jurídicos, principio por señalar que la caracterización del mismo es variable según su objeto; y por tanto, tal vez habría que elaborarse una doctrina que contemple la materia concursal, según fuera la característica del fideicomiso en cuestión.

Si como muestra vale un botón, nótese que la primera gran variante vinculada al objeto del contrato (sí, primariamente el fideicomiso es un contrato según el art. 1666 CCCN) estriba en que los bienes fideicomitados tengan un destino estático (trasmisión sucesoria, en su caso, garantía, etc.) o dinámico (emprendimientos comerciales, inmobiliarios, inversiones u otros negocios subyacentes) , lo que podría abarcar desde la mera gestión de patrimonios hasta actividades empresariales que son típicamente societarias.

En la notable complejidad del caso aparece también la circunstancia incontrastable de que el fideicomiso estuvo sometido histórica y simultáneamente a distintos ámbitos regulatorios; esto es: la Ley de fideicomisos 24441, el Código Civil (hoy CCCN), la Ley de Concursos y hasta la Ley de Sociedades Comerciales, según la mirada del intérprete, con diferentes principios y objetivos. Es de allí que no pueda alcanzarse fácilmente la

DECONOMI

homogeneidad de criterios y la materia interpretativa se ha tornado por demás *elástica*.

Sólo por ver la punta del iceberg señalaré algunos de los interrogantes que se plantean con asiduidad en caso de insolvencia del fideicomiso:

- 1.- Si es o no una persona jurídica;
- 2.- Si está o no sometido a *todas* las disposiciones de la LCQ frente a la insolvencia
- 3.- Si puede o no ser objeto de Concurso preventivo o de APE;
- 4.- Si quiebra o “se liquida”
- 5.- Cuál es el presupuesto objetivo de su insolvencia
- 6.- Cual es el presupuesto activo o legitimación formal y sustancial para requerir su concurso o liquidación.

No podrían obviarse además, las cuestiones relativas al registro del contrato, teniendo en cuenta las disposiciones del art. 1664 y 1669 del CCCN (Registro de bienes y Registro Público de Fideicomisos) de aplicación general; y la reciente Resolución de la Inspección General de Justicia que introduce otros recaudos registrales (Res.Gral. 33/2020)

Allí se establece la obligación del *doble registro* cuando al menos uno o más de los fiduciarios designados posean domicilio real o especial en jurisdicción de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. O cuando las acciones, incluidas las de las SAS, o cuotas sociales de una sociedad inscripta ante IGJ, o establecimientos industriales o comerciales ubicados en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires cuya transmisión se rija por la Ley N° 11867, formen parte de los bienes objeto del contrato de fideicomiso. O cuando existen bienes muebles o inmuebles que formen parte de los bienes objeto del contrato de fideicomiso, ubicados en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Además, en caso de que del contrato surja la obligación de emitir estados contables anuales, como modo de rendición de cuentas del fiduciario (en los términos del artículo 1675 del Código Civil y Comercial de la Nación) , se aplicará lo establecido en el Libro IV de la Resolución General N° 7/2015. Asimismo, si del contenido de la rendición de cuentas y/o de la documentación

DECONOMI

que la complemente surgiera que la actividad del fiduciario implica una modificación de la composición del patrimonio fiduciario, deberá inscribirse también dicho documento. La IGJ *verificará*, previo a practicar la inscripción, el cumplimiento efectivo de todos los requisitos de fondo y forma impuestos por el Código Civil y Comercial de la Nación.

No sería arriesgado considerar, frente a las facultades apuntadas, que la notable injerencia de la IGJ podría alterar los términos del contrato primigenio, el que se verá sometido a una nueva regulación emanada de esa autoridad de registro.

Debe también señalarse que el nuevo CCCN intentó regular el instituto de manera autosuficiente a pesar de sus remisiones legales. Nótese ello conforme aparece en los fundamentos incorporados al Capítulo 30, que sienta algunas incógnitas. Pero lo cierto y concreto es que la normativa falla a todas luces en materia de insolvencia, tal como se verá.

Por otra parte resulta de interés señalar que el art. 1670 CCCN dispone que puede ser objeto del fideicomiso todos los bienes que se encuentran en el comercio, incluso *universalidades*. En este último caso perdería su característica principal, que es la de escindir-se de otro patrimonio de titularidad de una persona natural o jurídica, visto que ésta habrá de transmitir todos sus bienes.

El meollo de la cuestión en materia concursal, se encuentra en el artículo 1687 CCCN que pasará a transcribir en lo pertinente para mayor claridad expositiva, subrayando los tópicos difusos.

ARTICULO 1687.- La insuficiencia de los bienes fideicomitados para atender a esas obligaciones, no da lugar a la declaración de su quiebra. En tal supuesto y a falta de otros recursos provistos por el fiduciante o el beneficiario según previsiones contractuales, procede su liquidación, la que está a cargo del juez competente, quien debe fijar el procedimiento sobre la base de las normas previstas para concursos y quiebras, en lo que sea pertinente.

DECONOMI

Se trata de una norma tan breve como sustanciosa y conflictiva, donde hemos señalado en el texto las cuestiones que merecen ser aclaradas; lo que de por sí marca su deficiente redacción. En primer lugar cuadra advertir que lo expresado en el sentido de que la liquidación del fideicomiso no daría lugar a la declaración de quiebra, es a mi juicio una mera disquisición semántica que hubiera sido preferible obviar, máxime considerando la expresa remisión a la LCQ y tal como lo que ha venido sosteniendo la doctrina desde mucho tiempo atrás.

Es un caso similar al de las aseguradoras y de las instituciones bancarias, que pese a la literal negativa que surge del art. 2 “in fine” de la Ley Concursal, en la práctica siguen las disposiciones legales en materia de quiebra y ajustan su procedimiento a lo allí reglado.

En el que nos ocupa, la propia norma establece el procedimiento a seguir, que no es otro que el contenido en el Título III de la LCQ. Alguna doctrina ha interpretado que se trata de un nuevo procedimiento concursal, con lo cual discrepo en tanto y cuanto es el mismo Código el que, en el artículo bajo análisis, se encarga de establecer cuál es el que corresponde lleva delante de manera coherente con el régimen de la quiebra.

Tampoco se expresa con toda claridad cuál sería el juez competente para intervenir en el proceso. Una interpretación lógica lleva a afirmar que se trata sin lugar a dudas del juez concursal, *competente en razón de la materia*, (insolvencia) según el domicilio fijado en el contrato. (Art.3 LCQ). Todo ello conforme la remisión que se formula a la propia Ley concursal.

También entiendo que la expresión “en lo pertinente” sienta dificultades interpretativas que merecen un comentario.

Primariamente todos y cada uno de los principios concursales resultarán de aplicación a la liquidación del patrimonio fideicomitado. No se encuentra ningún argumento válido para que el principio de igualdad entre los acreedores sea dejado de lado. Por el contrario, este principio necesariamente tiene que encontrarse presente en la liquidación del patrimonio, ya que su insuficiencia permite suponer que (más allá de que, en la teoría, puede existir el caso en que el desbalance sea financiero y no económico) los bienes del

DECONOMI

fideicomiso no alcanzarán para satisfacer a todos los acreedores. Así, ante la concurrencia de diversos acreedores sobre un mismo patrimonio se encienden los motores de la justicia distributiva, en la que todos quienes se hallen en igual situación merecen igual tratamiento¹⁷¹¹⁷²

Ello no obstante torna la cuestión un poco más dudosa cuando en el contrato se establece la existencia de créditos subordinados o privilegiados.

Bien es cierto que el fideicomiso no es una persona jurídica, razón por la cual en el escenario falencial no serían aplicables *los efectos personales de la quiebra*.

Y daré por anticipado algunas opiniones relativas a las demás secciones de la LCQ. Así y por ejemplo: nada impide aplicar al proceso concursal de un fideicomiso el instituto de la *Conversión* concurso preventivo (art.90 LCQ), aunque antes bien debiera definirse si el fideicomiso es susceptible o no de ser llevado a un proceso preventivo, cuestión que se analizará más adelante.

No habrá ninguna duda sin embargo, de que se aplican todas las normas relativas al *desapoderamiento; y al periodo de sospecha*. Se aplica asimismo las normas concursales inherentes a *los efectos sobre los contratos* (art. 143 y siguientes LCQ); a la incautación y administración de los bienes (art. 177 y ccds. Ley 24522) y toda la regulación relativa al *período informativo*.

Pero el tan extenso territorio normativo que en la liquidación surge con remisión a la Ley concursal, deja latente significativas dudas sobre el presupuesto objetivo y sobre el presupuesto activo, o sea, la legitimación procesal para solicitar la apertura del proceso.

Otra cuestión de relevancia estriba en establecer, si el fideicomiso puede liquidarse o no en forma privada. Me animo a ensayar una hipótesis *afirmativa*, teniendo en consideración que lo normado en el CCCN refiere al caso de que la decisión se someta a los tribunales competentes; y que en definitiva el

¹⁷¹ Junyent Bas, "La "insuficiencia" del patrimonio fideicomitado a la luz del art. 16 de la ley 24.441. El trámite liquidatorio: ¿Un proceso "extrajudicial" o "paraconcursal"?" La Ley Córdoba 2014 (agosto), 701.

¹⁷² CNCom., Sala C, La economía s/Quiebra s/Incidente de verificación de crédito de Rocha Mercedes del Tránsito, 8-II-2018, El Dial, AG4EF9.

DECONOMI

fideicomiso nace de un contrato que bien puede establecer otra forma de liquidación.

Nótese asimismo que la expresión “*insuficiencia de los bienes fideicomitidos*” no especifica cómo se determina la mentada insuficiencia. ¿Son insuficientes los bienes según valor contable? ¿Según valor de realización? ¿Es necesaria una valuación ad hoc? ¿Puede realizar esa valuación el acreedor peticionante de la quiebra? Estos son algunos de los interrogantes que plantea la doctrina¹⁷³ ; y que también se ha visto en la práctica según profusa jurisprudencia.

Cabe también preguntarse si la definición contenida en el CCCN remite o no al estado de cesación de pagos, tal como se encuentra entendido en materia de concurso preventivo o quiebra. O debe acercarse de un modo más elástico a lo normado respecto del APE.

Estas disquisiciones, que bien pueden también plantearse respecto de *cualquier otro* patrimonio de afectación, no tienen una respuesta unívoca y quedan sujetos a la interpretación que formule el Juez del proceso. De atenernos al art. 2 del nuevo CCCN por razones de coherencia legislativa y la remisión que efectúa el codificador a la LCQ, sería la normativa de esta última la que debe tomarse en cuenta (art.1 LCQ); aunque subsistirá la duda sobre el presupuesto objetivo del APE, que va de la mano con la postura que se adopte sobre la procedencia de aplicar ese proceso preventivo al fideicomiso.

En “Fideicomiso Estrella del Sur” y en “Fideicomiso Cándida” por ejemplo, se entendió que la insuficiencia de patrimonio era asimilable al estado de cesación de pagos contemplado en la LCQ.¹⁷⁴

De una conferencia brindada por los Dres. Chiavasa, Ruiz y Villoldo se extrae un abanico de supuestos contemplados en diferentes fallos para fundamentar también el presupuesto objetivo¹⁷⁵. En FIDAG :*interrupción del flujo de fondos*; en CALLE CHILE: *Imposibilita de ejecutar* el emprendimiento

¹⁷³ Véase por ej. Games-Esparza en «Fideicomiso y Concursos». Ed. Depalma.

¹⁷⁴ JNCom. N° 28, Sec. N° 55, Fideicomiso Cándida le pide la quiebra Altur Financiam S.A., 28-IX-2018, inédito.; en igual sentido “Fideicomiso Oil Trust

¹⁷⁵ Seminario Anual del Instituto de Derecho Comercial; 22-04-2020

DECONOMI

inmobiliario; HOLMBERG: *vencimiento del plazo de devolver sumas aportadas*; en LAGUNA DEL SAUCE: *vencimiento del plazo para finalización del fideicomiso, insuficiencia del patrimonio e inviabilidad empresarial*; en TOXODIUM y TOULOUSE: *confesión sobre la imposibilidad de cumplir el objeto del fideicomiso*; en OIL TRUST: *abandono de la planta de biodiesel*; en ESTRELLA DEL SUR: *bienes insuficientes para el cumplimiento del contrato de fideicomiso*. Como se verá la enumeración es muy amplia e ilustrativa, pero bien puede suponerse que la mayoría de los supuestos fácticos contemplados constituyen una variante de los *hechos reveladores* de la cesación de pagos, que contempla el art. 79 LCQ.

No menos importante será la determinación de la *legitimación concursal* para solicitar la quiebra (o el concurso, o el APE). En primer lugar cabe decir que los acreedores, sin duda, se encuentran legitimados como en todo proceso concursal.

La cuestión es menos clara cuando se trata de establecer la legitimación del fiduciario. Ello así pues, si bien y *a priori* el fiduciario válidamente lo está, puede darse que se le hubiera vedado en el contrario. No obstante, en general, la jurisprudencia no ha puesto reparos para que sea el fiduciario quien requiera la liquidación del patrimonio por él administrado. Así, en fallos dictados por el Juzg. Nac. 1ª Inst. Com. N° 9, Sec. 17, Fideicomiso Holmberg 3924 s/pedido de quiebra, 11-V-2015, inédito. JNCom. N° 7, Sec. N° 14, Fideicomiso Marine & Oil s/Pedido de quiebra promovido por Chichello Quiros, Carlos Fernando, inédito. 45 JNCom. N° 20, Sec. N° 40, Fideicomiso Jujuy 1875 (fiduciario Avati, Pablo Gustavo) le pide la quiebra Otero, Martín, 22-III-2018, inédito. 46 JNCom. N° 20, Sec. N° 40, Fideicomiso Jujuy 1875 (fiduciario Avati, Pablo Gustavo) le pide la quiebra Otero, Martín, 05-X-2018, inédito. 22 Fideicomiso Fidag, Fideicomiso Laguna del Sauce, Fideicomiso Taxodium Vida Park (II), Fideicomiso Calle Chile, Fideicomiso Las Calas y Fideicomiso Montevideo, los fiduciarios pidieron la liquidación judicial del fideicomiso y la pretensión fue admitida por el Juez.¹⁷⁶

¹⁷⁶ Bustamante, Eduardo M. Tesis de Derecho Aplicado, La liquidación de los bienes fideicomitidos; Univ. Austral.

DECONOMI

En cambio, los fiduciantes no son acreedores del fideicomiso (salvo que concurra en la misma persona la calidad de fiduciante y beneficiario o fideicomisario). Sin perjuicio de ello, al haber originado la creación del patrimonio especial mediante la transferencia de la propiedad fiduciaria y siendo que además lo hiciera a favor de los beneficiarios y fideicomisarios, se entiende que existe un interés que los habilita a requerir la liquidación judicial del patrimonio. Así se sostuvo en “Fideicomiso Sofol”, que tuvo la particularidad de que la sociedad fiduciaria había sido declarada en quiebra. Allí, el Juez interviniente entendió que esta circunstancia traía aparejada la “imposibilidad jurídica” de concluir el emprendimiento, opinión no siempre compartida, dado que la quiebra del fiduciario solamente puede generar su cese en dicho rol, por aplicación de lo establecido en el artículo 1678, inciso d, del CCCN.

Sin perjuicio de ello, en atención a la inexistencia de un fiduciario a quien correr traslado del pedido de liquidación, se entiende que debió citarse a las restantes partes del fideicomiso, a fin de que pudieran hacer valer sus derechos. Este temperamento hubiera sido el acertado, en tanto al contratar, los fiduciantes le otorgan al fiduciario la facultad de administrar el patrimonio fideicomitado y, además, confían en que el fiduciario los protegerá debidamente. Lo cual presupone la obligación de contestar y repeler las demandas que se le inicien e inclusive probar la suficiencia del patrimonio para atender a sus obligaciones en caso de que fuera requerida la liquidación judicial. Por ello, ante la ausencia de un fiduciario, los derechos de los fiduciantes no pueden quedar completamente desguarnecidos, lo que se puede subsanar mediante la intervención directa de éstos.¹⁷⁷

En cuanto a las acciones de recomposición patrimonial en la quiebra, surgen cuanto menos dos cuestiones: cuales proceden y quien es el sujeto legitimado para promoverlas.

No existen dudas desde mi punto de vista que la ineficacia concursal y las acciones de responsabilidad, en el caso contra el administrador-fiduciario, son procedentes en materia de fideicomiso. Y en cuanto a la legitimación activa, incluirá no solo al acreedor, sino también al fiduciario.

¹⁷⁷ Bustamante, ob. Cit.

DECONOMI

Ahora abordaré la factibilidad de someter al fideicomiso al Concurso Preventivo. Adelantando mi postura positiva, habré de recurrir a las fundadas razones esbozadas en el conversatorio que fue referido al inicio, desplegadas con máxima solvencia por el Dr. Javier Lorente, no sin advertir que la mayoría de la doctrina sostiene una postura opuesta.

Debe subrayarse que aunque el fideicomiso no es una persona jurídica, no deja de ser un centro de imputación de derechos y obligaciones, que tiene un patrimonio propio y en muchos casos una actividad económica dinámica. Y que en nuestro derecho positivo rige la norma constitucional del art. 19 CN del cual se desprende el paradigma de que lo que no está prohibido es permitido.

De otro lado y como ya se señalara, se impone respetar el principio de congruencia legal emanado del art. 2 del CCCN. En el caso, por abierta remisión a la ley concursal y sobre la base de que existe una insolvencia patrimonial no cabe más que atenerse a las reglas de la *concuralidad*.

También es cierto, tal como se señalara, que en la evolución del Derecho Concursal moderno, las soluciones preventivas se privilegian frente a las liquidativas, donde se advierte una escasísima posibilidad del recupero de los créditos concurrentes. Nótese si no, el lamentable resultado al que se arribara en la liquidación del fideicomiso “Estrella del Sur”¹⁷⁸ donde los adquirentes de unidades en dólares, que en muchos casos habían abonado más de la mitad del precio, obtuvieron un recupero cercano al 12% de los fondos invertidos.¹⁷⁹

Es dable consignar asimismo, que el fideicomiso no fue expresamente excluido del marco de la Ley concursal. Y que en el art. 2 de la LCQ se contempla tanto a los sujetos personas humanas y Jurídicas, como a *los patrimonios de afectación*. Por lo tanto los conflictos relativos a la insolvencia no se atienden solamente en relación al patrimonio de las personas, sino que la ley toma en cuenta también los patrimonios separados de uno o varios sujetos de derecho.

¹⁷⁸ Fideicomiso Estrella del Sur s/Liquidación; CNCom. Sala D

¹⁷⁹ A mayor abundamiento puede señalarse que el tribunal consideró con acierto que las normas del CCCN no son suficiente para tratar la materia.

DECONOMI

Señala muy bien Lorente¹⁸⁰, que el art. 4 de la ley de concursos (concursos declarados en el extranjero) da lugar a la apertura del concurso en el país respecto de los bienes aquí situados; debiendo remarcarse además, que los *acreedores se encuentran legitimados* para solicitar la apertura del concurso en el país respecto de los mencionados bienes. Dicho de otro modo, el concurso declarado en el país recae sobre un patrimonio de afectación distinto del que corresponde al concurso o quiebra abierto en el extranjero.

Cuadra finalmente añadir que de los preceptos emanados de la quiebra transnacional, una persona o un patrimonio puede ser sujeto de distintos procedimientos.

De otro lado pareciera que la negativa a que quiebren los fideicomisos, que viene del art. 16 LF 24441, apunta a los patrimonios fideicomitidos de carácter *estático*, pero no puede válidamente aplicarse a los de carácter dinámico que –como ya dijimos reiteradamente– ejercen una actividad comercial o empresaria permanente que los emparenta con las sociedades comerciales. Finalmente, la pretensión de que no quiebren, parece emanar de un voluntarismo meramente declarativo.

Tal vez un poco más arduo pudiera ser la cuestión del APE. Pero en vistas del ya mencionado sustento legal que emana de la Constitución Nacional, de las enseñanzas del Derecho comparado y de los resultados que en la práctica producen los procesos liquidatorios, no caben dudas sobre la preferencia que debiera existir para los acuerdos privados y procedimientos pre o para-concursales por sobre la quiebra.

Nótese que aún en el supuesto que se adjudicara al APE una naturaleza *contractual*, tema que desvela a la doctrina, encontrándose en la vereda opuesta los que propugnan la naturaleza *concurstral* del instituto, las conclusiones no debieran ser diferentes. Claro que sin poder obviarse la homologación judicial como recaudo de oponibilidad *erga omnes*. Y que desde cualquiera de esas perspectivas, la factibilidad de recurrir al APE se fundamenta

¹⁸⁰ Tercer conversatorio; UNC y demás entidades.

DECONOMI

en las mismas consideraciones que se han expuesto sobre la posibilidad cierta de someter el fideicomiso al concurso preventivo.

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 daño¹”. 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 ², 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.

¹ 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).

² 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 concursalidad 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 concursalidad, 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-19³) que repercuten de

³ 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 salud⁴, los derechos del niño⁵, las personas vulnerables e hipervulnerables, personas de edad avanzada⁶) 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 Fava⁷, 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/ quiebra⁸, 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 controvertidas⁹; 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.

⁴ 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.

⁵ 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.

⁶ 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.

⁷ 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)

⁸ 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.

⁹ 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 necesidades¹⁰.

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.

¹⁰ 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 concursal¹¹.

¹¹ 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

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 concursal¹².

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 concursal¹³.

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

¹² 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.

¹³ 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*¹⁴.

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

¹⁴ 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 anticautelares¹⁵” 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*

¹⁵ 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 posconcurso¹⁶.

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 clamando¹⁷. 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 país¹⁸.

¹⁶ 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.

¹⁷ 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>

¹⁸ 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 viraje¹⁹.

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 Maliandi²⁰, 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.

¹⁹ 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>

²⁰ Maliandi, R. (2004). *Ética: 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 incorporó²¹.

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 acuerdo²². 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 familiar²³ y como consecuencia de ello del reacomodamiento de

²¹ 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.

²² 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.

²³ 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 humanos²⁴, 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 materia²⁵. 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*²⁶.

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.

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

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

²⁶ 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;²⁷
- 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;²⁸

²⁷ 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.

²⁸ 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 Cámara²⁹ 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 discutible³⁰, 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.

²⁹ Cámara, Héctor, La falencia de la falencia, RDCO 1980-393

³⁰ 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.