



# DECONOMI

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

**HOMENAJE AL PROF. EMÉRITO DR. HÉCTOR ALEGRIA**

AÑO VI - NÚMERO 18 - ABRIL DE 2023

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**

## 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

<a href="#">Nota del director</a> por <b>Héctor Osvaldo Chomer</b>	Pág. 5
<b>Doctrina</b>	
<a href="#">“La persona jurídica y la inoponibilidad de la personalidad. Un erróneo criterio de aplicación responsabilizador.”</a> por <b>Marcelo Barreiro</b>	Pág. 6
<a href="#">“Derecho concursal laboral y la actual jurisprudencia”</a> por <b>Gabriela Fernanda Boquin</b>	Pág. 17
<a href="#">“Las reestructuraciones en la ley concursal española tras la incorporación de la directiva 2019/1023: su impacto sobre los administradores societarios”</a> por <b>Ana Belén Campuzano</b>	Pág. 41
<a href="#">“Un tema clásico del <i>labyrinthus creditorum</i>: las deudas de la masa”</a> por <b>Ariel A. Dasso</b>	Pág. 80
<a href="#">“Transversabilidad del derecho laboral y el régimen concursal argentino”</a> por <b>Alfredo Alesio Eguiazu</b>	Pág. 107
<a href="#">“Dinero, criptomoneda y moneda digital ¿Hacia dónde vamos?”</a> por <b>Eduardo N. Farinati</b>	Pág. 148
<a href="#">“Exclusión del cómputo de las mayorías del acuerdo preventivo concursal y cuestión de género”</a> por <b>Darío J. Graziabile</b>	Pág. 187
<a href="#">“La liquidación falencial y los terceros vulnerables: nuevos desafíos de la concursalidad”</a> por <b>Ángel Luis Moia</b>	Pág. 212
<a href="#">“La responsabilidad de los directivos en la proximidad de la insolvencia”</a> por <b>Cecilio Molina Hernández</b>	Pág. 228
<a href="#">“Crisis societarias y responsabilidad de administradores y socios de control”</a> por <b>Efraín Hugo Richard</b>	Pág. 252
<a href="#">“La <i>business judgment rule</i> en el ordenamiento jurídico argentino”</a> por <b>Lorena R. Schneider</b>	Pág. 281
<a href="#">“(In)convencionalidad del régimen de privilegios en la ley concursal argentina”</a> por <b>Alejandra N. Tevez</b>	Pág. 306
<a href="#">“En búsqueda de un punto de equilibrio entre una solución justa y su razonable previsibilidad. Equidad vs certeza”</a> por <b>E. Daniel Truffat</b>	Pág. 316
<a href="#">“La cooperación interjurisdiccional: una necesidad en los procesos de insolvencia internacional en Argentina”</a> por <b>María Elsa Uzal</b>	Pág. 322



# DECONOMI

## Nota del Director

### ***HOMENAJE AL PROFESOR EMÉRITO DOCTOR HÉCTOR ALEGRIA.***

El homenaje es la celebración que se rinde a la trayectoria de un grande, destacado en una disciplina.

Un gran Maestro como Héctor Alegria merece tal reconocimiento que, de seguro, será insuficiente comparado con la medida de sus grandes aportes y enormes méritos.

En ese escenario, que revela el seguro desequilibrio entre las enseñanzas recibidas del Maestro y nuestro sincero pero inevitable escaso reconocimiento, lo fundamental es expresar un perdurable sentimiento agradecido por todo su invaluable legado.

Profundo y generoso en su actividad académica y leal en el ejercicio profesional, el Maestro Alegria es ejemplo virtuoso para todos los que abrazamos el Derecho.

El 10.4.23 el Departamento de Derecho Económico y Empresarial, que dirijo, organizó una jornada en homenaje al gran Maestro y, completando esa actividad, hemos pensado que la reunión y aporte de destacados autores servirá para pagar algo más de la deuda eterna que mantenemos con el profesor Alegria.

Como siempre, esperamos que estas contribuciones que hoy presentamos y que agradecemos, sean del agrado y utilidad de nuestros lectores y, además y en este particular caso, sirvan también como un mínimo pero sincero aporte agradecido al gran Maestro.

Gracias Profesor Alegria, gracias Maestro.

***Héctor Osvaldo Chómer***



## **“La persona jurídica y la inoponibilidad de la personalidad. Un erróneo criterio de aplicación responsabilizador.<sup>1</sup>”**

por Marcelo Barreiro

### **I.- Personalidad y capacidad:**

El Código Civil y Comercial de la Nación<sup>2</sup> prevé en sus arts. 141 a 224 en sus arts. 141 a 224 la normativa aplicable a la persona jurídica privada. El reconocimiento de personalidad para los entes no humanos tiene su fundamento en el principio de raigambre constitucional de “Asociarse con fines útiles” previsto en el art. 14 de nuestra carta magna.<sup>3</sup>

Siendo claro que la personalidad que poseen las personas jurídicas importa la clara distinción de imputación y patrimonios entre ellas y sus miembros (art. 143 C.C.C.) desde el mismo momento de su constitución (art. 142 C.C.C.).

El C.C.C. (art. 141) define a estas como “Todos los entes a los cuales el ordenamiento jurídico les confiere aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones para el cumplimiento de su objeto y los fines de su creación”. Se crea así un centro de imputación personificado no humano.

Parecería concederse, conforme dicha definición una personalidad limitada a este nuevo sujeto de derecho (abrevando en el principio de especialidad) atento que la misma se define siempre y cuando sea para el cumplimiento del objeto y los Fines de su creación (causa fin). Parece ir en la misma sintonía la referencia a que la personalidad es **conferida** que trae la norma mencionada.

---

<sup>1</sup> El presente trabajo se enmarca en el número especial de DECONOMI en homenaje al profesor emerito Hector Alegria y a la Jornada en tal sentido organizada por el Departamento de Derecho Economico Empresarial UBA y el Instituto Argentino de Derecho Comercial que tengo el honor de presidir. Agradezco desde ya el honor de poder participar, una vez mas, de tan justo homenaje a este notable jurista, maestro de varias generaciones, siempre adelantado y ayudandonos a comprender el derecho mercantil por venir.

<sup>2</sup> En adelante C.C.C.

<sup>3</sup> Podemos remitirnos a los arts. 16 de la Convención americana Derechos Humanos y art. 22 de la Declaración americana de los Derechos y deberes del hombre entre muchos otros textos convencionales (que constituyen hoy una suerte de derecho suprallegal) referencia indiscutibles al mismo principio.





# DECONOMI

Ahora bien, es cierto que la personalidad es un recurso otorgado sobre la base de un reconocimiento claro a una característica existencial y esencial del ser humano: unir fuerzas y recursos con otros seres humanos con el objeto de realizar empresas que en soledad, se dificultan o se imposibilitan. Por lo que, en nuestro criterio y a pesar de lo que pareciera surgir de la definición del C.C.C. mencionada, en el histórico debate de las razones justificantes del reconocimiento de personalidad a estos entes entre las teorías normativistas y las realistas, nos parece un hallazgo la definición de este instituto como “realidad jurídica” en el apartado 2 de la exposición de motivos de la ley 19.550<sup>4</sup>, que muestra a las claras que el derecho con ese reconocimiento regula una situación fáctica preexistente a la que considera beneficiosa, lo que nos aleja de entender a las personas jurídicas como ficción pura o una graciosa concesión del poder estatal.

Esta definición de realidad jurídica de la ley 19.550 es claramente más abarcativa y reconoce una realidad preexistente que merece ser regulada y que responde al instinto gregario del hombre. Así conforme Ferrara señalaba: “el legislador encuentra la personalidad en la realidad social, la modela y la plasma como ente único, dándole una propia individualidad jurídica. La persona jurídica no es un instrumento técnico de laboratorio, el legislador ha encontrado esta forma rudimentaria en la vida y no ha hecho más que seguir la norma de la concepción social”. De hecho el ejemplo más claro de ello resulta la sociedad de hecho (hoy sociedad simple o básica o de la sección IV) la más constituida en nuestro país a pesar de su déficit histórico de regulación legal.

Como sostiene Junyent Bas: “3) El CCyC presenta un concepto que integra la posibilidad de convertir una realidad socioeconómica en una realidad jurídica, a través de un procedimiento técnico jurídico... 4) Por lo recientemente señalado se infiere que el Estado “reconoce” la personalidad jurídica, no la “confiere”. Es decir, mas allá de la literalidad del texto hay un claro reconocimiento por parte del Estado de esa realidad preexistente que se regula.

---

<sup>4</sup> Referido a las sociedades en la exposición de motivos de la 19.550 pero que aplica también a las personas jurídicas no societarias.



# DECONOMI

Empero, y volviendo a la definición prevista en el art. 141, parecería apartarse así el C.C.C. de la pacífica doctrina y jurisprudencia no limitativa de la personalidad al relacionar la capacidad del sujeto con el “cumplimiento de su objeto y los fines de su creación”. Esto parece ir en sentido contrario a las tendencias actuales del derecho societario que postulan una cada vez mayor igualación de las capacidades de los entes jurídicos con las personas humanas (donde el principio es la capacidad, entendiéndose que todo lo que no está prohibido está permitido).<sup>5</sup> Intentaremos justificar porque, en nuestro criterio ello no es así, sino esencialmente lo contrario.S

Se ha sostenido que: “Cuando el legislador regula las personas jurídicas, se está ocupando de un derecho fundamental en toda la sociedad democrática: el derecho de asociación. Sin la posibilidad de unirnos para ejercer una industria lícita o de agruparnos para llevar adelante una obra de bien común, nuestras vidas carecerían de sentido; esa organización nos potencia, nos permite crecer, difundir una obra, llevar adelante una idea con la colaboración de otros. A través de grupos asociacionales, el ser humano se realiza socialmente, potencia su posibilidad de actuar en actividades conjuntas dentro de la sociedad en que se encuentra inserto. El hombre, unido a sus semejantes, ha sido históricamente protagonista de las mayores nobles empresa”<sup>6</sup>. De allí aquello de la “realidad jurídica” y de la amplia capacidad que a dichos entes debe reconocerse en tanto y en cuanto el estado no concede sino reconoce una realidad preexistente.

Sostiene Covi<sup>7</sup> que “Que el CCyC no reproduzca la regla del artículo 41 del Código de Vélez, tiene una explicación lógica e histórica. Las limitaciones que en otras épocas de la historia tuvieron las personas jurídicas para ser

---

<sup>5</sup> Ver ponencia en XXVI JORNADAS NACIONALES DE DERECHO CIVIL, La Plata 28, 29, 30 de septiembre de 2017, Comisión N° 2, Parte General: “Personas Jurídicas Privadas”, presentada por la Dra. María del Carmen Cerutti, Profesora Titular y Ab. Evangelina Inés Suárez, Profesora Ayudante de Derecho Privado I, de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba.

<sup>6</sup>López- Nieto y Mallo, Francisco, citado por Covi, Luis Daniel; “La parte General de las Personas Jurídicas en el Código Civil y Comercial de la Nación”, en Revista de Derecho Privado y Comunitario –Personas Jurídicas- 2015-2, Buenos Aires, 2015, p. 40, citado en la ponencia de la profesora Cerrutti antes referida.

<sup>7</sup> XXVI JORNADAS NACIONALES DE DERECHO CIVIL COMISIÓN NRO. 2: parte general tema: personas jurídicas privadas, Ponencia: LA CAPACIDAD DE LAS PERSONAS JURIDICAS.





# DECONOMI

titulares de determinados derechos quedaron hoy atrás, y ya no necesario, como hacía el Código derogado, establecer de manera expresa equiparación de las personas humanas con las personas jurídicas en materia de capacidad”.

En nuestra consideración, podría entenderse que el Código confunde en la definición del art. 141 la capacidad del ente con la oponibilidad de sus actos, mecánica mediante la cual la ley atribuye un hecho, acto o situación jurídica a determinada persona, contrariando la disposición del art. 58 LGS, de aplicación preferente en materia de sociedades, y que hace inoponible al ente aquellos actos del administrador notoriamente extraños al objeto social. Esta es la posición que entendemos correcta y que en definitiva adopta la LGS (y como veremos a continuación en una correcta interpretación también el C.C.C.), evitando expedirse sobre la nulidad o anulabilidad de negocio celebrado, limitándose a eximir de responsabilidad al ente por el mismo -y no al sujeto integrante del órgano que cometiera la infracción-, de suerte tal que aquel puede ser ratificado asambleariamente. Es en definitiva una cuestión de imputabilidad del acto a ente, no de capacidad donde no se le imputaran solo los actos notoriamente extraños. Cabrá en tal caso evaluar si habrá de requerirse para la ratificación del acto la unanimidad, o bien bastará con el voto mayoritario (discutiéndose incluso si ello habilita a los disidentes a ejercer el receso).<sup>8</sup>

Siguiendo en dicha sintonía, y profundizando en la cuestión de la amplia capacidad de los entes jurídicos -en contrario de lo que dicha interpretación literal del texto parecería indicar- se ha sostenido en doctrina<sup>9</sup> que “La disposición contenida en el art. 141 del Código Civil y Comercial de la Nación no sólo no consagra la teoría del ultra vires, sino que permite aseverar que ella debe considerarse descartada, por lo que hoy no pueden subsistir dudas acerca de que el objeto social no limita la capacidad de las sociedades”. Frente a la histórica discusión planteada en torno a si el objeto social limitaba o no la

---

<sup>8</sup> Ver Junyent Bas, Francisco y Junyent de Sandoval, Beatriz, ponencia citada.

<sup>9</sup>Villanueva, Julia, “El objeto social y la capacidad de las sociedades” ponencia presentada en el XIII Congreso Nacional de Derecho Societario y IX Congreso Iberoamericano Societario y de la Empresa, 14; 15 y 16 de Setiembre de 2016, Mendoza, Tomo 1, pág. 241). En sintonía, los autores de la presente obra en ponencias en el XIV Congreso Argentino de Derecho Societario – X Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa - “Hacia el nuevo derecho societario”, que tuvo lugar en la ciudad de Rosario los días 4, 5 y 6 de setiembre de 2019, titulada “El objeto social como elemento facultativo del contrato social en la sociedad cerrada”.



# DECONOMI

capacidad de la sociedad, dicha autora refiere que: “La norma que protagonizó el debate fue el art. 35 del derogado Código civil, que prescribía: “Las personas jurídicas pueden para los fines de su institución, adquirir los derechos que este Código establece, y ejercer los actos que no les sean prohibidos”. Hubo quienes interpretaron que de esa disposición se desprendía que todas las personas jurídicas se hallaban sometidas al denominado “principio de la especialidad” conforme al cual su objeto limitaba su capacidad, entendiéndose consagrada allí la teoría del ultra vires de origen anglosajón. Otros, en cambio, concluyeron que los “fines de la institución” mencionados en esa norma no involucraban al objeto social. Y ello pues, mientras este último estaba formado por la descripción de la categoría o distintas categorías de actos que la persona jurídica se proponía realizar de modo continuo y dinámico, aquellos –esto es, los “fines de la institución”- concernían o a los propósitos genéricos que movilizaban a las personas a agruparse y a actuar colectivamente, independientemente de cuál hubiera sido el objeto que se hubieran propuesto desarrollar, o a los fines últimos tenidos en mira al agruparse, o sea sus resultados (artículo 1, ley 19.550)”.

Para esta autora – en posición que compartimos - con claridad meridiana la doble mención al objeto y a los fines de la creación, no puede significar otra cosa que ambos son distintos lo que de modo claro determina una ampliación de la “capacidad de la sociedad”. Así, sostiene: “claro resulta que esa forma de legislar no fue una inadvertencia o una repetición innecesaria, sino que, por el contrario, fue una toma de partido acerca de que el objeto no limita la capacidad de estas personas, quienes, además de los actos vinculados a su objeto, podrían realizar todos los que pudieran entenderse justificados por los “fines de su creación”.<sup>10</sup>

En definitiva, más allá de lo que parece surgir de la definición del art. 141 C.C.C. entendemos que la propia regulación que surge de dicho marco normativo así como de la ley 19.550 (el microsistema que aplica prioritariamente para la forma societaria) muestran a las claras que dicha concesión no es graciosa ni puramente ficticia.

---

<sup>10</sup> Y ello se ve abonado con la doctrina mayoritaria que apunta a que, ante la duda, el acto debe imputarse al ente (Zaldívar, Juan Carlos, “Cuadernos de derecho societario”, Vol. I, pág 297, Nissen, Ricardo, “Ley de Sociedades Comerciales”, Edit. Abaco, Tomo II, 1996, pág. 37.



# DECONOMI

En el mismo sentido coincidimos con que “tampoco es acertado vincular la capacidad de la persona jurídica con su finalidad o con los fines de su creación. La causa fin que pueda tener la persona jurídica no tiene relación con su aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones ni, por tanto, con su capacidad”.<sup>11</sup>

Como sostiene Junyent Bas<sup>12</sup>: “Cabe afirmar que la personalidad que ostentan las personas jurídicas es plena y, en rigor, puede realizar todo tipo de acto sin limitaciones de ninguna especie. Por ello, la actuación en el ámbito de su objeto y fines de la creación no es un tema que afecte la capacidad del ente, sino que hace la imputabilidad de los actos. En una palabra, cuando los actos excedan el objeto, no serán imputables a la persona jurídica, y responsabilizarán directamente a quien los haya realizado, en infracción al estatuto o contrato constitutivo, tal como magistralmente lo enseñara durante años la doctrina societarista”

En concordancia con el reconocimiento de la personalidad, el CCCN dispone que aquella – la persona jurídica- es distinta de la de los socios o miembros, los que no responden por las obligaciones del ente excepto en los supuestos que expresamente dispongan las leyes (art. 143 ). Pues bien a dicho blindaje respecto de los miembros del ente (que en las sociedades que así lo prevén solo responden por su aporte) puede dejárselo de lado en determinados y excepcionales supuestos: como sucede con la desestimación activa directa prevista en el art. 54 ter LGS o en el art. 161 de la ley 24.522 entre otros.

## **2.- Inoponibilidad, limitación de responsabilidad y responsabilidad de administradores.-**

Hecha la aclaración sobre el alcance la capacidad de las personas jurídicas en nuestro concepto, cabe referir que algunos de los tipos societarios que prevé la legislación societaria adosan a la circunstancia de la personalidad

---

<sup>11</sup> MANOVIL, Rafael M., Temas de personas jurídicas y contratos en el nuevo código, (Comunicación del académico ante la Academia Nacional de Derecho), La Ley Online; AR/DOC/401/2015.

<sup>12</sup> Francisco y Junyent de Sandoval, Beatriz, ponencia citada.



# DECONOMI

antedicha un agregado singular: la limitación de la responsabilidad de los socios o integrantes de la sociedad al aporte. En nuestro país la mayoría de las sociedades que se constituyen poseen dicho atributo (más del 95%).

Esta limitación de responsabilidad ha sido un acicate para la utilización de las figuras societarias como creadores y propagadores de la riqueza pero, a la vez, constituye un obstáculo en un mundo de “derechos insaciables”<sup>13</sup> para afrontar las eventuales responsabilidades patrimoniales frente a los terceros, constituyéndose la “sociedad” en un valladar a tal fin.

De allí que, volviendo sobre un tema que ha requerido nuestra atención en diversas oportunidades, ha habido un intento en nuestro país – y en el mundo<sup>14</sup> - en los últimos años de ampliar el marco de responsabilización frente al fenómeno societario para administradores y socios, alejándose de la idea de blindaje que la figura societaria parecía otorgar. Las crisis económicas sucesivas en ambos órdenes geográficos, con el consecuente impago extendido, han sido un escenario que abonó la idea de encontrar mecanismos de responsabilización más amplios, más profundos y más sencillos de aplicar pretendiendo dejar de lado la división patrimonial y de imputación que la sociedad importa desde el mismo momento de su creación.<sup>15</sup>

---

<sup>13</sup> Sobre este mundo de derechos insaciables ver Pintore, Ana, “Derechos insaciables” en “Fundamentos de los Derechos Fundamentales”, Madrid 2005, quien critica éstos por entender que pueden poner en riesgo la Democracia, con lo que coincidimos.

<sup>14</sup> V Congreso Español de Derecho de la Insolvencia (CEDIN) y IX Congreso del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal (IIDC) que tuvo lugar los días 11; 12 y 13 de mayo de 2013 en Palma de Mallorca, España, llevaba por título “La calificación del concurso y la responsabilidad por la insolvencia” en donde se vieron intentos denodados por quitar a la cesación de pagos del marco del riesgo empresario para crear o fomentar la creación de acciones de persecución patrimonial en un amplio número de supuestos.

<sup>15</sup> Ello, como contrapartida al crecimiento de los fenómenos de autoregulación (por vía de la consagración de la más amplia autonomía de la voluntad) en el fenómeno societario (ver nuestro trabajo: El nuevo paradigma del derecho societario (Otra vez “del traje de confección al traje de medida”) en “Crowdfunding y Sociedades por acciones simplificadas”, publicación anual del Instituto Argentino de Derecho Comercial, año 2018, pág. 105, Ediciones Didot, Embid Irujo, José Miguel, “El significado de la tipología societaria en el derecho de sociedades contemporáneo”, “La tipología de las sociedades mercantiles”, Grupo Editorial Ibañez, Bogotá, Colombia, 2017, pág. 25, ARAYA, Miguel: “Las transformaciones en el derecho societario”, (Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba 2002), PAILLUSSEAU, Jean, “La modernización del derecho de las sociedades comerciales”, LA LEY, 1997-E, 1408/30, PÉREZ HUALDE, F., “La autonomía de la voluntad como nota tipificante de la Sociedad por Acciones Simplificadas”, LL 03/11/2017 entre muchos otros.



# DECONOMI

En nuestro país han sido los Tribunales Nacionales Laborales<sup>16</sup> quienes han hecho uso -y a veces abuso en nuestro criterio- del instituto jurídico que permite dejar de lado la personalidad para ir contra quienes se encuentran detrás de ella,<sup>17</sup> lo que ha generado que se hable incluso de una “crisis de la personalidad societaria”.<sup>18</sup>

Como consecuencia de ello, a la crítica que se hizo a los Tribunales durante años de la subutilización del instituto en sede de los Tribunales de Comercio, le siguió una igual de contundente derivada de la a veces “aplicación automática”<sup>19</sup> del instituto que se ha dado en sede laboral sin un adecuado desarrollo ni análisis<sup>20</sup>, o en una mezcla acrílica e inadecuada con el propio

---

<sup>16</sup> Quizás por aplicación de la referencia contenida en el fallo de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sala VI (CNTrab - SalaVI), 28/02/2000, “Miguez, Gabriel O. c. Gordon, Juan C.”, LA LEY2000-D, 331 - DT2000-A, 1258, AR/JUR/1153/2000) que sostuvo:1. El fenómeno de las empresas quebradas con empresarios solventes está mostrando la falsedad del uso indebido del tipo societario, que no es otra cosa que el fraude a la ley, supuesto en el que corresponde la aplicación del art. 54 de la ley de sociedades comerciales (Adla, XLIV-B, 1319) e imputar al socio demandado por los ilícitos que consintiera”. Y alguna doctrina que ha ido dando fundamento a ello: MARTORELL, Ernesto, “Nuevos estudios societarios. Responsabilidad solidaria de directores y socios de sociedades anónimas por fraude laboral”, LL, t. 1999-F, 839.

<sup>17</sup> A partir de dos casos de la Sala III *in re* Delgadillo Linares c/Shatell S.A., en 11/4/1997, TySS, 2000-667 y Duquelsy, Silvia c/Fuar S.A., en L.L. 1999-B-1, aunque en este último supuesto luego de un amplio desarrollo de la interpretación del art. 54 *ter*, se aplicó el art. 59 de la ley 19.550. Entre muchos otros: Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, CNTrab, SalaX, 31/07/2000, “Palomeque, Aldo R. c. Benemeth S.A. y otros”, que después tuvo el comentado fallo de la CSJN, LA LEY 2001-B , 539, con nota de redacción; DJ2001-2, 434, AR/JUR/3115/2000, Sala VII, 28/06/2004, Laguardia Mónica C. c. Tasula S.A y otros. La Ley Online AR/JUR/2624/2004.[23] CNTrab., Sala VII, 21/05/2009, Cueba, Claudio Antonio c. Palacio Alsina S.A y otros s/ despido. La Ley 2010-A-566.

<sup>18</sup> Ver Molina Sandoval, Carlos, “La desestimación de la personalidad jurídica societaria”, Edit. Abaco, año 2002, pág. 182, y también nuestro trabajo “**La inoponibilidad de la personalidad jurídica**”, en “**Tratado de los Conflictos societarios**” coordinado por el Dr. Diego Duprat, Tomo I, pág. 155 y sgtes., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2013-.

<sup>19</sup> Caso arquetípico son los fallos en donde se aplica el art. 54 *ter ante* la existencia de una parte del salario abonado en negro respecto de un trabajador (Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sala III(CNTrab. - SalalIII), 28/09/2007, “Vizcarra, Margarita c. MC Tel S.R.L. y otro”, La Ley Online; AR/JUR/6306/2007).

<sup>20</sup> No es este el caso del fallo de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sala III (CNTrab. - SalalIII), 22/09/2008, “Arancibia, Nora y otro c. Rodríguez, Ricardo Marcos y otro”, LA LEY 19/11/2008, 8, con nota de Ricardo A. Nissen; LA LEY 2008-F , 529, con nota de Ricardo A. Nissen; IMP2008-23 (Diciembre), 2033 - LA LEY 09/12/2008 , 3, con nota de Alberto Víctor Verón; LA LEY 2008-F , 717., con nota de Alberto Víctor Verón; AR/JUR/10663/2008”.



# DECONOMI

sistema de responsabilización de la ley de sociedades<sup>21</sup>, incluso admitiendo las conductas culposas leves como atacables por esta vía.<sup>22</sup>

A esta tendencia le siguió una reacción del cimero Tribunal que fijó criterios – que pretendieron ser definitivos - en algunos fallos sobre la materia<sup>23</sup>. Ello puede sintetizarse en:

- a) la personalidad diferenciada de socios y sociedad es **el eje** sobre el cual se asienta la normativa societaria, es decir claramente determina que este criterio es la norma y no la excepción<sup>24</sup>;
- b) esta causal de responsabilidad es excepcional<sup>25</sup>;
- c) Que lo expuesto determina que el instituto es de **aplicación restrictiva**<sup>26</sup>, en algún caso por cuestiones de índole procesal.<sup>27</sup>

---

<sup>21</sup>Donde se mixtura el art. 54 con el 274 aplicable a supuestos subjetivos y fácticos claramente diversos (Tribunal del Trabajo Nro. 2 de Mar del Plata (TTrabMardelPlata Nro. 2), 21/12/2006, “Sado, Oscar R. c. Expreso Diagonal S.R.L. y otros”, LLBA 2007 (marzo), 136, con nota de Mariano Gagliardo; IMP2007-7, 777, AR/JUR/8725/2006 o donde se aplican a los socios o controlantes (sujetos pasivos del art. 54 ter como hemos visto) los criterios del art. 59 que la ley de sociedades comerciales establece para los administradores, así Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sala I(CNTrab. - Salal), 23/05/2008, “Olivieri, Mario c. Menhires S.R.L.”, DJ12/11/2008, 2024 - DJ2008-II, 2024, AR/JUR/3722/2008.

<sup>22</sup>Ver Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sala X(CNTrab)(SalaX), 05/07/2004, “Verna, Ricardo D. c. Dubinsky Graciela y otro”, LA LEY01/11/2004, 7 -, AR/JUR/2602/2004.

<sup>23</sup>“**Carballo, Atilano c/ Kanmar S.A. (en liquidación) y otros**” - CSJN - 31/10/2002, C. 972. XXXVI RECURSO DE HECHO”, y “**Palomeque c/Benemeth S.A.**”, publicado en El Dial del 12/5/2003, dictado por la CSJN el 3/4/2003. En similar sentido ver el voto en disidencia de Lorenzetti en Corte Suprema de Justicia de la Nación(CS), 28/05/2008, “Funes, Alejandra Patricia c. Clínica Modelo Los Cedros S.A. y otro”, IMP2008-15 (Agosto), 1350 - DJ20/08/2008, 1089 - DJ2008-II, 1089 - , AR/JUR/3116/2008. El mismo criterio ha seguido la Corte Suprema de Justicia de Buenos Aires en los casos “Cockshott, Juana Vera c/Jardín y Colegio Nuevo Mundo S.R.L. y otros s/Despido” del año 2012 y “Calmens, Roberto c/ Naiman, Jaime y otros s/ Despido” del año 2013, señalando en ambos casos que las sociedades estaban regularmente constituidas, aunque después durante su decurso hubieran incurrido en la incorrecta registración del contrato de trabajo.

<sup>24</sup>Y que han sido correctamente seguidos por algunos Tribunales inferiores: Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sala VIII (CNTrab. - SalaVIII), 30/11/2004, “Ayala, Carlos A. y otros c. Boeing S.A. y otros”, LA LEY2005-B, 10 - IMP2005-A, 856, AR/JUR/4161/2004) y Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sala VI(CNTrab. - SalaVI), 07/03/2003, “Carabajal, Jacinto F. c. Papelera Tel Ros S.A.”, LA LEY2003-E, 394 - IMP2003-B, 2935, AR/JUR/982/2003.

<sup>25</sup>Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, C.N.Com., SalaD, 13/07/2000, “Districóndor S. A. c. Editorial Coyuntura S. A”, LA LEY2000-F, 524, AR/JUR/911/2000. Un fallo de la SCBA, “Cockshott, J. V. c/Jardín y Colegio Nuevo Mundo SRL y Otros s/Despido”, del 19-12-2012.

<sup>26</sup>Para que prospere la aplicación del mismo deben verificarse inexorablemente los presupuestos fácticos y jurídicos que prevé la norma que no pueden dejarse de lado. Asi ver Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala C(CNCom)(SalaC), 23/04/2009, “I., L. J. c. Textil Iglesias S.A.I.C. y Compañía y otros”, LLO; AR/JUR/58252/2009), Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sala I(CNTrab)(Salal), 20/12/2004, “Mitelli, Pablo G. c. Fusaro, Teodoro P. y otros”, DJ2005-1, 909, AR/JUR/4825/2004, entre otros.

<sup>27</sup>Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sala VIII(CNTrab)(SalaVIII), 23/09/2004, ”De





# DECONOMI

Ello nos ha llevado a sostener<sup>28</sup> que “Coincidimos con estos principios, pues en nuestro criterio “la inoponibilidad de la personalidad jurídica” es una herramienta dentro del régimen de responsabilidad societario, no el único ni el primordial. El instituto debe interpretarse y aplicarse del modo más adecuado, no livianamente, sin un análisis formal y sustancial adecuado<sup>29</sup>, y en la oportunidad procesal respectiva (y entendemos, y así lo hemos expresado en diversas oportunidades, que el que postula la CSJN en los fallos referidos lo es).

Para nosotros tales fallos de la Corte Nacional sientan principios básicos y adecuados para una aplicación razonable del instituto, atento que no tienden a la irresponsabilización sino a una aplicación técnicamente ponderada y conforme a derecho del instituto.<sup>30</sup>

Ese justo equilibrio es el que debe primar en la aplicación del instituto para no poner en riesgo el instrumento sociedad que durante tantos siglos ha resultado promotor del desarrollo económico, por lo que hoy podemos volver a sostener que<sup>31</sup>: “No debemos arrodillarnos frente al altar de la personalidad societaria, pero tampoco demonizarla o entenderla inexistente”.

Por último cabe referirnos al otro supuesto en donde se han aplicado en sede laboral hipótesis de responsabilidad pero en punto a los administradores societarios por aplicación de los arts. 59 y 279 de la ley general de sociedades.<sup>32</sup> Básicamente en casos de incumplimiento de imposiciones legales (contratación irregular, no ingresar aportes, etc.) por parte de los administradores.

Si nos encontramos frente a un supuesto de responsabilidad nos parece inexorable entender exigible la acreditación de todos y cada uno de los presupuestos de aquella. Por ello, el administrador solo responderá si se

---

Filippo, Gabriela c. Kistel S.A. y otros”, LLO; AR/JUR/7140/2004.

<sup>28</sup> “La inoponibilidad de la personalidad jurídica”, en “**Tratado de los Conflictos societarios**” coordinado por el Dr. Diego Duprat, Tomo I, pág. 155 y sgtes., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2013.

<sup>29</sup>Ejemplo de ello es, a nuestro criterio, el fallo del Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba, sala laboral (TSCordoba - Salalaboral), 25/02/2003, “Cossar, Marcelo A. c. R.P.M. S.R.L. y otros”, LLC2004 (febrero), 49, AR/JUR/3624/2003.

<sup>30</sup>Como la que determina el fallo (Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires (SCBuenosAires), 03/10/2001, “Vera, Beatriz S. c. Ameduri, José V. y otros, LA LEY 2003-B , 726, con nota de Ricardo A. Nissen; LLBA2003, 191, AR/JUR/2808/2001).

<sup>31</sup>“Otra vez sobre la inoponibilidad societaria y el fraude laboral”, Semanario Jurídico Comercio y Justicia, nro.1467, 22 de julio de 2004, pág. 97.

<sup>32</sup> “Villafañe, Evelia M. c/Mirmar S.A.”, CNTrab. Sala VII,17/6/99, JA 2000-I-582. Esa es la línea del fallo Duquels revocado por la CSJN.



# DECONOMI

entienden acreditados los mismos (obrar antijurídico, daño, relación de causalidad y factor de atribución).

En punto a ello, y al tratar la cuestión parte sustantiva de la doctrina exigía que para que los incumplimientos referidos por parte de la sociedad importaran la responsabilidad de los administradores debía acreditarse la conducta dolosa de estos (o, al menos, con culpa grave)<sup>33</sup>, con todas las dificultades que ello irroga. Esta responsabilidad pretendida en los términos de los arts. 59 y 274 LGS respecto de los administradores que faltaren a sus obligaciones hará al administrador responsable respecto de ese tercero trabajador por una causa distinta, autónoma e independiente de la sociedad, no contractual.<sup>34</sup>

---

<sup>33</sup> Caputo, Leandro, "Inoponibilidad de la personalidad jurídica societaria", Edit. Astrea, año 2006, pág. 289.

<sup>34</sup> Ferrer, Germán Luís, Nuevamente sobre la responsabilidad de los administradores societarios y el trabajo no registrado, La Ley, 21/10/2010, pág. 857.



## ***“Derecho concursal laboral y la actual jurisprudencia”***

por Gabriela Fernanda Boquin

En homenaje a un maestro del Derecho Concursal

Dr. Prof. emérito Héctor Alegría.

### **1. INTRODUCCION**

La ley 24. 522 contiene diversas normas que regulan específicamente el tratamiento que debe otorgársele a los créditos laborales en un proceso concursal. Esta tutela diferenciada tiene basamento constitucional en el art. 14 bis C.N., y convencional en el Convenio 173 y su Recomendación 180 de la OIT.

Esto es así pues el trabajador o ex trabajador de la empresa concursada es un acreedor especial no sólo por el privilegio que la ley de concursos le otorga sino porque sus acreencias nacen de una relación jurídica asimétrica por la que no pueden medir riesgos, ni preverlos a momento de contratar ni durante la vigencia de la relación laboral. Tampoco cuentan con la posibilidad fáctica, atento su necesidad alimentaria, de suspender o interrumpir el vínculo que lo une con el empleador ante la inminencia o la instalación del estado de cesación de pagos, posibilidad que si tienen otros tipos de acreedores. Considerándolos de esta manera es justo que su trato sea diferenciado del resto de la masa pasiva pues el riesgo empresario no les puede resultar oponible o por lo menos los debe perjudicar lo menos posible .-

La ley 26.684 distinguiò las diferencias apuntadas introduciendo especiales tutelas y un nuevo principio concursal que justifica el específico procedimiento ante la existencia del presupuesto objetivo del patrimonio del sujeto empleador. “La salvaguarda de la fuente de trabajo” o “la subsistencia de la empresa por la supervivencia de los empleos que involucra” se erige como un pilar del sistema, desjerarquizando los dos principios clásicos que desde siempre inspiraron al proceso falencial: la protección adecuada del crédito (que supone el tratamiento igualitario de los acreedores de una misma clase) y la conservación de la empresa.



# DECONOMI

En este trabajo propongo considerar la tutela del crédito laboral como un eje rector en el proceso concursal, pues así lo indica la tésis de la ley 26.684, generando una amalgama entre principios propios del derecho de la insolvencia y los del derecho laboral.

## 2. EL NUEVO PARADIGMA DE INTERPRETACIÓN NORMATIVA: EL PLURALISMO DEL ESTADO CONSTITUCIONAL

La constitucionalización del derecho privado es la tendencia moderna a extender el marco de aplicación de los principios constitucionales, rechazando la pretensión de insularizar ciertas áreas del derecho (como a concursal), o la idea de que éstas se rigen por principios especiales desconectados de los estándares constitucionales, de los principios o valores generales.

Como bien refiere el profesor italiano de derecho constitucional Zagrebelsky Gustavo<sup>35</sup>: *“Lo que es verdaderamente fundamental, por el mero hecho de serlo, nunca puede ser puesto, sino que debe ser siempre presupuesto. Por ello, los grandes problemas jurídicos jamás se hallan en las constituciones, en los códigos, en las leyes, en las decisiones de los jueces o en otras manifestaciones parecidas del ‘derecho positivo’ con los que los juristas trabajan, ni nunca han encontrado allí su solución. Los juristas saben bien que la raíz de sus certezas y creencias comunes, como la de sus dudas y polémicas, está en otro sitio. Para aclarar lo que de verdad les une o los divide es preciso ir más a fondo o, lo que es lo mismo, buscar más arriba, en lo que no aparece expreso”*.

Es que en realidad el derecho se funda conforme ya lo apreciaba Vélez en el Código Civil ya derogado<sup>36</sup>, en normas expresas, explícitas e implícitas. Estas últimas son principios subordinantes que surgen de la interpretación del ordenamiento legal en su conjunto que determinan un orden interpretativo a la hora de evaluar una norma, su aplicación al caso y las consecuencias directas e indirectas de la aplicación de aquella. Estos principios

---

<sup>35</sup> Zagrebelsky Gustavo ‘ El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia’ Editorial Trotta página 9.

<sup>36</sup> Art.22.- Lo que no está dicho explícita o implícitamente en ningún artículo de este Código, no puede tener fuerza de ley en derecho civil, aunque anteriormente una disposición semejante hubiera estado en vigor, sea por una ley general, sea por una ley especial



# DECONOMI

o ideas subordinantes, sino existiesen, el derecho positivo se transformaría en un conjunto de normas de tan libre interpretación que generaría una verdadera incertidumbre jurídica para el ajusticiable que recurre a los Tribunales para obtener una solución justa a su conflicto.

Para ello debemos tener en claro la diferencia entre la ley y el principio. Dice Zagrebelsky: *“Si el derecho actual está compuesto de reglas y principios, cabe observar que las normas legislativas son prevalentemente reglas, mientras que las normas constitucionales sobre derechos y sobre la justicia son prevalentemente principios (y aquí interesa en la medida que son los principios) Por ello, distinguir los principios de las reglas significa, a grandes rasgos, distinguir la Constitución de la ley”*<sup>37</sup>

La ley es una regla de conducta humana que se agota en sí misma diciéndonos como actuar en una determinada situación, en cambio los principios poseen un papel constitutivo del orden jurídico, siendo su carácter abstracto. Una nota que diferencia a los principios de las reglas o normas es aquel referido a su tratamiento por parte del intérprete pues la ley es interpretada, aplicándose diferentes métodos para clarificar el lenguaje legislativo, en cambio los principios no requieren de ningún método de interpretación pues son autoevidentes.

Ahora bien, los principios y valores son variados, múltiples. La coexistencia de los mismos exige que, salvo el de máxima jerarquía como es el pro-persona -que es en realidad un metavalor, fundado en la dignidad e integridad de la persona humana- no pueda considerárselos a ninguno de ellos en forma absoluta pues deben ser compatibilizados en cada caso en concreto. Lo ideal es intentar salvaguardar varios simultáneamente, aunque esto no siempre es posible, pues muchas veces por su jerarquía natural unos desplazarán a otros. Se pudo observar, en los últimos tiempos, como en los procesos de insolvencia el principio del par condicio creditorum es desplazado por el principio pro-persona y sus derivados cuando a tutela de vulnerables se refiere<sup>38</sup>.

---

<sup>37</sup> Zagrebelsky Gustavo, “El derecho dúctil, Ley, derechos , justicia” Editorial Trotta página 110.

<sup>38</sup> Ver en este sentido CSJN 26/3/2019 Institutos Médicos Antártida s/ quiebras/ inc. de verificación (R.A.F. y L.R.H. de F) <http://www.sajj.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-institutos-medicos-antartida-quiebras-inc-verificacion-raf-lrh-fa19000045-2019-03-26/123456789-540-0009-1ots-eupmocsollaf?>



# DECONOMI

Es por eso que resultaría un grave error considerar a un principio o valor como absoluto, y por supuesto que es tentador darles una respuesta judicial satisfactoria a todos. Sucede que muchas veces, o casi siempre, dos o más principios de semejante jerarquía se encuentran en pugna. El ideal sería que el intérprete con extrema prudencia intente soluciones combinatorias que conduzcan a que todos sean reconocidos, o que haga posible la coexistencia salvo contradicción evidente y de imposible conciliación, pues el pluralismo de principios y valores es la base del Estado Constitucional moderno y la apreciación del derecho en departamentos estancos es un arcaísmo al cual no podemos acudir. Un jurista inflexible no puede ser un buen intérprete ante la clara manda del artículo 2 del Código Civil y Comercial de la Nación, pues probablemente llegue a soluciones que puedan consagrar inconventionalidades o inconstitucionalidades además injusticias notorias en los casos en concreto.

En un Estado de Derecho el equilibrio y separación de poderes genera la necesidad de que una norma de carácter general sea oponible a todos los sujetos de derecho siendo el postulado de igualdad ante la ley una premisa que debe ser respetada, pero debiéndose entender que tuvo su origen en la necesidad de terminar con los “privilegios” que contaban ciertos individuos respecto de otros en los siglos pasados, siendo contenido de todas las Constituciones liberales del siglo XIX. Hoy la mencionada igualdad solo puede ser entendida como el respeto a las diferencias y la consideración que todas las personas deben tener igual acceso a los derechos, a su tratamiento e idénticas oportunidades ya que deberíamos tratar de entender que la premisa hoy tiene sentido si comprendemos que la igualdad debe ser medida entre iguales y que no es semejante la defensa que el derecho debe contener ante un individuo común, una empresa o un vulnerable. Pasando la cuestión al plano concursal, es claro que no puede tratarse idénticamente a un trabajador respecto de un acreedor privilegiado como el Estado, o un quirografario común con una deuda quirografaria de origen laboral.

Ferrajoli<sup>39</sup>, en este sentido, considera que el principio de igualdad consiste en el igual valor asociado a todas las diferencias que hacen de cada

---

<sup>39</sup> Ferrajoli Luigi, Manifiesto por la igualdad. página 11 Editorial Trotta. 1ª edición.





# DECONOMI

persona un individuo diferente de todos los demás y de cada individuo una persona igual a todas las otras, siendo que además implica el desvalor asociado a las grandes desigualdades materiales y sociales, que no atañen a la identidad de las personas sino a sus desiguales condiciones de vida, que deben ser eliminadas o cuanto menos reducidas para garantizar el derecho. Así el autor considera en un primer significado que la igualdad consiste en el igual valor que nos obliga a asociar a todas las diferencias que forman la identidad de cada persona (principio estático), y en un segundo significado, consiste en el desvalor que obliga a asociar a las excesivas desigualdades económicas y materiales que de hecho limitan, o peor aún niegan, el igual valor de la diferencia (principio dinámico). Por ende, rige para garantizarlo un mandato rector para el Estado: el deber de reducir las desigualdades materiales.

En el Estado Constitucional moderno existe una subordinación de la ley general o especial a los principios, valores y normativa internacional que son cláusulas de aquellos Tratados en los cuales nuestro país ha comprometido su cumplimiento siendo los mismos ratificados por el Congreso conforme las disposiciones del art. 75 de la Constitución Nacional Argentina. Esta amalgama de componentes requiere de una relación de adecuación, y aun de subordinación, respecto a todos ellos de la estricta letra de una ley en el caso concreto.

Zagrebelsky expresa con claridad:” *La primera de las grandes tareas de las constituciones contemporáneas consiste en distinguir claramente entre la ley, como regla establecida por el legislador, los derechos humanos, como pretensiones subjetivas absolutas, válidas por sí mismas con independencia de la ley*”<sup>40</sup>.

Para ejemplificar la situación de tensión que puede existir entre dos derechos fundamentales que nos referimos consideremos dos de ellos que podrían ser apreciados como de idéntica valía: el derecho al trabajo y el derecho al salario. El caso de la continuidad de la explotación por parte de una cooperativa de trabajo y la compensación de los créditos con los bienes de la fallida al momento de la liquidación se encuentra en pugna con el derecho al

---

<sup>40</sup> Zagrebelsky Gustavo ‘ El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia’ Editorial Trotta página 47



# DECONOMI

cobro de los créditos laborales de aquellos extrabajadores que no forman parte del emprendimiento que continúa con las actividades de su ex empleador. El dilema es que ambos tienen una fuerte protección legal pero una adecuada interpretación que integre todos los ordenamientos, los principios y valores en juego permite corroborar que el legislador ha dado preeminencia a la salvaguarda de la fuente de trabajo cuando regula la continuidad de la explotación en cabeza de la cooperativa de trabajadores o la compensación de los créditos de sus integrantes con los valores de liquidación de los bienes de la fallida. Por supuesto que la misma cederá ante la circunstancia de un trabajador en situación de vulnerabilidad o hipervulnerabilidad, a quien su derecho debe serle especialmente siendo función del intérprete realizar una conciliación de derechos para que ambos sean reconocidos satisfactoriamente, ello a pesar de que no exista en la letra de la ley contemplada la solución específica de la temática. La interpretación integradora será la única vía para alcanzar una resolución justa del caso.

Con ello demostramos que resolver la tensión y subordinación de principios y derechos fundamentales puede ser un trabajo difícil para la magistratura debiendo considerar todas las posibilidades que otorga el art.2 CCCN.

### **3. EL META PRINCIPIO PRO PERSONA, EL DIALOGO DE FUENTES Y EL PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD.**

La persona humana es el centro de protección del sistema jurídico. Este debe ser el punto de partida para cualquier conclusión a la que arribe el intérprete, más aun ante la colisión de normas o principios.

Partiendo de este megavalor, más otros contenidos en todo nuestro ordenamiento jurídico, sumándose las cláusulas que surgen de los Tratados Internacionales, es que la forma de interpretación exigida por el artículo 2 del Código Civil y Comercial, el diálogo de fuentes comprometido tiene incidencias en una ley tan especial como lo es la 24. 522.

La interpretación de la ley debe ser armónica, debiéndose conformar a una norma con el contenido de las demás - pues entre todas debe congeniarse



# DECONOMI

una unidad coherente- y en la inteligencia de sus cláusulas se intentará cuidar no alterar el equilibrio del conjunto. Su consideración debe hacerse tomando en cuenta la finalidad que resulta de los objetivos y valores de la propia ley sumado al de todo el ordenamiento en forma integral, pero a la vez contemplando las cláusulas que surjan de los Tratados de derechos humanos. No se trata de ignorar la intención del legislador sino de dar preferencia a las finalidades objetivas de los distintos textos en el momento propio de su aplicación.

En el Código Civil ya derogado, los principios jurídicos tenían un carácter preferentemente supletorio, mientras que en la actualidad el nuevo Código le otorga una función de integración y control axiológico. Al decir de Lorenzetti los principios son normas abiertas, indeterminadas, que obligan a cumplir un mandato en la mayor medida posible y compatible con otros principios competitivos<sup>41</sup>.nAl momento de interpretar y aplicar las normas no se puede entonces prescindir de integrar todo el ordenamiento jurídico.

Ahora bien, resulta relevante destacar el rol que cumple el principio de progresividad, en este nuevo sistema interpretativo, pues es el que garantiza que el “pro persona” se concrete en la práctica a pesar de los vaivenes normativos, cambios legislativos o de gobierno. Se encuentra legislado en diversas normas de derecho internacional de los derechos humanos ( art. 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos<sup>42</sup>, artículos 1 y 2 del Protocolo de San Salvador<sup>43</sup>, art. 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos,

---

<sup>41</sup> Lorenzetti Ricardo, Ricardo Luis “Código Civil y Comercial de la Nación Comentado”, T I págs. 34 y ss, Editorial Rubinzal Culzoni

<sup>42</sup> Artículo 26. Desarrollo Progresivo

Los Estados Parte se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados

<sup>43</sup> Artículo 1 Obligación de Adoptar Medidas

Los Estados partes en el presente Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos se comprometen a adoptar las medidas necesarias tanto de orden interno como mediante la cooperación entre los Estados, especialmente económica y técnica, hasta el máximo de los recursos disponibles y tomando en cuenta su grado de desarrollo, a fin de lograr progresivamente, y de conformidad con la legislación interna, la plena efectividad de los derechos que se reconocen en el presente Protocolo.

Artículo 2 Obligación de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno

Si el ejercicio de los derechos establecidos en el presente Protocolo no estuviera ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados parte se comprometen a adoptar,



# DECONOMI

Sociales y Culturales<sup>44</sup>, entre otros), y además surge del Preámbulo de nuestra Constitución Nacional como del inc. 19 del art. 75. Por estas normas internacionales los Estados Parte se comprometen- para emplear la formulación de la Convención Americana- a lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura. O, en los términos del PIDESC, a lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos reconocidos. La Asamblea General de la OEA aprobó en la sesión plenaria del 7 de junio de 2005 las Normas para la confección de los informes periódicos previstos en el protocolo de San Salvador<sup>45</sup>, que en su art. 5.1 contiene el concepto de progresividad. Dispone la norma: “A los fines de este documento, por el principio de progresividad se entenderá el criterio de avance paulatino en el establecimiento de las condiciones necesarias para garantizar el ejercicio de un derecho económico, social o cultural”.

La Corte Suprema de Justicia en el caso “Madorrán”<sup>46</sup> ha dicho que *“...el decidido impulso hacia la progresividad en la plena efectividad de los derechos humanos, propia de los tratados internacionales de la materia, sumado al principio pro homine, connatural con estos documentos, determinan que el intérprete deba escoger dentro de lo que la norma posibilita, el resultado que proteja en mayor medida a la persona humana. Y esta pauta se impone aun con mayor intensidad, cuando su aplicación no entrañe colisión alguna del derecho humano así interpretado, con otros valores, principios, atribuciones o derechos constitucionales”*. También en “Arcuri Rojas”<sup>47</sup> la Corte señaló que *“...Sería estéril el esfuerzo realizado por el legislador para cumplir con la obligación establecida en el art. 1° del Protocolo Adicional de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (“Protocolo de San Salvador”), en cuanto exige que*

---

con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de este Protocolo las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos.

<sup>44</sup> Artículo 2.1. Cada uno de los Estados Parte en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos

<sup>45</sup> Resolución AG/RES. 2074 (XXXV-O/05)

<sup>46</sup> Fallos 330:1989



# DECONOMI

*los Estados parte adopten todas las medidas necesarias hasta el máximo de los recursos disponibles para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos sociales, si por vía interpretativa se sustrajera de esa evolución a quienes se encuentran en situación de total desamparo por aplicación de leyes anteriores que establecían un menor grado de protección...”*

El principio de progresividad relativo a la obligación del Estado de lograr la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales está marcado por dos condiciones. Por un lado, se trata de una progresividad dinámica, que impone la obligación de proceder de manera concreta, constante, permanente y continua, con miras a lograr ese objetivo. Por el otro, de una progresividad unidireccional, que invalida toda medida que implique la disminución del grado de realización que los derechos hubiesen alcanzado.

La dignidad intrínseca de la persona humana constituye, por ende, el fundamento ontológico y definitivo de los derechos humanos. Estos responden a un orden que precede en el tiempo y supera en jerarquía, al derecho positivo.

En lo que atañe al tema tratado, debemos considerar que la justicia social se inscribe entre los principales valores y objetivos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Es la justicia en su más alta expresión, y consiste en ordenar la actividad intersubjetiva de los miembros de la comunidad y los recursos con que ésta cuenta con vistas a lograr que todo y cada uno de sus miembros participen de los bienes materiales y espirituales de la civilización; es la justicia por medio de la cual se consiguen o se tienden a alcanzar las condiciones de vida mediante las cuales es posible a la persona humana desarrollarse conforme con su excelsa dignidad. Constituye un medio para establecer la paz universal, y un fin propio.

La tutela legal de los trabajadores es una faceta de esa justicia social que en la crisis del patrimonio del empleador se ve intensificada por normativa clara y precisa contenida en la ley 24. 522 que a la vez debe ser analizada integralmente con los convenios de la OIT y los principios pro-persona y de progresividad.



#### **4. PRINCIPIOS PROTECTORIOS DEL DERECHO LABORAL Y EL RÉGIMEN CONCURSAL.**

De todo lo expuesto puede deducirse que el proceso concursal no puede ni debe escaparse de los principios protectorios que rigen por el sistema constitucional, convencional y legal que tutela a los trabajadores.

La Corte se ha manifestado claramente en “Vizzoti Carlos Alberto c/ Amsa S.A s/ Antigüedad Art. 245 LCT Modif. Art. 153 LE” del 14.09.2004<sup>48</sup> respecto de esta específica protección de todo el sistema legal al sostener que el trabajador es sujeto de preferente atención constitucional no es conclusión sólo impuesta por el art. 14 bis, sino por el renovado ritmo universal que representa el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que cuenta con jerarquía constitucional a partir de la reforma constitucional de 1994 (Constitución Nacional, art. 75, inc. 22). Resulta prueba de ello la Declaración Universal de Derechos Humanos (arts. 23/25), la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. XIV), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (arts. 6 y 7), a lo que deben agregarse los instrumentos especializados, como la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (art. 11) y la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 32). Considerando que exhibe singular relevancia el art. 6 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en seguimiento de la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 23.1), cuando enuncia el "derecho a trabajar" (art. 6.1), comprensivo del derecho del trabajador a no verse privado arbitrariamente de su empleo, cualquiera que sea la clase de éste. Derecho al trabajo que, además de estar también contenido en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. XIV) y en la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (art. 5.e.i), debe ser considerado "inalienable de todo ser humano" en palabras expresas de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (art. 11.1.a).

El principio protectorio y el plexo de derechos que de él derivan, así como los enunciados de las declaraciones y tratados con jerarquía

---

<sup>48</sup> Fallos 327:3677





# DECONOMI

constitucional, han hecho del trabajador un sujeto de “preferente tutela constitucional” y así lo consideró el Máximo Tribunal en casos como “Clínica Marini SA s/ quiebra”<sup>49</sup>, cuando apreció que es claro que la reforma legislativa operada por la ley 26.684 se dirige a asegurar que los trabajadores de la empresa insolvente conozcan el trámite que les permitirá preservar su fuente de trabajo o percibir, aunque sea parcialmente, sus créditos alimentarios, corrigiendo una marginación que muchas veces tiene su origen en la distancia temporal entre el inicio del proceso y su culminación. En ese caso afirmó rotundamente que no debe considerarse desde la misma perspectiva a un trabajador y a un acreedor financiero o comercial, aunque integren la misma masa pasiva, dado el origen de cada crédito – en el primer caso, derivado del producto íntegro de su trabajo y la disparidad de recursos con que cuentan unos y otros para seguir el proceso falencial.

Este posicionamiento de la Corte se sigue manteniendo a pesar de la variación de su composición, ya que en “Club Ferrocarril Oeste s/ quiebra s/ incidente de apelación de incidente de levantamiento”<sup>50</sup>, reafirmó que la protección del trabajador y del salario tiene expreso reconocimiento en el artículo 14 bis de la Constitución Nacional, en diferentes instrumentos internacionales de idéntica jerarquía (arts. 6 y 7, Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, entre otros), y en los Convenios 95 y 137 de la Organización Internacional del Trabajo, todos los cuales han hecho del trabajador un sujeto de preferente tutela (Del dictamen de la Procuración General al que la Corte remite) y que la condición de los trabajadores como sujetos de preferente tutela constitucional mantiene vigor ante la insolvencia del empleador y debe ser armonizada con los principios concursales que procuran alcanzar una solución colectiva frente a la crisis de la insolvencia. En este sentido, se indicó que una de las finalidades de la ley 26.684 fue proyectar la preferente protección de los créditos laborales en el ámbito de los concursos preventivos y las quiebras.

Tribunales Superiores Provinciales siguen esa misma senda. Vale como ejemplo el fallo en autos “Chaparro Enrique Alfredo y otros c/ Pedro Rivas SACIFI y A s/ ejecución de crédito verificado” del Tribunal Superior de Entre Ríos

---

<sup>49</sup> CSJN, Fallos: 336:908, 1/8/2013

<sup>50</sup> CSJN, 26.11.2020, Fallos 343:1772



# DECONOMI

del 9/4/08 que consideró previo a la modificación que hiciera la ley 26684 del art. 19 que debía interpretarse que la suspensión de los intereses, prevista en esa norma no abarcaba a las acreencias de naturaleza laboral, pues de lo contrario no superaría el test de constitucionalidad al colisionar con la garantía establecida en el art. 14 bis de la Constitución Nacional, máxime cuando en su art. 28 se plasma el principio de supremacía al disponer que los principios, garantías y derechos reconocidos constitucionalmente, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio.

Diversos fallos de la Càmara Nacional en lo comercial reafirman que los principios protectorios del derecho laboral se trasladan al proceso concursal. Algunos ejemplos:

**a. “Dinan S.A s/ quiebra”, Expte. 121617/2001, Sala B, 11.06.2015.**

En el caso la Sala consideró que el objetivo primordial de la reforma introducida por la ley 26684 a los arts. 19 y 129 tienden a la protección integral del trabajador y que tal decisión de política legislativa es congruente con los principios inspiradores de la reforma al reconocer -con carácter nacional- el derecho de los acreedores laborales a percibir intereses hasta la fecha del pago y no hace más que receptar la jurisprudencia y doctrina mayoritarias imperantes en el tema, que añadieron al privilegio del crédito laboral, su naturaleza alimentaria.

**b. “Acetatos Argentinos S.A s/ quiebra s/ Incidente de verificación de crédito promovido por contreras Ramón Argentino”, Expte 25152/2012/12, Sala E, 24.05.2016**

Al referirse al tema intereses dijo: “No cabe duda de que el legislador pretendió eximir a los trabajadores de la regla de la suspensión de intereses, púes no cabe otra conclusión lógica. La ley 26.684 procuró extender los derechos de los acreedores laborales en el concurso o la quiebra de su empleador en el marco de distintos institutos concursales”.

**c. “Roux-Ocefa S.A. s/INCIDENTE DE REVISION DE CREDITO promovido por MOTTA AGUSTIN”, Expte 14362/2016/139, Sala F, 05/11/2021.**



# DECONOMI

En el caso la Sala aplicó el principio de favorabilidad a la hora de evaluar un crédito por salarios considerando que: “El monto a considerar como salario será aquel que más beneficie al trabajador por imposición de la aplicación de los principios laborales protectorios frente a la insolvencia del empleador. Es que el hecho que el empleador haya sido declarado en quiebra, no puede perjudicar los derechos del trabajador, que integran su régimen de protección que goza de respaldo constitucional (art. 14 CN)”.

## **5. LOS PRINCIPIOS DE IRRENUNCIABILIDAD Y DE FAVORABILIDAD.**

Los principios laborales que siguen rigiendo aun en caso de insolvencia del empleador, a los que nos referimos en el acápite anterior son fundamentalmente dos:

1. Irrenunciabilidad de derechos que surge del art. 12 de la Ley de Contrato de Trabajo
2. Favorabilidad que surge del art. 9 de la Ley de Contrato de Trabajo. Aclarando que interpretación más benigna para el trabajador debe ser tomada en cuenta tanto para aplicar la ley más favorable, como para interpretar la prueba en ese sentido. Este principio es una derivación del de progresividad que surge de los tratados de derechos humanos que analizamos al inicio.

Prueba de la vigencia plena de estos derechos son los fallos de la Cámara Nacional Comercial, algunos de los cuales son:

- a. **“La Uruguaya Argentina Cia. de Seguros S.A s/ quiebra s/ incidente de verificación de crédito Vera, Mario Roberto y Otro” Expte. 104229/2001/2, Sala E, 19.04.2016.** En donde se consideró que la regla de la irrenunciabilidad de derechos (art. 12 LCT) aparece como el aspecto más relevante del principio protectorio e impide tanto la renuncia anticipada de derechos como la renuncia de derechos ya obtenidos, sea que provengan de la ley, del convenio o del contrato individual.
- b. **“Global Exchange S.A s/ quiebra s/ incidente de verificación de crédito por Ciancio Carlos y otro”, Expte 10480/2014, Sala E,**



# DECONOMI

**31.05.2017.** En el caso pese a que el trabajador omitió el peticionar el reconocimiento del privilegio de su crédito, se le reconoció el privilegio especial y general previsto en la LCQ 241-2º y 246-1º, por cuanto, aprecia aplicable el artículo 12 de la Ley de Contrato de Trabajo considerando que no puede existir una renuncia tácita en virtud de la la regla de la irrenunciabilidad de derechos que impide tanto la renuncia anticipada de derechos como la renuncia de derechos ya obtenidos, sea que provengan de la ley, del convenio o del contrato individual.

**c. “Rasic hermanos S.A s/ quiebra s/ incidente de verificación de crédito por Potes, Carlos Alberto y Otro”, Expte 27927/15/169, Sala E, 18.10.2018.**

Se consideró que el orden público laboral impide que el principal se aproveche de la desigualdad que existe con el trabajador, restringiendo notablemente la autonomía de la voluntad y disponiendo la nulidad de toda convención de partes que suprima o reduzca los derechos reconocidos por la ley, cuya irrenunciabilidad queda entonces consagrada (art. 12 LCT). Se dispone específicamente que "será nula y sin valor toda convención de partes que suprima o reduzca los derechos previstos en esta ley, los estatutos profesionales, las convenciones colectivas o los contratos individuales de trabajo, ya sea el tiempo de su celebración o de su ejecución, o del ejercicio de derechos provenientes de su extinción".

**d. “Comercios Rioplatenses S.A s/ quiebra s/ incidente de verificación de crédito por Cattaneo Pedro Edgardo y Otros” Sala F, 18.10.2021.**

La sala manifestó que teniendo en cuenta la naturaleza laboral de la acreencia insinuada cabía destacar que el principio protectorio consagrado en el artículo 14 bis de la Constitución Nacional y receptado en el artículo 9 de la Ley de Contrato de Trabajo, debe prevalecer en tanto la aplicación de la norma como la interpretación que de ella se haga, sea la más favorable al trabajador. Apreció que de acuerdo al principio protectorio que establece la Constitución Nacional, así como los enunciados de las declaraciones y tratados de jerarquía constitucional, el trabajador es un sujeto de "preferente tutela", tal como lo señaló la Corte Suprema de Justicia de la Nación en numerosas sentencias, lo cual se advierte también en el artículo 2º del Código Civil y Comercial de la



# DECONOMI

Nación, en cuanto dispone que la ley debe interpretarse teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, por principios y valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento (del dictamen de la Sra. Fiscal de Cámara cuyos fundamentos el Tribunal hizo propios). Tratándose de acreedores laborales, debe sostener la aplicación del principio de favorabilidad que surge del artículo 9 LCT (aplicación de la ley más benigna) y rechazarse toda interpretación restrictiva de la norma que impida ejercer derechos (del dictamen de la Fiscalía de Cámara cuyos fundamentos el Tribunal hizo propios).

- e. **“Aseguradora Federal Argentina S.A s/liquidación judicial de aseguradoras s/incidente de revisión de crédito de Cabrini Claudio Alberto”, Expte. 28796/2016/333, Sala B, 01/09/2021.** En el marco de un incidente de revisión de un crédito laboral, a los fines de probar la real conformación del salario del trabajador, la Sala consideró que la apreciación de la prueba aportada debía tener en miras el principio de favorabilidad, que surge del art. 9 LCT (aplicación de la ley más benigna) y rechazarse toda interpretación restrictiva de la norma que impida ejercer derechos
- f. **“Saltzmann Preimpresiones S.A s/ quiebra s/ incidente de verificación de crédito por Butula Garcia, Sandra Carolina”, CNCom, Sala E, expte nro. 24859/2013/5, 07.5.2022.** En el caso se evaluó el carácter alimentario del crédito laboral, que goza la protección del principio de interpretación más favorable al trabajador (art. 12 LCT), lo que exige adoptar un temperamento flexible respecto de las formalidades. Ello por cuanto, negar la incorporación de un elemento de prueba esencial en oportunidad de la instancia recursiva significaría una indebida renuncia a la búsqueda de la verdad jurídica objetiva. Se concluyó que la falta o insuficiencia de documentación contable de la fallida no puede ser interpretada en contra del trabajador (art. 55 LCT).
- g. **“Sport Managment S.A. s/ quiebra”, expte nro.6572/2013, Sala F, 12/11/2019** Ponderando que los créditos laborales tienen una tutela especial en el concurso del empleador y gozan de protección



# DECONOMI

constitucional (art. 14 CN), a fin de evitar que luego de aprobado el proyecto de distribución los acreedores laborales no pierdan la sumas a percibir cuya razón de ser por cierto el carácter alimentario de las prestaciones adeudada sumado al carácter irrenunciable que consagra la ley especial (art. 12 LCT) decidió que las notificaciones se practiquen a los acreedores laborales en el domicilio real.

- h. **“Ilarent S.A. s/ quiebra s/ incidente art. 250”, Expte nro. 9562/2014, Sala E, 4/6/ 2020** En idéntico sentido que el caso antetior y teniendo en cuenta que la totalidad de los acreedores laborales pendientes de percibir sus créditos tendrían su domicilio en la provincia de Salta resolvió a fin de que tomen conocimiento de los fondos asignados a su favor en la quiebra, notificarlos a su domicilio real. La Sala señaló que de lo que se trata es de colocar el acreedor laboral en la posición de poder ejercer eficazmente su derecho de propiedad y no quedarse en el marco teórico y formal del mero reconocimiento respetando el debido proceso; derechos éstos de raigambre constitucional cuya efectiva vigencia debe ser preservada también en la quiebra, adoptando al efecto los temperamentos que sean necesarios para que el proceso concursal pueda servir a esos fines.
- i. **AMAT s/ quiebra”, Expte nro. 34657/1993/CA2, Sala C, de fecha 26/10/2021.** Se aprecia que el abandono de los derechos por parte de los acreedores laborales no puede ser presumido, por lo que, para habilitar la viabilidad de cualquier temperamento -incluso el previsto en el art. 224 LCQ- que conduzca a privarlos de esos derechos, es necesario notificarles primero que tienen a su favor los dividendos concursales pendientes de cobro.
- j. **“Talleres Gráficos Santa Fe S.A s/ Concurso Preventivo s/ Incidente de revisión por Panunzio, Gabriel Cayetano”, Expte. 5574/2016/10, Sala E, 28.06.2022** En el caso la magistrada de grado había rechazado ó la revisión intentada por el acreedor laboral por entender que la prueba producida no resultó suficiente para aportar claridad respecto a la causa del distracto y, en consecuencia, rechazó las indemnizaciones por antigüedad, preaviso e integrativa del mes de despido regladas en la LCT: 245, 232 y 233, el reconocimiento al crédito por intereses. La sala revocó





la sentencia considerando que si bien la deudora rechazó el despido indirecto invocado por el trabajador, lo cierto era la deudora ni la sindicatura habían acreditado la configuración de algún eximente de responsabilidad que permita obviar lo previsto en los arts. 245, 232 y 233 de la ley de Contrato de Trabajo. De ese modo consideró que regía el principio protectorio y la de interpretación más favorable al trabajador (conf. LCT: 7 a 12 y concordantes), razón por la cual admitió los rubros indemnizatorios de antigüedad, preaviso e integrativa del mes de despido regladas en la LCT: 245

Los precedentes expuestos sólo intentan ser una muestra de la adecuada doctrina judicial que considera relevantes y aplicables los principios tutelares de las acreencias laborales en los procesos concursales.

## **6. CONVENIOS DE LA OIT**

A toda la tutela expuesta se suma la existencia de un Convenio de la OIT específico para atender la situación de los créditos laborales ante la insolvencia del Empleador que desplaza por convencionalidad normas de la ley 24.522 respecto de la temática.

El Convenio de la OIT 173 sobre la protección de los créditos laborales en caso de insolvencia del empleador fue adoptado en Ginebra en la 79 reunión OIT el 23 de junio de 1992 entrando en vigor el 8 de junio de 1995. Nuestro país lo ratificó a través de la ley 24.285.

La Recomendación 180 de la OIT sobre la protección de los créditos laborales es un instrumento que amplía los créditos protegidos por el Convenio nº 173.

En primer lugar es necesario puntualizar el concepto de insolvencia para los referidos instrumentos pues de esa definición surge que no abarca sólo a los procesos de concurso preventivo sino que protege a los créditos post concursales. El art. 1 del Convenio nº 173 se establece que la insolvencia designa aquellas situaciones en que de conformidad con la legislación y práctica nacional se ha abierto un procedimiento relativo a los activos de un empleador



# DECONOMI

con el objeto de pagar colectivamente a sus acreedores, y en el art. 2 refiere que todo miembro podrá extender el término insolvencia a otras situaciones en que no puedan pagarse los créditos laborales a causa de la situación financiera del empleador. Es decir ambas normas equiparan el término insolvencia con proceso falencial y protegen aún a los créditos post concursales (art. 2 y 5 Recomendación 180 de la OIT)<sup>51</sup> pues la definición alude a un procedimiento y no al presupuesto objetivo.

La Recomendación 180 en su art. 5 amplía concepto de insolvencia a cuando las sumas que se adeudan al trabajador estén en vías de cobro y se constate que el empleador carece de activos o que estos no bastan para pagar la deuda en cuestión : “cuando en virtud de la legislación nacional se autorice la continuación de las actividades de una empresa que sea objeto de un procedimiento de insolvencia, los créditos laborales correspondientes al trabajo efectuado a partir de la fecha en que se decidió esa continuación deberían quedar excluidos del procedimiento y saldarse a sus vencimientos respectivos con los fondos disponibles”

Por otro lado su parte II “Protección de créditos laborales por medio de un privilegio” amplía los rubros protegidos del art. 246 de la ley 24.522<sup>52</sup> a:

1. salarios por doce meses
2. preaviso

---

<sup>51</sup> En contra: CNCom Sala D 5/2/2019 “Telepiu S.A. s/ concurso preventivo s/ incidente art. 250” (fallo no firme)

<sup>52</sup> Art. 246:Créditos con privilegios generales. Son créditos con privilegio general: 1) Los créditos por remuneraciones y subsidios familiares debidos al trabajador por SEIS (6) meses y los provenientes por indemnizaciones de accidente de trabajo, por antigüedad o despido y por falta de preaviso, vacaciones y sueldo anual complementario, los importes por fondo de desempleo y cualquier otro derivado de la relación laboral. Se incluyen los intereses por el plazo de DOS (2) años contados a partir de la mora, y las costas judiciales en su caso; 2) El capital por prestaciones adeudadas a organismos de los sistemas nacional, provincial o municipal de seguridad social, de subsidios familiares y fondos de desempleo; 3) Si el concursado es persona física: a) los gastos funerarios según el uso; b) los gastos de enfermedad durante los últimos SEIS (6) meses de vida; c) los gastos de necesidad en alojamiento, alimentación y vestimenta del deudor y su familia durante los SEIS (6) meses anteriores a la presentación en concurso o declaración de quiebras; 4) El capital por impuestos y tasas adeudados al fisco nacional, provincial o municipal; 5) El capital por facturas de crédito aceptadas por hasta veinte mil pesos (\$ 20.000) por cada vendedor o locador. A los fines del ejercicio de este derecho, sólo lo podrá ejercitar el libramiento de las mismas incluso por reembolso a terceros, o cesionario de ese derecho del librador. (*Inciso incorporado por art. 7° de la Ley N° 24.760 B.O. 13/1/97*)



### 3. indemnizaciones por accidente de trabajo y enfermedades profesionales

Del Convenio y la Recomendación surge la inconventionalidad de los artículos 247 y 249 respecto de estos<sup>53</sup>.

El art. 247 refiere a la extensión de los créditos con privilegio general. Allí se indica que “los créditos con privilegio general sólo pueden afectar la mitad del producto líquido de los bienes, una vez satisfechos los créditos con privilegio especial, los créditos del Artículo 240 y el capital emergente de sueldos, salarios y remuneraciones mencionados en el inciso 1 del Artículo 246. En lo que excedan de esa proporción, los demás créditos enumerados en el Artículo 246 participan a prorrata con los comunes o quirografarios, por la parte que no perciban como privilegiados”.

Esta norma contradice el artículo 5<sup>54</sup> y 8<sup>55</sup> del Convenio n° 173 de la OIT al limitar la distribución del producto líquido al 50 por ciento para el crédito laboral (salvo los salarios) haciéndoselo compartir el 50 por ciento restante con los quirografarios a prorrata. Ello no ocurre en los numerosos proyectos de distribución que son aprobados día a días por los Juzgados que aplicando la normativa legal, sólo dan prioridad de cobro ante el privilegio general a los salarios por seis meses, limitándose a prorratar el 50 por ciento del producido entre los acreedores laborales y otros con privilegio general, como AFIP, ARBA o organismos fiscalizadores municipales.

Respecto al art. 249 este indica que: “No alcanzando los fondos correspondientes, a satisfacer íntegramente los créditos con privilegio general, la distribución se hace a prorrata entre ellos. Igual norma se aplica a los quirografarios”, lo cual entra en clara contradicción con el art. 8 al establecer como regla el prorrato entre todos los privilegiados generales entre sí.

---

<sup>53</sup>No está la cita en el original

<sup>54</sup> Créditos protegidos: En caso de insolvencia del empleador, los créditos adeudados a los trabajadores en razón de su empleo deberán quedar protegidos por un privilegio, de modo que sean pagados con cargo a los activos del empleador insolvente antes de que los acreedores no privilegiados puedan cobrar la parte que les corresponda

<sup>55</sup> Rango del Privilegio: la legislación nacional deberá atribuir a los créditos laborales un rango de privilegio superior al de la mayoría de los demás créditos privilegiados, y en particular del estado y de la seguridad social



# DECONOMI

Así el Convenio nº 173 de la OIT hace una diferenciación subjetiva (por la condición de sujeto) y no objetiva (por la naturaleza y causa del crédito) para privilegiar el pago, por ende, el crédito laboral desplaza al crédito del Estado aunque sea privilegiado especial<sup>56</sup>.

La norma dispone que la legislación nacional deberá atribuir a los créditos laborales un rango de privilegio superior al de la mayoría de los demás créditos privilegiados, y en particular a los del Estado (art. 8.1). También establece que las disposiciones del convenio deberán aplicarse por vía legislativa o por cualquier otro medio conforme a la práctica nacional (art. 2).

Por otro lado, en el artículo 6 el Convenio establece cuales son los rubros de los créditos laborales así protegidos:

- (a) a los salarios correspondientes a un período determinado, que no deberá ser inferior a tres meses, precedente a la insolvencia o a la terminación de la relación de trabajo;
- (b) a las sumas adeudadas en concepto de vacaciones pagadas correspondientes al trabajo efectuado en el curso del año en el que ha sobrevenido la insolvencia o la terminación de la relación de trabajo, así como las correspondientes al año anterior;
- (c) a las sumas adeudadas en concepto de otras ausencias retribuidas, correspondientes a un período determinado, que no deberá ser inferior a tres meses, precedente a la insolvencia o a la terminación de la relación de trabajo, y
- (d) a las indemnizaciones por fin de servicios adeudadas al trabajador con motivo de la terminación de la relación de trabajo.

Además, debemos tener presente la ampliación que hace la Recomendación 180 en su artículo 3, aplicables en virtud del principio de favorabilidad (art. 9 LCT), a los salarios, las primas por horas extraordinarias, las comisiones y otras modalidades de remuneración, por doce meses, todo pago adeudado en sustitución del preaviso de despido; las indemnizaciones por

---

<sup>56</sup> En contra: no aplica el convenio OIT y el Estado desplaza al crédito laboral : CNCom, Sala D, 16/07/2019 “Karolingya Investments S.A. s/ quiebra”



# DECONOMI

accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, cuando corran directamente a cargo del empleador.

El Estado (representado por sus tres poderes: legislativo, judicial y ejecutivo al ratificar el Convenio ha decidido subordinar sus acreencias al pago previo de los créditos de los trabajadores incluidos en el art. 6 y 3 de la Recomendación.

Es decir, los rubros correspondientes a salarios y diferencias salariales por 12 meses, SAC, vacaciones correspondientes al trabajo efectuado en el curso del año en el que ha sobrevenido la quiebra o a la terminación de la relación laboral y las que correspondan al año anterior, licencias referidas al trabajo efectuado en el curso del año en el que ha sobrevenido la quiebra o a la terminación de la relación laboral y las correspondientes al año anterior, indemnizaciones por fin de servicios y accidentes de trabajo, horas extras por 12 meses, todo pago adeudado por la sustitución del debido preaviso, deben ser abonados antes de los créditos cuyo titular sea el Estado, sea cual fuere el privilegio o preferencia que estos ostenten.

Conforme la operatividad que tiene la normativa internacional citada, frente a la existencia de otros créditos con privilegio especial o general o aun los gastos realizados en la conservación, custodia, administración o realización de los bienes (art. 244 y 240 LCQ) cuyos titulares sean el Estado Nacional, Provincial o Municipal, corresponde que los créditos laborales privilegiados sean abonados con preferencia a éstos debiendo considerarse la existencia de una subordinación legal aceptada por el propio Estado en el marco del Convenio 173 OIT debiéndose postergar su cobro sea cual fuere la preferencia o privilegio que sus créditos tengan en el caso.

Lo expuesto se sostiene por la aplicación de los principios protectorios que ya describiéramos y más aún, cuando en diversos fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación<sup>57</sup> se impone al Estado la obligación de proceder de manera concreta y continua para alcanzar los derechos consagrados y veda la posibilidad de disminuir el grado de realización de esos derechos.

---

<sup>57</sup>Fallos 332:709; 327:3753; 327:4607; 327 4619



# DECONOMI

Negar la tutela que nos impone el plexo internacional colocaría a la República Argentina en una situación de incumplimiento de obligaciones internacionales asumidas.

Así, todo crédito incluido en un proyecto de distribución cuyo titular sea el estado Nacional Provincial o Municipal sea cual fuere su categoría, privilegio o preferencia deberán ser incluidos en el concepto amplio de “estado acreedor” y por ende desplazados por los créditos laborales privilegiados atento a la subordinación generada por el artículo 8 del Convenio de la OIT 173, pues la distinción de la norma internacional es en cuanto sujetos. En este sentido no resulta aplicable el criterio de objetividad clásico que rige en materia de privilegios.

Adaptándose al sistema del Convenio y a la directriz del fallo de la Corte “Pinturas y Revestimientos”<sup>58</sup> los fallos de la Cámara Nacional en lo Comercial han considerado la operatividad del instrumento internacional a varios casos poniendo como ejemplo los siguientes:

- a. **“3 Arroyos S.A. s/incidente de pronto pago por Baigorria, Mauro Alejandro”, expte. nro. 26597/2018/28, CNCom Sala F 12/11/2020** La Sala se refirió respecto de salarios post concursales la Sala apreciando que la protección internacional los alcanzaba, ya que si no se respetasen las tutelas predispuestas en un concurso preventivo ante una virtual quiebra las mismas se volverían ilusorias . Así se consideró que las claras directivas contenidas en el Convenio N° 173 OIT respecto del alcance de la protección que debe otorgarse al crédito laboral ante un supuesto de insolvencia del empleador, no son de carácter meramente programático, sino que debe ser directamente aplicadas a los casos concretos y en el ámbito local sin la necesidad de que una medida legislativa adicional las torne operativas. Apcriò que la insolvencia del empleador es requisito objetivo tanto en el concurso preventivo como en la quiebra, de modo que no existe razón que justifique negar la tutela protectoria consagrada para procedimientos concursales, ni formular distingos tales como el devengamiento “pre o post” concursal de las acreencias laborales. Se

---

<sup>58</sup> CSJN Fallos 337:315 23/3/2014





# DECONOMI

resolvió reconocer como gastos del concurso a los salarios devengados con posterioridad a la presentación concursal.

- b. **“Ditale S.A s/quiebra”, Expte. 16430/2016, Sala E, 26/10/2021.** La Sala apreció que como regla general, que el orden de prelación para el pago de los dividendos se conforma en primer lugar con los créditos del art. 244 de la LCQ, luego con los créditos con privilegio especial y posteriormente los del art. 240; siempre que el pago deba realizarse con el producido de los bienes afectados al privilegio y en virtud de los cuales se generó el gasto. Pero manifestó que este criterio legal encuentra una excepción cuando el crédito con privilegio especial postergado es de naturaleza laboral. Así resolvió de conformidad con la doctrina de la Corte Suprema desarrollada en el fallo del 26.03.14 dictado en los autos “Pinturas y Revestimientos Aplicados SA s/ quiebra”, que el rango de privilegios previstos en la ley 24.522 se ve modificado por el Convenio n° 173 de la OIT Sobre la Protección de los Créditos Laborales en Caso de Insolvencia del Empleador que fuera ratificado por la ley 24.285.
- c. **“Sixis S.A s/ quiebra”, Expte 17320/2016, Sala E, 16/07/2021.** Los magistrados consideraron que el criterio legal que surge del Art. 244 de la ley 24.522 encuentra una excepción cuando el crédito con privilegio especial postergado es de naturaleza laboral y que De conformidad con la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, desarrollada en el fallo dictado en los autos “Pinturas y revestimientos aplicados SA s/ Quiebra”, el rango de privilegios previstos en la ley 24.522 se encuentra modificado por el Convenio N° 173 de la Organización Internacional del Trabajo Sobre la Protección de los Créditos laborales en Caso de Insolvencia del Empleador ratificado por la ley 24.285).
- d. **“Hsu Liang Hsien s/quiebra”, Expte 18619/2006, Sala B, 16/07/2021.** Se resolvió que debe receptarse la existencia de una subordinación aceptada por el Estado en el marco del Convenio 173 OIT debiéndose postergar la preferencia o privilegio de cobro que sus créditos frente a créditos de naturaleza laboral, en consonancia con lo previsto por el art. 8 del Convenio 173 de la Organización Internacional del Trabajo el que



# DECONOMI

ratificado por nuestro país mediante ley 24.285, obliga a reconocerle al crédito laboral, la protección que les es debida.

- e. **“Bozzi, Gustavo Leonardo s/ quiebra s/ incidente de verificación de créditos por Ceretti Roberto Ángel”, CNCom F, Expte 26725/2018/18, 24.08.2022.** En el caso se resolvió que teniendo en cuenta los documentos internacionales a los que adhirió nuestro país (Convenio OIT nro. 173) y, atento a la Recomendación OIT 180 debe hacerse extensivo el privilegio al rubro horas extras a los últimos 12 meses.

## 7. CONCLUSIONES

La específica normativa de la propia ley 24522, que debe ser integrada por los principios, valores y cláusulas de los tratados de Derechos Humanos, por los principios propios del derecho laboral y la normativa del Convenio OIT 173 y la Recomendación 180 nos permite concluir que para el tratamiento de los créditos laborales existe un verdadero derecho laboral concursal al cual la jurisprudencia especializada ha abierto sus puertas. La necesidad de una tutela efectiva del más vulnerable en la relación lo amerita.



## **“Las reestructuraciones en la ley concursal española tras la incorporación de la directiva 2019/1023: su impacto sobre los administradores societarios”<sup>59</sup>**

por Ana Belén Campuzano<sup>60</sup>

SUMARIO: I. CONSIDERACIÓN GENERAL. II. LA CONFIGURACIÓN DE LOS PLANES DE REESTRUCTURACIÓN. 1. Los marcos de reestructuración preventiva: las alertas tempranas y la probabilidad de insolvencia. 2. El preconcurso: la comunicación de negociaciones con los acreedores y los planes de reestructuración. III. EL NO DESAPODERAMIENTO DEL DEUDOR. IV. EL NOMBRAMIENTO DE EXPERTO A INSTANCIA DE LOS ACREEDORES EN LOS PLANES DE REESTRUCTURACIÓN. V. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

### **I. CONSIDERACIÓN GENERAL**

La legislación de insolvencia española, recogida en el texto refundido de la Ley Concursal aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2020 de 5 de mayo -profundamente reformado por la Ley 16/2022 de 5 de septiembre para la transposición de la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de junio de 2019 (Directiva sobre reestructuración e insolvencia)- introduce un nuevo modelo de preconcurso en el que los planes de reestructuración ocupan un lugar prevalente. El propio Preámbulo de la referida Ley 16/2022 los considera un *instrumento preconcursal dirigido a evitar la insolvencia, o a superarla* en cuya regulación *se ha preservado el carácter flexible (poco procedimental) de los acuerdos de refinanciación y se han incorporado elementos que les otorgan mayor eficacia que a estos últimos, como*

---

<sup>59</sup> El trabajo se integra en el marco de las investigaciones desarrolladas en el Proyecto Sostenibilidad corporativa y reestructuración empresarial PID2021-125466NB-I00 (financiado por MCIN/ AEI / 10.13039/501100011033 / FEDER, UE) y en el Grupo de Investigación de la Universidad San Pablo CEU Gobierno Corporativo y Gestión de Riesgos (G20/1-01) y de la Cátedra de la Universidad San Pablo CEU y Mutua Madrileña

<sup>60</sup> Catedrática de Derecho Mercantil - Universidad San Pablo CEU



# DECONOMI

*la posibilidad de arrastre de clases disidentes, sujeta al cumplimiento de ciertas salvaguardas para los acreedores, que constituye el núcleo del modelo.*

En efecto, en el régimen de los planes de reestructuración destaca la posibilidad, en los términos legales, de extender sus efectos a acreedores disidentes dentro de una clase, a clases enteras de acreedores disidentes o incluso a los socios, esto es, excepcionando con ello el juego de las reglas generales del Derecho civil o mercantil.

Es lo que diversos autores han calificado como cambio de modelo, al menos para grandes (y medianas) empresas: *los acreedores se pueden quedar con todo o parte del negocio* (en insolvencia actual e inminente). Ahora bien, también se ha destacado que uno de los riesgos del modelo es que se propicien *conductas expropiatorias por parte de los acreedores*, lo que requiere que se incorporen ciertas garantías y salvaguardas (principalmente, identificadas con el presupuesto objetivo de la reestructuración y con el valor que se asegura a los socios).

El planteamiento legal arranca de una cierta identificación entre sociedad y socios, aunque realmente la propuesta de planes de reestructuración parte de la negociación entre deudor persona jurídica y acreedores, lo que conduce a plantearse cuál es la posición del deudor persona jurídica en dicho proceso de negociación, en cuanto los planes de reestructuración no implican el desapoderamiento del deudor y éste ha de diferenciarse de las personas de los socios, no sólo desde una perspectiva conceptual, sino también desde la óptica del deber de los administradores de las personas jurídicas de actuar en defensa del interés social (que no es siempre coincidente con el interés de los socios).

## II. LA CONFIGURACIÓN DE LOS PLANES DE REESTRUCTURACIÓN

### 1. Los marcos de reestructuración preventiva: las alertas tempranas y la probabilidad de insolvencia

La incorporación de un nuevo procedimiento para atender una crisis empresarial puede ir acompañada también de la determinación de su



# DECONOMI

presupuesto objetivo. En esos supuestos, se define el concepto de insolvencia que permite el acceso al procedimiento y se establecen los principios y funciones que informan la concreta regulación que finalmente se adopte, porque en la tensión legislativa entre unidad o diversidad de procedimientos para afrontar las crisis económicas y financieras, esta última es la que en los últimos tiempos se está reforzando, aunque entre esos diversos procedimientos haya puntos o aspectos comunes e incluso en ocasiones una posible consecución de uno a otro. En esa medida, algunos procedimientos pueden resultar más o menos idóneos en atención al grado de deterioro financiero o económico del deudor.

A partir de ahí, es recurrente la consideración de que es necesario atender a las dificultades económicas del deudor con prontitud, para que las medidas que se adopten tengan mayor posibilidad de resultar exitosas. Ese principio de “alertas tempranas” informa la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019 (Directiva sobre reestructuración e insolvencia). La Ley 16/2022 de reforma concursal incide en que lo tiene en cuenta, incorporando lo que considera como *algunos mecanismos de alerta temprana que permitan al deudor responsable detectar la necesidad de actuar para evitar o para encauzar la insolvencia*. No obstante, la opción legislativa en la reforma del texto refundido de la Ley Concursal es notoriamente reducida en lo que a la inclusión de alertas tempranas se refiere, conformándose con incorporar el estado de insolvencia probable (probabilidad de insolvencia) que, además, convive con la insolvencia inminente y actual en el ámbito del precurso; el precurso podría haberse configurado como una alternativa realmente previa al concurso, pero, sin embargo, se ha optado por admitirlo tanto en caso de insolvencia probable como de insolvencia inminente y actual.

En estos términos se incorpora en la legislación concursal española la probabilidad de insolvencia como estado previo a la insolvencia inminente y a la actual, vinculada fundamentalmente con el derecho preconcursal -aunque el precurso también sea posible en caso de insolvencia inminente y actual- e integrándose también la probabilidad de insolvencia en el presupuesto objetivo del procedimiento especial para microempresas y en caso de solicitud de nombramiento de experto para recabar ofertas de adquisición de la unidad



# DECONOMI

productiva (en ambas también se contempla la insolvencia inminente y actual). La principal novedad respecto a la probabilidad de insolvencia es su determinación temporal -en términos objetivos indica la Ley 16/2022 de 5 de septiembre- en cuanto dicho estado ya se invocaba en normas precedentes (entre otros, el art. 6 del Real Decreto-ley 35/2020, de 22 de diciembre, de medidas urgentes de apoyo al sector turístico, la hostelería y el comercio y en materia tributaria), aunque sin esa delimitación temporal.

Ahora bien, la Directiva sobre reestructuración e insolvencia no se centra específicamente en la probabilidad de insolvencia, sino en la detección temprana de las dificultades financieras y en la adopción de los procedimientos más adecuados para abordarlas, como medio para evitar con mayor probabilidad una insolvencia inminente o, en el caso de una empresa cuya viabilidad haya quedado definitivamente deteriorada para lograr un procedimiento de liquidación más ordenado y eficiente.

La conveniencia de articular procedimientos que afronten las dificultades financieras y económicas de forma temprana no es una preocupación legislativa novedosa. En el devenir legislativo para aproximarse a la consecución de este objetivo, la reestructuración (temprana) venía ya considerándose idónea. En particular, el Reglamento (UE) del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2015, sobre procedimientos de insolvencia, ya determina su ampliación a los procedimientos que estén dirigidos a la reestructuración de un deudor en una fase en la que la insolvencia es solo una probabilidad. Por eso, en su ámbito de aplicación dispone que en los casos en los que los procedimientos a que se refiere puedan iniciarse en situaciones en las que únicamente existe una probabilidad de insolvencia, su propósito será evitar la insolvencia del deudor o el cese de su actividad.

Los mecanismos o herramientas de alerta temprana constituyen uno de los aspectos más relevantes de la Directiva sobre reestructuración e insolvencia, que parte de que los marcos de reestructuración preventiva persiguen, ante todo, una reestructuración efectiva de los deudores con dificultades financieras en un momento temprano. Delimitar el término “temprano” es, en realidad, complejo, dado que aunque el espíritu de la Directiva es que esa detección o alarma temprana sea previa a la situación de insolvencia,





# DECONOMI

no faltan las referencias a la insolvencia inminente. La Directiva alude en diversas ocasiones a marcos de reestructuración preventiva temprana que eviten la insolvencia, limitando así la liquidación innecesaria de empresas viables y evitando, asimismo, la acumulación de préstamos dudosos. Como se destaca, cuanto antes pueda detectar un deudor sus dificultades financieras y tomar las medidas oportunas, mayor será la probabilidad de evitar una insolvencia inminente o, en el caso de una empresa cuya viabilidad haya quedado definitivamente deteriorada, más ordenado y eficiente será el procedimiento de liquidación. Por ello, se incide en la necesidad de facilitar *información clara, actualizada, concisa y fácil de utilizar sobre los procedimientos de reestructuración preventiva* a los que puede acudir el deudor a tiempo aún de adoptar medidas eficientes frente a sus dificultades financieras. Todo mecanismo que se implemente y sirva al objeto de esta alerta temprana –público o privado- redundará en un mayor éxito de la reestructuración, aunque la Directiva no atribuye a los Estados miembros ninguna responsabilidad por los posibles daños y perjuicios ocasionados por los procedimientos de reestructuración derivados de dichas herramientas de alerta temprana. En este sentido, se pretende que el marco o marcos de reestructuración esté disponible antes de que un deudor se encuentre en situación de insolvencia con arreglo a la legislación de cada Estado, es decir, antes de que el deudor reúna las condiciones de la normativa nacional para entrar en un procedimiento colectivo de insolvencia que implica normalmente un total desapoderamiento -o, al menos, un relevante desapoderamiento- del deudor y el nombramiento de un administrador. No obstante, si se atiende a la literalidad con la que en el articulado de la Directiva se inicia el régimen de la disponibilidad de marcos de reestructuración preventiva, también se aprecia que se incide en que *los Estados miembros se cerciorarán de que, cuando se hallen en un estado de insolvencia inminente, los deudores tengan acceso a un marco de reestructuración preventiva que les permita reestructurar, con el fin de evitar la insolvencia y garantizar su viabilidad, sin perjuicio de otras soluciones destinadas a evitar la insolvencia, protegiendo así el empleo y manteniendo la actividad empresarial.*

No cabe duda, en todo caso, de que el objetivo es detectar las dificultades financieras con la mayor antelación posible, evitando que éstas se



# DECONOMI

pongan de manifiesto cuando la insolvencia es ya actual. Pero no se rechazan los marcos de reestructuración preventiva en relación con la insolvencia inminente, teniendo en cuenta que ambos conceptos o “estados” se definen por la legislación de cada Estado. De hecho, las obligaciones de los administradores sociales que establece la Directiva (art. 19) se vinculan con la insolvencia inminente: los Estados *se cerciorarán de que, en caso de insolvencia inminente, los administradores sociales tomen debidamente en cuenta, como mínimo, lo siguiente: a) los intereses de los acreedores, tenedores de participaciones y otros interesados; b) la necesidad de tomar medidas para evitar la insolvencia, y c) la necesidad de evitar una conducta dolosa o gravemente negligente que ponga en peligro la viabilidad de la empresa.*

Las amplias y flexibles consideraciones de la Directiva sobre reestructuración e insolvencia dejan amplio margen, por tanto, a los Estados para configurar el marco de los procedimientos. Por ello, el Preámbulo de la Ley 16/2022 de reforma del texto refundido de la Ley Concursal considera, respecto al presupuesto objetivo, que la especialidad de los marcos de reestructuración temprana es para la Directiva la probabilidad de insolvencia. Así, destaca que la Directiva sobre reestructuración e insolvencia *exige que los Estados miembros establezcan “herramientas de alerta temprana” para que el deudor, detectada la probabilidad de insolvencia, pueda actuar sin demora a fin de evitar que esa mera probabilidad se convierta en insolvencia actual.* Ciertamente, la reforma del texto refundido de la Ley Concursal alude a esas alertas tempranas, pero, en puridad, no parece que las que incorpora (servicios de asesoramiento, web de autodiagnóstico de salud empresarial, posición de riesgo suministrada por el Colegio de Registradores, advertencia en caso de ejecución judicial) puedan asegurar esa detección temprana de las dificultades financieras (finalmente, no se han acogido otras medidas de alerta temprana vinculadas a impagos impositivos o de cuotas que podrían haber procurado mayor alcance a esa detección temprana de dificultades).

Pues bien, en ese marco se conforman legalmente los estados de probabilidad de insolvencia, insolvencia inminente e insolvencia actual que se ordenan secuencialmente: la probabilidad de insolvencia es un estado previo a la insolvencia inminente y ésta un estado previo a la insolvencia actual. El



# DECONOMI

alcance de esos estados se diseña en la Ley Concursal con flexibilidad. Mientras que el acceso al concurso de acreedores requiere insolvencia inminente o actual -además de la insolvencia cualificada y de que en caso de solicitud de nombramiento de experto para recabar ofertas de adquisición de la unidad productiva se contemple también la probabilidad de insolvencia- la opción por un instrumento preconcursal dispone de un presupuesto objetivo específico, la probabilidad de insolvencia, pero no se restringe el acceso en situación de insolvencia inminente o actual. A este respecto, el Preámbulo de la Ley 16/2022 incide en que, ciertamente, la Directiva no establece como presupuestos del precurso los mismos presupuestos del concurso de acreedores, sino uno específico; pero no prohíbe esa extensión. En la consideración legislativa esta opción flexible permite, mientras que la empresa sea económicamente viable, la reestructuración para evitar los riesgos de destrucción de valor asociados al procedimiento concursal. De manera que en el precurso el presupuesto objetivo abarca desde la probabilidad de insolvencia, a la insolvencia inminente y actual. La opción legislativa es clara, pero ello no es óbice para que, de nuevo, se haya perdido la oportunidad de construir un derecho preconcursal realmente previo -y no también alternativo- al concurso de acreedores.

Esta opción incorporada a nuestra legislación concursal, cuando menos, se aleja del espíritu de la Directiva sobre reestructuración e insolvencia. En la Exposición de Motivos de la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la armonización de determinados aspectos de la legislación en materia de insolvencia, de 7 de diciembre de 2022, se señala que *la Directiva (UE) 2019/1023 es un instrumento de armonización específico que se centra en dos tipos específicos de procedimientos: los procedimientos previos a la insolvencia; y los procedimientos de exoneración de deudas para empresarios que han fracasado. Ambos procedimientos eran nuevos y no figuraban en los marcos nacionales de insolvencia de la mayoría de los Estados miembros. Los procedimientos de reestructuración preventiva [título II de la Directiva (UE) 2019/1023] son regímenes disponibles para los deudores en dificultades financieras antes de que se conviertan en insolventes, es decir, cuando la insolvencia sea inminente. Se basan en el hecho de que existe una posibilidad mucho mayor de salvar a las empresas en dificultades cuando estas*



# DECONOMI

*pueden acceder a las herramientas para reestructurar sus deudas en un momento muy temprano, antes de convertirse definitivamente en insolventes. Las normas mínimas de armonización de la Directiva (UE) 2019/1023 sobre los marcos de reestructuración preventiva solo se aplican a las empresas que aún no son insolventes y persiguen precisamente el objetivo de evitar procedimientos de insolvencia para empresas que aún pueden restablecer su viabilidad.*

De un lado, la delimitación de la insolvencia inminente y de la insolvencia actual se remite a los términos en los que se contempla en el concurso de acreedores. Se encuentra en estado de insolvencia inminente el deudor que prevea que dentro de los tres meses siguientes no podrá cumplir regular y puntualmente sus obligaciones. Esta delimitación temporal del estado de insolvencia inminente -tres meses- procede también de la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del texto refundido de la Ley Concursal, ya que con anterioridad dicho estado se contemplaba, pero sin determinación temporal. Se encuentra en estado de insolvencia actual el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles. La insolvencia actual es, pues, la imposibilidad de cumplir de modo normal las obligaciones a medida que venzan y sean exigibles por los acreedores. De otro lado, la definición de probabilidad de insolvencia se incluye en el ámbito del derecho preconcursal y de ahí resulta extrapolable al procedimiento especial para microempresas y a la solicitud de nombramiento de experto para recabar ofertas de adquisición de la unidad productiva. Se considera que existe probabilidad de insolvencia cuando sea objetivamente previsible que, de no alcanzarse un plan de reestructuración, el deudor no podrá cumplir regularmente sus obligaciones que venzan en los próximos dos años.

El Preámbulo de la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del texto refundido de la Ley Concursal manifiesta que la definición de probabilidad de insolvencia se hace en términos objetivos: *la definición recogida en la Ley permite que la reestructuración se lleve a cabo en una fase temprana, reduciendo la pérdida de valor empresarial y el consiguiente perjuicio para los acreedores y para el propio deudor. Para ello se opta por el modelo alemán, fijando un horizonte temporal dentro del que se prevé se van a materializar los incumplimientos de las obligaciones del deudor. En este sentido, se establece*



# DECONOMI

*que se encuentra en probabilidad de insolvencia el deudor que no va a poder cumplir las obligaciones que venzan en los próximos dos años.*

## **2. El precurso: la comunicación de negociaciones con los acreedores y los planes de reestructuración**

La Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del texto refundido de la Ley Concursal suprime los acuerdos de refinanciación y los acuerdos extrajudiciales de pago, como procedimientos preconcursales, e integra en este ámbito la comunicación de negociaciones con los acreedores para alcanzar un plan de reestructuración y los planes de reestructuración dirigidos a ser homologados judicialmente. Las previsiones legales se proyectan respecto a grandes y medianas empresas en lo que puede denominarse “régimen general” (arts. 583 a 681 TRLC), en contraposición al “régimen especial” que recoge algunas reglas (arts. 682 a 684 TRLC) para pequeñas empresas (que se delimitan legalmente, atendiendo al número medio de trabajadores empleados durante el ejercicio anterior y al volumen de negocios anual o balance general anual).

La comunicación de negociaciones con los acreedores y los planes de reestructuración dirigidos a ser homologados judicialmente conforman, por tanto, los instrumentos de derecho preconcursal. Se trata de dos procedimientos de derecho preconcursal estrechamente relacionados, aunque no de forma absoluta, dado que no es imprescindible que se utilicen de forma conjunta. En efecto, es posible efectuar la comunicación de negociaciones con los acreedores para alcanzar un plan de reestructuración o solicitar directamente la homologación de un plan de reestructuración.

De hecho, se prevé que si se estuviera negociando un plan de reestructuración sin comunicación previa, la solicitud de concurso presentada por el deudor puede ser suspendida por el juez a instancia del experto en la reestructuración, si hubiera sido nombrado, o de los acreedores que, en el momento de la solicitud, representen más del cincuenta por ciento del pasivo que pudiera quedar afectado por el plan de reestructuración. En la solicitud deberá acreditarse la presentación de un plan de reestructuración por parte de



# DECONOMI

los acreedores que tenga probabilidad de ser aprobado. Esta suspensión se levantará transcurrido un mes si los acreedores no hubieran presentado la solicitud de homologación del plan de reestructuración. No obstante, esta previsión no será aplicable cuando el deudor sea una persona natural o una sociedad cuyos socios o algunos de ellos sean legalmente responsables de las deudas sociales.

El Preámbulo de la Ley 16/2022 señala que las empresas podrán acogerse a los planes de reestructuración en una situación de probabilidad de insolvencia, previa a la insolvencia inminente, aunque, en puridad, es el precurso -comunicación de negociaciones con los acreedores para alcanzar un plan de reestructuración y planes de reestructuración que vayan a ser homologados- el que queda sujeto a insolvencia probable, inminente e incluso actual. Con esta opción de derecho preconcursal se permite actuar antes de que el deudor esté en insolvencia (tratando de evitar que las dificultades económicas y financieras del deudor se agraven hasta constituir insolvencia), pero también acoge estos instrumentos como alternativas al concurso de acreedores. No se trata sólo de que el deudor reaccione antes de que su situación se agrave y deba acudir al concurso -insolvencia probable- cuanto de que pueda dar solución al estado de insolvencia -inminente o actual- a través de un procedimiento distinto al concurso de acreedores. Desde esa perspectiva, en ambos instrumentos de derecho preconcursal -comunicación de negociaciones con los acreedores y planes de reestructuración- se delimita el presupuesto subjetivo y el objetivo.

Respecto al presupuesto subjetivo, el derecho preconcursal queda restringido a las personas naturales o jurídicas que lleven a cabo una actividad empresarial o profesional. A partir de ahí, se proyecta desde la perspectiva de que cualquier persona natural o jurídica que lleve a cabo una actividad empresarial o profesional pueda efectuar la comunicación de apertura de negociaciones con los acreedores o solicitar directamente la homologación de un plan de reestructuración (art. 583.1 TRLC). Ciertamente, el diseño legal faculta al deudor para poner en marcha los referidos mecanismos preconcursales en los términos indicados -comunicación de apertura de negociaciones con los acreedores o solicitud directa de homologación de un plan de reestructuración- aunque en sede de planes de reestructuración también se





# DECONOMI

confiere a los acreedores que reúnan determinado porcentaje de pasivo algunas opciones de actuación, principalmente vinculadas con la solicitud de nombramiento de experto. De manera que la comunicación de apertura de negociaciones con los acreedores o la solicitud directa de homologación de un plan de reestructuración se configura como una facultad del deudor, mientras que en la solicitud de nombramiento de experto que se contempla en los planes de reestructuración se da entrada a la actuación de los acreedores que detentan determinados porcentajes de pasivo.

La delimitación del presupuesto subjetivo se completa con una amplia lista de deudores que quedan excluidos: empresas de seguros o de reaseguros, entidades de crédito, empresas de inversión u organismos de inversión colectiva, entidades de contrapartida central, depositarios centrales de valores y otras entidades y entes financieros. Igualmente, en este presupuesto subjetivo tampoco se incluyen las entidades que integran la organización territorial del Estado, los organismos públicos y demás entes de derecho público, ni los deudores que reúnan la condición legal de microempresas que quedan obligatoriamente sujetas al procedimiento especial que recoge el libro tercero del texto refundido de la Ley Concursal.

Por lo que respecta a la determinación del presupuesto objetivo, también se incluye en el inicio del libro segundo de la Ley Concursal dedicado al precurso, de forma previa a la delimitación del alcance y efectos de la comunicación de negociaciones con los acreedores y de los planes de reestructuración y su homologación. Los mecanismos concursales así configurados -comunicación de negociaciones con los acreedores y homologación de un plan de reestructuración- se vinculan a la iniciativa del deudor y requieren que concurra el presupuesto objetivo, es decir, que se encuentre en estado de insolvencia probable, inminente o actual. De nuevo la delimitación se proyecta sobre la comunicación de negociaciones con los acreedores o la homologación de un plan de reestructuración, y no sin más sobre los planes de reestructuración, en los que concurren las cuestiones ya apuntadas de posible solicitud de nombramiento de experto por parte de acreedores, sin perjuicio de que la función principal del experto se encamine a que el deudor y los acreedores alcancen un plan de reestructuración que pueda ser homologado.



# DECONOMI

No en vano los planes de reestructuración que quedan sujetos a las previsiones de la Ley Concursal son aquellos que prevean una extensión de sus efectos frente a acreedores o clases de acreedores titulares de créditos afectados que no hayan votado a favor del plan y los socios de la persona jurídica cuando no hayan aprobado el plan (sin perjuicio de que también se disponga que, con independencia de que se prevea o no una extensión de los efectos del plan de reestructuración, también quedan sujetos los planes de reestructuración cuando los interesados pretendan proteger la financiación interina y la nueva financiación que prevea el plan y los actos, operaciones o negocios realizados en el contexto de este frente al régimen general de las acciones rescisorias, y reconocer a esa financiación preferencias de cobro). A lo que cabe añadir que la comunicación de existencia o de inicio de negociaciones con los acreedores lo es a los efectos de alcanzar un plan de reestructuración que permita al deudor superar la situación en que se encuentra.

La determinación del presupuesto objetivo del precurso, comunicación de negociaciones con los acreedores y homologación de planes de reestructuración, no impide que, una vez se entra en la regulación de ambos institutos concursales, se reitere, y se matice, este amplio presupuesto objetivo. Las precisiones se incorporan en los supuestos de insolvencia inminente y actual. La opción legislativa permite el recurso al derecho preconcursal también en estado de insolvencia inminente y actual, pero en estos estados la reestructuración puede ser, en gran medida, impuesta, no sólo a los acreedores disidentes (para lo que se prevén reglas de protección del valor que han de recibir, en atención a que el plan sea consensual o no) y a los socios, sino también a la sociedad. Que ello suceda en estado de insolvencia actual no resulta sorprendente -este es el estado “menos idóneo” para una reestructuración en los términos pretendidos en la Directiva- pero que también pueda producirse en estado de insolvencia inminente resulta más singular. Aunque la insolvencia inminente puede evolucionar con rapidez a una insolvencia actual, ciertamente ese estado de insolvencia inminente no parece que debiera procurar las mismas consecuencias que el estado de insolvencia actual. No sólo por las referencias de la Directiva a este estado, sino porque en el sistema concursal español el deber de solicitar el concurso por parte del



# DECONOMI

deudor no se vincula con la insolvencia inminente, sino únicamente con la insolvencia actual.

En el caso de la comunicación de apertura de negociaciones con los acreedores las previsiones legales parten de que en caso de probabilidad de insolvencia o de insolvencia inminente, el deudor, sea persona natural o jurídica, podrá comunicar al juzgado competente para la declaración del concurso la existencia de negociaciones con sus acreedores, o la intención de iniciarlas de inmediato, para alcanzar un plan de reestructuración que permita superar la situación en que se encuentra. Precizando que el deudor que se encuentre en estado de insolvencia actual podrá efectuar dicha comunicación en tanto no se haya admitido a trámite solicitud de declaración de concurso necesario. En esta comunicación al juzgado el deudor ha de expresar una serie de indicaciones, entre las que se encuentran, las razones que justifican la comunicación, con referencia al estado en que se encuentra, sea probabilidad de insolvencia, insolvencia inminente o insolvencia actual.

Por su parte, en los planes de reestructuración y de su procedimiento de homologación judicial también se determina de inicio con amplitud el presupuesto objetivo -que el deudor se encuentre en estado de probabilidad de insolvencia, de insolvencia inminente e incluso de insolvencia actual- aunque existen matices atendiendo al concreto estado de insolvencia. Los planes de reestructuración se incorporan a la legislación concursal como instrumento preconcursal dirigido a evitar la insolvencia, o a superarla, permitiendo que esta reestructuración pueda llevarse a cabo de forma temprana, lo que se considera aportará mayores probabilidades de éxito (además de contribuir a la descongestión de los juzgados y por tanto a una mayor eficiencia del concurso). Para ello, se contempla el recurso a los planes de reestructuración en una situación de insolvencia probable, previa a la insolvencia inminente, sin perjuicio de permitir también su uso en estado de insolvencia actual. Este diseño legal posibilita que el derecho preconcursal resulte idóneo para afrontar las dificultades financieras o económicas antes del estado de insolvencia -de una forma temprana- sin vedar por ello su uso cuando la situación sea ya de insolvencia (inminente o actual), aunque en estos supuestos la viabilidad resultará determinante. La viabilidad ha de ser condición de los marcos de



# DECONOMI

reestructuración preventiva, como, en gran medida, es requisito de cualquier procedimiento que pretenda tener éxito reestructurando o refinanciando las dificultades financieras de un deudor.

La falta de viabilidad no sólo conlleva el mantenimiento artificial de actividades o empresas inviables, sino que una reestructuración sin viabilidad o con serias dudas sobre la recuperación de esa viabilidad puede agravar aún más la situación, en detrimento de todos los interesados o afectados. Por ello, la Directiva sobre reestructuración e insolvencia contempla que los Estados miembros puedan mantener o introducir una prueba de viabilidad en virtud de la normativa nacional, siempre que dicha prueba tenga por finalidad excluir a los deudores que no tengan perspectivas de viabilidad y que pueda llevarse a cabo sin comprometer los activos de los deudores. No obstante, la legislación concursal español no ha incluido esa prueba de viabilidad.

El concepto legal de planes de reestructuración se caracteriza por su amplitud, distinguiéndose -por exigencia de la Directiva- los que se denominan planes consensuales y planes no consensuales, considerándose que una de las mayores innovaciones es la posibilidad de homologar un plan de reestructuración que no haya sido aprobado por todas las clases de acreedores, o incluso por los socios del deudor persona jurídica cuando el plan contenga medidas que requieran acuerdo de junta (plan no consensual). Esta amplitud también se acoge, con matices, en la determinación del presupuesto objetivo para la homologación judicial de un plan de reestructuración, de la que dependerán algunos efectos muy relevantes de la reestructuración.

En el procedimiento de aprobación de los planes de reestructuración se prevé que cuando se solicite la homologación de un plan de reestructuración en estado de insolvencia actual o inminente de la sociedad deudora, los socios no tendrán derecho de preferencia en la suscripción de nuevas acciones o en la asunción de las nuevas participaciones, en particular cuando el plan prevea una reducción del capital social a cero o por debajo de la cifra mínima legal y simultáneamente el aumento del capital.

Una de las reglas generales de la homologación de los planes de reestructuración, bajo la rúbrica de presupuesto objetivo, es que la homologación



# DECONOMI

judicial del plan de reestructuración, aprobado de conformidad con las previsiones legales, se podrá solicitar cuando el deudor se encuentre en probabilidad de insolvencia o en insolvencia inminente. Precisando que, cuando el deudor se encuentre en estado de insolvencia actual, se podrá solicitar la homologación del plan siempre que no hubiera sido admitida a trámite solicitud de concurso necesario.

A partir de ahí, el plan de reestructuración aprobado por todas las clases de acreedores para ser homologado debe reunir una serie de requisitos: que el deudor se encuentre en probabilidad de insolvencia, insolvencia inminente o actual y el plan ofrezca una perspectiva razonable de evitar el concurso y asegurar la viabilidad de la empresa en el corto y medio plazo; que cumpla con los requisitos de contenido y de forma exigidos; que haya sido aprobado por todas las clases de créditos, por el deudor o, en su caso, por los socios; que los créditos dentro de la misma clase sean tratados de forma paritaria; y que haya sido comunicado a todos los acreedores afectados. También puede ser homologado el plan de reestructuración que no haya sido aprobado por todas las clases de créditos si ha sido aprobado por una mayoría simple de las clases, siempre que al menos una de ellas sea una clase de créditos que en el concurso habrían sido calificados como créditos con privilegio especial o general; o, en su defecto, por al menos una clase que, de acuerdo con la clasificación de créditos prevista, pueda razonablemente presumirse que hubiese recibido algún pago tras una valoración de la deudora como empresa en funcionamiento. En este caso, la homologación del plan requerirá que la solicitud vaya acompañada de un informe del experto en la reestructuración sobre el valor de la deudora como empresa en funcionamiento. Además, si el deudor es persona natural la homologación del plan de reestructuración requerirá que haya sido aprobado por éste. Y, si el deudor es una persona jurídica, la homologación del plan de reestructuración requerirá que haya sido aprobado por los socios legalmente responsables de las deudas sociales. En caso de que estos socios no existieran, y el plan contuviera medidas que requieran acuerdo de la junta de socios, el plan de reestructuración se podrá homologar, aunque no haya sido aprobado por los socios, si la sociedad se encuentra en situación de insolvencia actual o inminente. La Ley Concursal, como señala el Preámbulo de la Ley 16/2022, opta



# DECONOMI

por una solución que se aparta de la hasta ahora vigente en el derecho español y reconoce el derecho de voto de los socios cuando el plan de reestructuración afecta a sus derechos, pero permite que, en caso de insolvencia actual o de insolvencia inminente, el plan de reestructuración se homologue en contra de su voluntad, lo que justifica para evitar conductas abusivas que, en la práctica, comporten una redistribución de valor en su beneficio y en perjuicio de los acreedores sin razones económicas que lo sustenten.

En consonancia con estas previsiones, entre los motivos para la impugnación del auto de homologación del plan aprobado por todas las clases de créditos por los titulares de créditos afectados que no hayan votado a favor del mismo, se incluye que el deudor no se encuentre en probabilidad de insolvencia, insolvencia inminente o actual. Este motivo también podrá ser invocado para la impugnación del auto de homologación del plan no aprobado por todas las clases de créditos por los acreedores que no hayan votado a favor del plan, con independencia de que pertenezcan o no a una clase que haya aprobado dicho plan. En fin, también los socios de la sociedad deudora que no hayan aprobado el plan de reestructuración podrán impugnar el auto de homologación, entre otros motivos, invocando que el deudor no se encuentra en estado de insolvencia actual o de insolvencia inminente.

### III. EL NO DESAPODERAMIENTO DEL DEUDOR

El no desapoderamiento del deudor en el ámbito de los mecanismos concursales es una de las características que la Directiva sobre reestructuración e insolvencia considera vinculadas a la idoneidad de estas alternativas concursales y que acoge la reforma del texto refundido de la Ley Concursal. En efecto, el desapoderamiento del deudor se produce en el proceso concursal, mientras que en el precurso se parte de que no hay este desapoderamiento.

El artículo 5 de la Directiva sobre reestructuración e insolvencia es muy significativo a estos efectos, al referirse al deudor no desapoderado: *1. Los Estados miembros velarán por que el deudor que sea parte en los procedimientos de reestructuración preventiva conserve totalmente, o al menos*



# DECONOMI

*en parte, el control sobre sus activos y sobre la gestión diaria de la empresa. 2. Cuando sea necesario, el nombramiento, por una autoridad judicial o administrativa, de un administrador en materia de reestructuración se decidirá en cada caso concreto, excepto en determinadas circunstancias en las que los Estados miembros puedan requerir que en todos los casos se nombre obligatoriamente a dicho administrador. 3. Los Estados miembros establecerán disposiciones para el nombramiento de un administrador en materia de reestructuración, que asista al deudor y a los acreedores en la negociación y elaboración del plan, al menos en los siguientes casos: a) cuando una autoridad judicial o administrativa acuerde la suspensión general de las ejecuciones singulares, de conformidad con el artículo 6, apartado 3, y la autoridad judicial o administrativa decida que dicho administrador es necesario para salvaguardar el interés de las partes; b) cuando el plan de reestructuración deba ser confirmado por una autoridad judicial o administrativa por medio de un mecanismo de reestructuración forzosa de la deuda aplicable a todas las categorías, de conformidad con el artículo 11, o c) cuando el deudor o una mayoría de acreedores lo solicite, siempre y cuando, en el último caso, los acreedores carguen con los costes del administrador en materia de reestructuración.*

Pues bien, la manifestación del texto refundido de la Ley Concursal es clara a este respecto. Lo es cuando regula el primero de esos mecanismos preconcursales, la comunicación de negociaciones con los acreedores, que no hay que olvidar que su fin es alcanzar un plan de reestructuración dirigido a ser homologado y que deja a iniciativa del deudor. Es el deudor, persona natural o jurídica, el que puede comunicar al juzgado competente para la declaración del concurso la existencia de negociaciones con sus acreedores, o la intención de iniciarlas de inmediato, para alcanzar un plan de reestructuración que permita superar la situación en que se encuentra, tanto en caso de probabilidad de insolvencia o de insolvencia inminente, como en caso de insolvencia actual mientras no se haya admitido a trámite solicitud de declaración de concurso necesario. Esta facultad del deudor, en caso de persona jurídica, compete al órgano de administración que, en esta comunicación, puede también solicitar el nombramiento de experto en la reestructuración.





# DECONOMI

Como destaca el Preámbulo de la Ley 16/2022, *en coherencia con el principio de intervención mínima, en la fase preconcursal no hay ningún tipo de suspensión o intervención sobre las facultades del deudor para administrar y disponer de sus bienes.*

Así, aunque el artículo 594 del texto refundido de la Ley Concursal lleve por rúbrica “regla general”, lo cierto es que su redacción no deja lugar a dudas de que la comunicación no altera la situación jurídica del deudor. En efecto, se dispone que la comunicación no tiene efecto alguno sobre las facultades de administración y disposición sobre los bienes y derechos que integran el patrimonio del deudor. Es más, se puntualiza que el nombramiento por el juez de un experto en la reestructuración, cuando proceda, tampoco tendrá efecto alguno sobre las facultades de administración y disposición sobre los bienes y derechos que integren el patrimonio del deudor. Esta última afirmación debe considerarse extensiva a todos los supuestos en los que el juez nombra un experto en la reestructuración. En esa medida, es evidente que continuarán aplicándose las normas por las que se rija el concreto deudor persona jurídica que, por otro lado, salvo las cuestiones que excepciona la Ley Concursal, son con frecuencia invocadas por la propia normativa concursal para declararlas aplicables.

En efecto, el concurso de acreedores es un proceso largo y complejo que tiene importantes efectos sobre el deudor concursado, que se agrupan en diversas categorías y que se inician con la mera declaración de concurso -e incluso con la solicitud de concurso necesario una vez que se admite- aunque van ampliándose, restringiéndose o modificándose a lo largo de todo el proceso, en función de las diferentes situaciones que pueden plantearse a lo largo de su tramitación y conclusión. Por el contrario, la comunicación de inicio de negociaciones con los acreedores para lograr un plan de reestructuración no tiene efecto alguno sobre las facultades de administración y disposición sobre los bienes y derechos que integren el patrimonio del deudor. E, igualmente, el nombramiento por el juez de un experto en la reestructuración, cuando proceda, tampoco tendrá efecto alguno sobre las facultades de administración y disposición sobre los bienes y derechos que integren el patrimonio del deudor. Este no desapoderamiento del deudor en el precurso implica



# DECONOMI

indiscutiblemente la continuidad de los órganos de la persona jurídica sin afectación sobre su funcionamiento, ni sobre su delimitación competencial. Las competencias atribuidas al órgano de administración y a la junta de socios no se alteran, ni es admisible que uno de esos órganos asuma competencias que le corresponden al otro.

Únicamente al regular los actos de ejecución del plan (art. 650 TRLC), se prevé que cuando el plan contuviera medidas que requirieran acuerdo de junta o asamblea de socios y esta no las hubiera acordado, los administradores de la sociedad y, si no lo hicieren, quien designe el juez a propuesta de cualquier acreedor legitimado, tendrán las facultades precisas para llevar a cabo los actos necesarios para su ejecución, así como para las modificaciones estatutarias que sean precisas.

En consecuencia, es competencia del órgano de administración la gestión y la representación de la sociedad (del deudor persona jurídica) salvaguardando el interés de la misma, mientras que la junta reúne a los socios y manifiesta la voluntad de éstos -conforme a las mayorías legales o estatutarias establecidas- en los asuntos que se atribuyen a su competencia, entre los que no se encuentra la manifestación de la voluntad de la persona jurídica, que corresponde al órgano de administración. De ahí que a lo largo de la regulación del concurso en el texto refundido de la Ley Concursal las previsiones que se incorporan en este ámbito vayan dirigidas a confirmar esta no afectación ni en el funcionamiento ni en el diseño competencial de los órganos del deudor persona jurídica:

- En caso de persona jurídica, la competencia para presentar la comunicación de negociaciones con los acreedores corresponde al órgano de administración del deudor (art. 585.3 TRLC), lo cual es coherente con el hecho de que la presentación de la comunicación corresponde al deudor.
- Es la propuesta del plan de reestructuración, que ha de entenderse que ha de estar negociada y acordada por el deudor persona jurídica -por su órgano de administración- y por los acreedores, la que debe ser



# DECONOMI

comunicada a todos los acreedores cuyos créditos pudieran quedar afectados. A partir de ahí, ha de someterse a decisión de los socios (art. 631 TRLC). Cuando el plan de reestructuración contenga medidas que requieran el acuerdo de los socios de la sociedad deudora se estará a lo establecido para el tipo legal que corresponda y, en el caso de las sociedades de capital, resultan aplicables las reglas generales con una serie de especialidades, que no varían el hecho de que su decisión - conforme a lo previsto- es exclusivamente la decisión de los socios, que no de la sociedad, sobre la aprobación del plan, adoptada en junta. Así, las referidas especialidades afectan a la celebración de la junta en la que ha de manifestarse la decisión de los socios sobre la aprobación del plan (el art. 631 TRLC precisa que salvo por lo que respecta a la formación de la voluntad social de conformidad con las especialidades establecidas -y a la protección de los acreedores- cualquier operación societaria que prevea el plan debe ajustarse a la legislación societaria aplicable). Por lo que respecta a la formación de la voluntad de los socios, estas especialidades disponen que:

- Entre la convocatoria y la fecha prevista de celebración de la junta general debe existir un plazo de diez días, salvo que se trate de sociedades con acciones admitidas a negociación en un mercado regulado, en cuyo caso el plazo es de veintiún días.
- Si la junta no se hubiese celebrado con anterioridad a la fecha de solicitud de la homologación del plan, se puede celebrar después siempre que hubiera sido convocada antes de esa fecha o el mismo día de presentación de la solicitud.
- Si la junta no hubiera sido previa o simultáneamente convocada, el solicitante de la homologación puede instar del juez que en la resolución de la admisión a trámite de la homologación convoque a la junta para su celebración en el plazo mencionado.



# DECONOMI

- Si la junta no hubiera sido convocada, no llegase a constituirse, o no aprobara en todos sus términos el plan de reestructuración propuesto como máximo en el plazo de los diez o veintiún días desde la admisión a trámite de la solicitud de homologación, el plan se entenderá rechazado por los socios. Hasta que transcurran esos plazos, el juez no adoptará resolución alguna sobre la homologación.
- En la convocatoria de la junta, el orden del día se limitará exclusivamente a la aprobación o al rechazo del plan en todos sus términos, sin que se puedan incluir o proponer otros asuntos. El derecho de información del socio se ejerce exclusivamente respecto a este punto del orden del día, incluso si se trata de una sociedad cotizada.
- El acuerdo se adoptará con el quórum y por la mayoría legal ordinarios, cualquiera que sea su contenido, sin que resulten aplicables los quórum o las mayorías estatutarias reforzadas que pudieran ser de aplicación a la aprobación del plan y a los actos u operaciones que deban llevarse a cabo en su ejecución.
- El acuerdo de la junta que apruebe el plan de reestructuración será impugnable exclusivamente por el cauce y en el plazo previstos para la impugnación u oposición a la homologación. En el caso de que la junta se haya celebrado con posterioridad a la solicitud de homologación del plan, el plazo de impugnación comenzará para los socios en el momento en que se hubiese celebrado la junta. Las impugnaciones del acuerdo de la junta se acumularán a la impugnación u oposición al plan por parte de los acreedores, si las



# DECONOMI

hubiese, y se tramitarán como cuestión incidental de previo pronunciamiento.

En consecuencia, el no desapoderamiento del deudor es también fundamental a la hora de determinar su actuación en el ámbito del precurso. En efecto, la propuesta de un plan de reestructuración parte de que ha de negociarse entre las partes afectadas, en las que indudablemente ha de incluirse al deudor persona jurídica. No es discutible que una vez alcanzada la propuesta de un plan de reestructuración -sea a impulso del deudor o de los acreedores- ésta quedará sujeta a un proceso de aprobación y en el trámite de su homologación judicial puede llegar a ser impuesta a acreedores y socios. Pero, para llegar a ese punto, la propuesta, como se indicaba, debe ser negociada y alcanzada entre las partes, en las que el deudor no desapoderado se incluye. Y cuando de deudor persona jurídica se trata, este no desapoderamiento supone que el órgano de administración ha de continuar con sus funciones. De manera que la propuesta de plan de reestructuración ha de negociarse, hasta alcanzarse, entre el deudor persona jurídica (diferenciado de las personas de sus socios) y los acreedores. En ningún precepto se contempla expresamente que haya de estarse a lo que propongan los acreedores, imponiendo sin más la propuesta al deudor persona jurídica contra su voluntad, aunque, ciertamente, no se exige de forma expresa el consentimiento del deudor.

Por el contrario, en el concurso de acreedores, donde si que existe desapoderamiento del deudor, no es posible imponer un convenio al deudor en contra de su voluntad. Así lo afirma el artículo 359 del texto refundido de la Ley Concursal, bajo la rúbrica aceptación de la propuesta de convenio por el concursado. En efecto, el referido precepto parte de que *el concursado podrá aceptar la propuesta o propuestas de convenio presentada por los acreedores dentro del plazo para las adhesiones, añadiendo que la aceptación no supone revocación de la que el concursado hubiera presentado*. Y a partir de ahí, expresamente señala que *en defecto de aceptación, el convenio al que la propuesta o propuestas de los acreedores se refieran no podrá ser aprobado por el juez*.

Pues bien, si se considera que en el precurso -en el que no existen los tradicionales efectos de la declaración de concurso sobre el deudor,



# DECONOMI

manteniendo éste sus facultades- es admisible la imposición por parte de los acreedores de una propuesta de plan de reestructuración al deudor persona jurídica, ha de valorarse si ello no supone la desprotección del deudor y alimenta el riesgo de “abuso” por parte de los acreedores, en cuanto a este deudor no se le reconoce tampoco la posibilidad de impugnar el plan impuesto. En la dicción legal, las singularidades del régimen jurídico del precurso se ciñen a la aprobación de la propuesta por parte de los acreedores y a la decisión de los socios sobre la misma, sin referencia a la posición del deudor persona jurídica (y, por lo tanto, a su órgano de administración). Y no hay que olvidar que el deudor persona jurídica tiene personalidad jurídica propia, diferenciada de la de sus socios y el interés de los socios no es, necesariamente, el interés de la sociedad que han de salvaguardar los administradores societarios en cumplimiento de sus deberes. En esa medida, dicho deudor persona jurídica, a través de su órgano de administración, ha de considerarse que, necesariamente, debe ser parte de la negociación de la propuesta de plan de reestructuración que, en determinadas circunstancias, podrá llegar a ser impuesta a los socios, pero que no debiera serlo a la sociedad. Ciertamente, la cuestión central es que no se contemple expresamente en el régimen general que sea necesario el consentimiento del deudor. El silencio legal ¿ha de interpretarse en el sentido de que este consentimiento no es necesario?. O para mantener esta interpretación ¿hubiera sido necesario decirlo de forma expresa, entendiéndose que esta alteración de las reglas generales del Derecho civil y mercantil requiere previsión expresa al respecto?. Si se considera que al no exigir expresamente este consentimiento el plan puede ser impuesto al deudor persona jurídica por los acreedores (además de, en insolvencia actual e inminente, a los socios) la negociación de la que se parte entre deudor y acreedores puede llegar a ser inoperante, y el postulado de que el deudor debiera de haber actuado antes (probabilidad de insolvencia) para no haberse colocado en este riesgo (insolvencia actual e inminente) parece excesivo, sobre todo si se tiene en cuenta que no se le reconoce posteriormente al deudor legitimación para impugnar.

La cuestión es distinta en el régimen especial del precurso (arts. 682 a 684 TRLC), previsto para las personas naturales o jurídicas que lleven a cabo una actividad empresarial o profesional, siempre que, de acuerdo con el



# DECONOMI

balance del ejercicio anterior al que se haga la comunicación o se presente la solicitud de homologación, reúnan las circunstancias siguientes: que el número medio de trabajadores empleados durante el ejercicio anterior no sea superior a cuarenta y nueve personas; y que el volumen de negocios anual o balance general anual no supere los diez millones de euros. Sin perjuicio de que, aun reuniendo las referidas circunstancias, estas especialidades no resultan aplicables cuando la sociedad pertenezca a un grupo obligado a consolidar, ni cuando el deudor tenga la condición de microempresa y deba quedar sujeto al procedimiento especial del libro tercero. En este caso, si que se contempla que la homologación del plan de reestructuración solo podrá solicitarse si el deudor y, en su caso, los socios de la sociedad deudora lo hubieran aprobado. Nótese que aquí se especifica la aprobación de ambos -deudor y socios- mientras que en el régimen general referido no hay previsión respecto al deudor y si especificación de que en condiciones puede ser impuesto a los socios.

Ahora bien, una previsión de estas características en el referido “régimen especial” es dudoso que pueda invocarse para afirmar que en el “régimen general” es posible formular una propuesta de plan de reestructuración sin participación y aceptación del deudor persona jurídica. Una alteración de las reglas generales de este alcance ¿es posible deducirla del hecho de que en otro régimen, el especial, se afirme lo que no se afirma expresamente en el general?. O ¿debe interpretarse que en el régimen general, como se pretende otorgar algunas facultades a los acreedores que detenten determinados porcentajes de pasivo, la normativa se ha centrado en estas cuestiones, sin precisar -quizás porque no era necesario aplicando la normativa civil y mercantil- que la propuesta de plan de reestructuración será la acordada por el deudor persona jurídica (por su órgano de administración) y los acreedores, y una vez ambas partes estén de acuerdo, será esta propuesta la que se someta a la aprobación de los acreedores y a la decisión de los socios?. Y ¿sería a partir de aquí cuando se inicia el procedimiento de homologación que, en el régimen general, si que contempla singularidades respecto a las facultades que se confieren a los acreedores, a su arrastre y a la imposición a los socios, que es lo que se especializa o singulariza en el régimen especial?.





## IV. EL NOMBRAMIENTO DE EXPERTO A INSTANCIA DE LOS ACREEDORES EN LOS PLANES DE REESTRUCTURACIÓN

En las previsiones legales aplicables a los planes de reestructuración existen algunos aspectos que resultan especialmente significativos en cuanto a la posición del deudor persona jurídica.

De un lado, como se ha indicado, las disposiciones previas ubicadas en sede de presupuestos del precurso (integrando en tal la comunicación de negociaciones con los acreedores para alcanzar un plan de reestructuración y la homologación directa de planes de reestructuración) y el posterior desarrollo de la comunicación de negociaciones con los acreedores, parten de facultar al deudor -persona natural o jurídica- para su puesta en marcha. En ambos casos, la opción elegida es la iniciativa del deudor. De otro lado, expresamente se determina que ni la comunicación ni el nombramiento por el juez de un experto en la reestructuración tienen efecto alguno sobre las facultades de administración y disposición sobre los bienes y derechos que integran el patrimonio del deudor.

Ahora bien, a partir de aquí, cuando se inicia la regulación de los planes de reestructuración el centro de atención se fija en el concepto (amplio y flexible) y en su ámbito de aplicación se establece que *se someterán a este título los planes de reestructuración que prevean una extensión de sus efectos frente a: 1.º Acreedores o clases de acreedores titulares de créditos afectados que no hayan votado a favor del plan; 2.º Los socios de la persona jurídica cuando no hayan aprobado el plan. Añadiendo que con independencia de que se prevea o no una extensión de los efectos del plan de reestructuración, también se someterán a este título los planes de reestructuración cuando los interesados pretendan proteger la financiación interina y la nueva financiación que prevea el plan y los actos, operaciones o negocios realizados en el contexto de este frente al régimen general de las acciones rescisorias, y reconocer a esa financiación las preferencias de cobro previstas en el libro primero.* En esa medida, desde la perspectiva subjetiva, la regulación se centra en los acreedores (en las clases de acreedores) y en los socios de la persona jurídica, sin precisar nada respecto a la actuación y situación del deudor que, cuando de persona jurídica se trata, ha de diferenciarse de los socios. Ello lleva a considerar que las previsiones



# DECONOMI

iniciales relativas a la actuación del deudor en el precurso (presupuestos del precurso) y a su situación jurídica en el mismo (ubicadas en sede de comunicación de negociaciones con los acreedores) han de tenerse en cuenta también en este ámbito.

A partir de ahí, entre las disposiciones que afectan a esa actuación y posición del deudor durante la conformación del plan de reestructuración que será sometido a homologación -sin haber alterado expresamente la referida actuación y posición del deudor- se encuentran en particular aquellas referidas a la solicitud de nombramiento de experto a instancia de los acreedores, así como algunas otras previsiones que contemplan actuaciones de acreedores.

Resulta también reseñable el reconocimiento de legitimación al deudor y a los acreedores que representen más del cincuenta por ciento del pasivo que vaya a quedar afectado por el plan de reestructuración para solicitar la confirmación judicial de la correcta formación de las clases con carácter previo a la solicitud de homologación del plan de reestructuración.

En este sentido, parece evidente que se parte de que en la propuesta del plan de reestructuración jugará un papel relevante el deudor. Ello se deduce de que la preocupación del legislador respecto a la comunicación de la propuesta sea que ésta deba de ser comunicada a todos los acreedores cuyos créditos pudieran quedar afectados (comunicación que, aunque no de forma principal ni única, se contempla que pueda realizarse mediante anuncio en la página web de la sociedad; se entiende que del deudor persona jurídica). En este punto, en particular, se prevé que en el caso de acreedores vinculados por un pacto de sindicación, se aplicarán las reglas contractuales sobre comunicación del deudor con los acreedores, si las hubiera. A partir de aquí, se establecen las reglas relativas a la aprobación del plan por cada clase de créditos (afectados) y en cuanto a la decisión de los socios del deudor persona jurídica deudora. Formalizado el plan de reestructuración, las previsiones legales se centran en la homologación judicial (con las especificidades previstas en atención a si se trata de un plan consensual o de un plan no consensual).

En la homologación judicial resulta muy significativo el régimen de impugnación del auto de homologación del plan, en cuanto no se confiere



# DECONOMI

legitimación al deudor. El auto de homologación aprobado por todas las clases de créditos (plan consensual) puede ser impugnado por los titulares de créditos afectados que no hayan votado a favor del plan de reestructuración. El auto de homologación del plan no aprobado por todas las clases de crédito (plan no consensual) puede ser impugnado por los acreedores que no hayan votado a favor del plan con independencia de que pertenezcan o no a una clase que haya aprobado dicho plan, por los titulares de créditos afectados que no hayan votado a favor del plan y pertenezcan a una clase que no lo haya aprobado también y por los socios de la sociedad deudora que no hayan aprobado el plan de reestructuración. Nada se indica respecto al deudor persona jurídica que tiene personalidad jurídica diferenciada de la de sus socios. Y ¿es admisible que al deudor persona jurídica no desapoderado no se le confiera legitimación para impugnar el auto de homologación y que tampoco, en la previa negociación con los acreedores, se haya requerido su conformidad a la propuesta del plan de reestructuración?. Ello implicaría admitir que la propuesta de plan de reestructuración pueda ser impuesta al deudor persona jurídica por los acreedores (lo que no dice expresamente la Ley Concursal), que no se requiere que participe el deudor persona jurídica en su aprobación (porque ésta se diseña respecto a los acreedores y a los socios, pero nada se indica respecto al deudor persona jurídica) y que tampoco tenga legitimación el deudor persona jurídica para impugnarlo. Estaríamos, en este caso, ante una suerte de “expropiación” al deudor persona jurídica no desapoderado que, dudosamente, responde a los postulados que persiguen los planes de reestructuración -de los que se predica como eje central la viabilidad- y que parece una respuesta excesiva por no haber actuado de forma temprana el deudor y hacerlo en insolvencia actual o inminente.

Dejando a un lado el procedimiento de homologación, el núcleo de la cuestión deriva de las disposiciones de la Ley Concursal que atribuyen facultades de actuación a los acreedores que detentan un determinado porcentaje mínimo del pasivo.

Así, en primer lugar, respecto a la suspensión de la solicitud de concurso voluntario (art. 637 TRLC) se dispone que si se estuviera negociando un plan de reestructuración sin comunicación previa, la solicitud de concurso



# DECONOMI

presentada por el deudor puede ser suspendida por el juez a instancia del experto en la reestructuración, si hubiera sido nombrado, o de los acreedores que, en el momento de la solicitud, representen más del cincuenta por ciento del pasivo que pudiera quedar afectado por el plan de reestructuración. En la solicitud deberá acreditarse la presentación de un plan de reestructuración por parte de los acreedores que tenga probabilidad de ser aprobado. La redacción legal limita su alcance a los supuestos en los que ese porcentaje mínimo del pasivo solicite la suspensión de la solicitud de concurso voluntario y, sólo en este caso, se contempla para dar curso a dicha solicitud que los acreedores hayan presentado un plan de reestructuración que, además, se requiere que tenga probabilidad de ser aprobado. La norma está dirigida, principalmente, a las sociedades de capital, en cuanto no resulta aplicable cuando el deudor sea una persona natural o una sociedad cuyos socios o algunos de ellos sean legalmente responsables de las deudas sociales.

En segundo lugar, la solicitud de homologación del plan de reestructuración puede ser presentada por el deudor o por cualquier acreedor afectado que lo haya suscrito (art. 643 TRLC). El precepto ha de considerarse que parte de que los acreedores -afectados- suscriben el plan, no que lo presentan.

En tercer lugar, respecto al nombramiento de experto, la Ley 16/2022 introduce en la Ley Concursal la figura del experto en reestructuración, que ha de actuar con independencia e imparcialidad, y regula aspectos relativos a su nombramiento y estatuto. Así, el nombramiento de experto en la reestructuración se considera obligatorio cuando lo solicite el deudor, cuando lo soliciten acreedores que representen más del cincuenta por ciento del pasivo que en el momento de la solicitud pudiera quedar afectado por el plan de reestructuración, cuando solicitada por el deudor la suspensión general de ejecuciones singulares o la prórroga de esa suspensión el juez considere y razone que el nombramiento es necesario para salvaguardar el interés de los posibles afectados por la suspensión y cuando el deudor o cualquier legitimado solicite la homologación judicial de un plan de reestructuración cuyos efectos se extiendan a una clase de acreedores o a los socios que no hubieran votado a favor del plan. A ello se añade el llamado supuesto especial de nombramiento de experto, cuando, si no



# DECONOMI

hubiera sido nombrado experto en la reestructuración, lo soliciten al juez acreedores que representen, al menos, el treinta y cinco por ciento del pasivo que, en el momento de la solicitud, pudiera quedar afectado por el plan de reestructuración. Por tanto, en ambos casos, los acreedores que detentan unos determinados porcentajes de pasivo -que pudiera quedar afectado por la reestructuración- pueden solicitar el nombramiento del experto en reestructuración.

La Sentencia del Juzgado de lo Mercantil número 2 de Barcelona de 29 de noviembre de 2022 al referirse a la independencia e imparcialidad del experto, señala que *nadie puede discutir el legítimo derecho del deudor a cuestionar la exigible objetividad de quién, por designación de sus acreedores, está llamado a desempeñar una labor de asesoramiento y mediación de indudable trascendencia para la ulterior aprobación de un plan de reestructuración que tan profundamente puede afectar a la compañía en cuestión. Pero el ejercicio de ese legítimo derecho debe efectuarse ajustándose a las prescripciones legales y dentro de los parámetros estandarizados que la Ley Concursal establece. No resulta pertinente, procesalmente hablando, extender una sombra de duda sobre el experto propuesto y designado por los acreedores atendiendo tan solo al origen de su nombramiento o al abono de sus honorarios profesionales. Deben superarse aquellos ancestrales prejuicios que atribuyen un inicuo sesgo de parcialidad a todo profesional que desempeña una labor de evaluación o control por el solo hecho de que no sea un funcionario público, de que su designación o sus emolumentos resulten a cargo de una entidad de naturaleza privada. Hoy en día, poseemos una abundantísima evidencia empírica que acredita justamente lo contrario. La moderna teoría que estudia los procesos de toma de decisiones hace mucho que ha refutado irremisiblemente aquel viejo dogma, convertido en una perniciosa superstición, que confería a cualquier servidor público un aura de prístina objetividad, en agudo contraste con la prolífica selva de intereses que reina en el sector privado y en el mercado. Pareciera que era más importante el origen o la fuente de la designación que la cualificación del experto. Se llegaba así a situaciones paroxísticas como aquella que bendecía una aleatoria insaculación de cualquier ignaro de insignificante trayectoria profesional frente a un experto de acrisolada*



# DECONOMI

*reputación, pero contaminado indefectiblemente por haber sido propuesto por una de las partes, a cuya voluntad debía inexorablemente plegarse por mor del pago de sus honorarios. Afortunadamente hemos superado esta situación, pero la mentalidad destilada por aquella estructura de rancio aroma funcional que ponderaba cualquier aparente virtud excepto el conocimiento, tarda, lamentablemente, en evaporarse. Situados en esta perspectiva no hay ningún motivo, más allá del prejuicio, para cuestionar la objetividad de (...) como experto en reestructuraciones. Naturalmente, deberá cobrar sus honorarios tal como estipula la Ley Concursal. Y ello precisamente es la mayor garantía de su objetividad, independencia e imparcialidad.*

En efecto, entre los que la Ley Concursal considera nombramientos obligatorios de experto (art. 672 TRLC) se encuentra que lo *soliciten acreedores que representen más del cincuenta por ciento del pasivo que, en el momento de la solicitud, pudiera quedar afectado por el plan de reestructuración. En la solicitud, los acreedores, o algunos de ellos, deberán asumir expresamente la obligación de satisfacer la retribución del experto. La asunción de la obligación de pago quedará sin efecto si en el plan de reestructuración homologado por el juez se previera expresamente que la retribución del experto fuera a cargo del deudor.* Debe entenderse que el nombramiento es obligatorio porque no queda a la discrecionalidad judicial -como sucede en otros supuestos- considerar y motivar la necesidad de este nombramiento, sino que el juez debe proceder en todo caso al nombramiento, si el propuesto cumple las condiciones, experiencia y requisitos legales para el desempeño. Lo que se prevé, es evidente, es que los acreedores puedan instar este nombramiento, pero nada más de forma adicional.

El Auto del Juzgado de lo Mercantil número 18 de Madrid de 18 enero de 2023 (AJM M 93/2023) refiere los supuestos de nombramiento de experto en reestructuración y, en particular, se detiene en los presupuestos previos al nombramiento y en los requisitos del experto, incidiendo en el que designado no puede incurrir en incompatibilidades ni prohibiciones, expresamente establecidas en el texto refundido de la Ley Concursal. En el supuesto concreto que aborda la referida resolución judicial, se destaca que la persona propuesta aparece como integrante del equipo, junto con el letrado de la concursada,





# DECONOMI

señalando que semejante supuesto de hecho choca frontalmente con el artículo 675 del texto refundido de la Ley Concursal que determina en cuanto a incompatibilidades y prohibiciones que "no podrán ser propuestos ni nombrados expertos en la reestructuración y, en caso de ser nombrados, no podrán aceptar las siguientes personas: 1 .º Quienes hayan prestado servicios profesionales relacionados con la reestructuración al deudor o a personas especialmente relacionadas con esta en los últimos dos años, salvo que se prestaran como consecuencia de haber sido nombrado experto en una reestructuración previa; 2 .º Quienes se encuentren en alguna de las situaciones de incompatibilidad previstas en la legislación en materia de auditoría de cuentas en relación con el deudor o las personas especialmente relacionadas con este". Por ello, formando parte el experto que se propone del despacho profesional del letrado del instante, es meridianamente claro que ha asesorado ya sea directa o indirectamente a través del despacho en los dos últimos años, habiendo prestado servicio profesional de manera directa o indirecta al deudor, circunstancia que da lugar a denegar el nombramiento de este experto en reestructuración. Consecuencia de esta denegación, es la aplicación del artículo 676 del texto refundido de la Ley Concursal que determina en su apartado 2 y 3 que "2. Si el juez considerase, y así lo razonara, que el propuesto no reúne las condiciones establecidas en esta ley para el ejercicio de las funciones propias del cargo, solicitará a quien lo hubiera propuesto que, en el plazo de dos días, presente terna de posibles expertos de entre los que efectuará el nombramiento, siempre que reúnan esas condiciones. 3. En los casos en los que el nombramiento recaiga en alguno de los que figuren en la terna, el nombramiento del experto será comunicado por el juzgado al designado por el medio más rápido. Dentro de los dos días siguientes a la recepción de la comunicación, el experto deberá comparecer ante el juzgado para aceptar o rechazar el cargo, con copia del documento en el que conste la retribución pactada y de la póliza de seguro de responsabilidad civil o garantía equivalente que tuviere vigente para responder de posibles daños que pudiera causar en el ejercicio de las funciones propias del cargo. La aceptación es voluntaria. Si el nombrado no aceptara o no compareciera, el juez procederá de inmediato a nuevo nombramiento, sin que esta circunstancia tenga consecuencia alguna para el experto inicialmente designado". Por ello, aun





# DECONOMI

*siendo el nombramiento obligatorio para el juez en la persona que ha designado el deudor, si se considera por el juez que no reúne dichas condiciones, se solicita al instante que, en el plazo de dos días, presente terna de posibles expertos de entre los que efectuará el nombramiento, siempre que reúnan esas condiciones (...).*

Y también los acreedores pueden solicitar el nombramiento de experto en otro supuesto -que la normativa concursal califica como especial (art. 673 TRLC)- en el que es menor el pasivo que han de detentar, pero en el que la decisión final sobre la necesidad del experto corresponde al juez: *si no hubiera sido nombrado experto en la reestructuración, los acreedores que representen, al menos, el treinta y cinco por ciento del pasivo que, en el momento de la solicitud, pudiera quedar afectado por el plan de reestructuración, podrán solicitar al juez el nombramiento de uno determinado, razonando en la solicitud las circunstancias concurrentes en el caso para que sea necesario ese nombramiento.* En este supuesto -en el que también han de asumir la obligación de satisfacer la retribución del experto, aunque igualmente quedará sin efecto si en el plan de reestructuración homologado por el juez se previera expresamente que la retribución del experto fuera a cargo del deudor- *el juez dará traslado al deudor de la solicitud de los acreedores por plazo de dos días, quien podrá oponerse al nombramiento razonando que no es necesario o que no reúne las condiciones para el ejercicio del cargo. Igualmente, podrán solicitar el nombramiento de un experto distinto, en cuyo caso deberá asumir expresamente la obligación de satisfacer la retribución del que proponga.* Y es el juez quien, mediante auto, finalmente decidirá *si atendiendo a las circunstancias del caso, procede o no el nombramiento solicitado y, en caso afirmativo, procederá al nombramiento del experto propuesto por los acreedores.* Como en el caso del nombramiento obligatorio, es evidente que los acreedores pueden solicitar al juez también en este supuesto especial el nombramiento de experto, pero nada más tampoco de forma adicional.

Los referidos supuestos de nombramiento de experto en la reestructuración se completan con la impugnación por quien acredite interés legítimo del nombramiento de quien no reúna las condiciones establecidas, incurra en alguna incompatibilidad o prohibición o de quien no tenga cobertura o



# DECONOMI

garantía adecuada (art. 677 TRLC) y con la sustitución del experto (art. 678 TRLC). En este último caso, los acreedores que representen más del cincuenta por ciento del pasivo que, en el momento de la solicitud, pudiera quedar afectado por el plan de reestructuración pueden pedir al juez la sustitución del experto nombrado a solicitud del deudor o, en su caso, de una minoría de acreedores (reiterando la exigencia de compromiso expreso de los acreedores, o de algunos de ellos, de satisfacer la retribución del experto; asunción de la obligación de pago que quedará sin efecto si, en el plan de reestructuración homologado por el juez, se previera expresamente que la retribución del experto sustituto fuera a cargo del deudor). En este supuesto, la dicción legal se limita a señalar que el juez acordará la sustitución mediante auto -que podrá impugnarse- sin precisar si dicha sustitución debe acordarla de forma obligatoria.

En cualquier caso, parece evidente, por tanto, que la preocupación del legislador en este punto radica en facilitar a los acreedores vías de solicitud de un experto en la reestructuración que, como se detalla en sus funciones, asista al deudor y a los acreedores en las negociaciones y en la elaboración del plan de reestructuración, y elabore y presente al juez los informes exigidos y aquellos otros que el juez considere necesarios o convenientes.

El Auto del Juzgado de lo Mercantil de Madrid número 18 de 17 de enero de 2023 (AJM M 92/2023) se refiere a las funciones encomendadas al experto en reestructuración: *el experto en la comunicación de negociaciones ostenta unas funciones genéricas de asistencia al deudor y acreedores, y en relación con los informes que le exija el juez según la ley o que el juez considere oportunos o convenientes (...). En todo caso en el caso que nos ocupa, en la comunicación de negociaciones, según se desprende de dicha comunicación, el experto puede asistir al deudor y acreedores en distintos momentos, ya sea negociando con los acreedores, en relación con los contratos del deudor, con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento, con las ejecuciones y su posible suspensión, etc. Asimismo puede asistir al deudor en cuanto a la formación de un plan de reestructuración (en relación a la elaboración del plan de reestructuración, la formación de clases, solicitud de suspensión de solicitud de concurso voluntario -art. 637.1 TRLC-, emitir certificación del plan en el instrumento público -art. 634 TRLC-, comunicación de la propuesta a acreedores*



# DECONOMI

*según el art. 627 TRLC, emisión de informe del experto del valor de la empresa en planes no aprobados por todas las clases -art. 639 TRLC- etc). Por otro lado, en el ámbito de la comunicación de negociaciones, si se solicita la suspensión general o individual de ejecuciones para asegurar el buen fin de las negociaciones, se necesita informe favorable (art. 602 TRLC), si se solicita prórroga debe contar con su informe favorable (art. 607 TRLC), puede solicitar el levantamiento de la prórroga (art. 608), etc. Un último extremo a determinar en este auto es si este experto en la reestructuración nombrado para la comunicación de negociaciones debe de continuar en el caso de procederse a solicitar homologación judicial del acuerdo de reestructuración llevado a cabo por deudor y acreedores, ya que por un lado dicho experto se nombra para dicha comunicación de negociaciones para alcanzar un acuerdo de reestructuración, y no se establece su cese, y por otro lado puede que al margen de esta comunicación con nombramiento de experto se pueda dar el caso de solicitud de homologación judicial de acuerdo de reestructuración por los acreedores, o por el deudor, solicitando a dicho experto o a otro, considerándose que dependiendo de dicha solicitud de homologación (instada por acreedores o por el deudor) se podrá proceder a realizar el nombramiento en dicha persona en su caso, ya que conforme el artículo 675 del texto refundido de la Ley Concursal, se puede nombrar a dicho experto por no tener causa de incompatibilidad, pero también se puede nombrar a otro, según el instante y la solicitud que se presente. Añade la indicada resolución judicial que establece el artículo 680 del texto refundido de la Ley Concursal que "el experto ejercerá las funciones propias del cargo con la diligencia propia de un profesional especializado en reestructuraciones y con independencia e imparcialidad tanto respecto del deudor como de los acreedores", por lo que en principio se considera que debe de cumplir con dicha diligencia, con independencia e imparcialidad (...).*

En consecuencia, no se contempla que los acreedores -detenten el pasivo que detenten- puedan ser quienes asuman en solitario la elaboración de la propuesta del plan de reestructuración, imponiéndolo a un deudor persona jurídica no desapoderado. Y tampoco existe previsión alguna que permita que el experto sustituya la voluntad del deudor persona jurídica, en ningún momento del procedimiento. El experto asiste a ambos, deudor y acreedores, en la



# DECONOMI

elaboración de la propuesta de plan de reestructuración y en esa medida ¿deben ser ambos, deudor y acreedores, quienes den su conformidad a dicha propuesta o pueden los acreedores imponerla al deudor?. El Preámbulo de la Ley 16/2022 parece que piensa en un “acuerdo”, aunque ciertamente el articulado legal utilice el término plan. Así, incide en que *la ley deja así que sean las partes afectadas las que privadamente negocien y alcancen un acuerdo sobre el plan de reestructuración, y se limita a fijar un marco normativo con el fin de facilitar esa negociación colectiva, garantizar unas salvaguardas mínimas del proceso y del resultado de la negociación, y asegurar un equilibrio entre la protección del interés de la mayoría y una tutela adecuada de las partes afectadas disidentes.*

El Auto del Juzgado de lo Mercantil número 2 de Barcelona de 27 de octubre de 2022 se refiere al deber de colaboración del deudor, el deudor y los socios. Señala a este respecto que *el texto refundido de la Ley Concursal configura como una “hipótesis ontológica”, es decir, un presupuesto inderogable, la existencia y desarrollo de un proceso de negociación entre el deudor y los acreedores teleológicamente orientado a la elaboración de un plan de reestructuración. Para iniciar, desarrollar y culminar ese proceso de negociación en el que ha de intervenir el experto favoreciendo un acuerdo entre las partes se requiere, inexcusablemente, una voluntad de cooperación que va más allá de una mera proclamación de intenciones y que debe traducirse en una conducta invariablemente enderezada al objetivo de facilitar la labor mediadora del experto, Resulta evidente que no hay alternativa viable para ninguna de las partes al margen de la colaboración en la negociación, Es cierto que el texto refundido de la Ley Concursal carece de un exhaustivo catálogo de los deberes de los administradores en un escenario preconcursal. La razón de ello no es un olvidadizo descuido ni, mucho menos, una excepción derogatoria de los deberes generales de los administradores societarios. El fundamento de esta omisión estriba, precisamente, en el mantenimiento incólume de las funciones de disposición y administración del deudor que tan acertada y enfáticamente defiende la representación procesal (...). Ese mantenimiento del statu quo se proyecta también sobre la órbita de deberes que junto con los derechos inherentes configuran el estatuto jurídico de los administradores en las sociedades de capital. En particular los deberes de diligencia y lealtad -artículos*



# DECONOMI

225, 227 y 228 de la Ley de Sociedades de Capital- exigen un comportamiento colaborativo de los administradores en la adopción de todas las medidas precisas para evitar la insolvencia o minimizar sus consecuencias perjudiciales pudiendo, incluso, solicitar, en nombre del deudor, el nombramiento de un experto independiente o la homologación de un plan de reestructuración. Está fuera de toda duda que los administradores sociales deben velar por el interés social y resulta difícil atisbar un umbral menor de diligencia que aquel que exige evitar la catástrofe de la insolvencia y la inevitable consecuencia del concurso. Es bien sabido que el interés social no se identifica necesariamente con el de los socios titulares del capital social. El interés del deudor, cuando de una sociedad se trata, no es un trasunto directo y automático del que pueda presidir la voluntad de sus accionistas (...). La conducta y la actuación de los administradores sociales debe estar orientada por los intereses, en el más amplio sentido de la expresión, de la sociedad a cuyo servicio se encuentran, incluso, o de manera más precisa, especialmente, en el caso de que aquellos intereses puedan entrar en conflicto con los propios de los accionistas. Más aún, esa prevalencia del interés social debe adicionalmente intensificarse en aquellos supuestos en los que se produzca una superposición de funciones, aunándose la identidad del administrador y del accionista. No hay ningún escenario esquizoide en esa dualidad porque el accionista está obligado a sacrificar su propio interés en la medida en que pueda entrar en conflicto con el de la sociedad. Este es el estándar de diligencia del administrador en el ámbito del derecho preconcursal como contrapartida al mantenimiento incólume de sus facultades de gestión y administración (...).

## V. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AHEDO PEÑA, O. “Marcos de reestructuración preventiva: regulación”, *Unión Europea Aranzadi*, núm. 8-9, 2019.

BELTRÁN, E. “La regularidad en el cumplimiento de las obligaciones, el estado de insolvencia y la función del concurso de acreedores”, *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 11, 2007, págs. 29-52



# DECONOMI

COHEN BENCHETRIT, A. “La posición del socio ante la reestructuración en el Anteproyecto de reforma concursal”, *La Ley Mercantil*, núm. 86, 2021.

ETXARANDIO HERRERA, E. “Marcos de reestructuración preventiva: vectores ideológicos”, *Unión Europea Aranzadi*, núm. 8-9, 2019.

FACHAL, N. “¿Qué debemos entender por probabilidad de insolvencia a los efectos de realizar la comunicación de apertura de negociaciones o solicitar la homologación de un plan de reestructuración?”, *La Ley Insolvencia*, núm. 9, 2022.

GARCIMARTÍN, F. “El Derecho preconcursal: una visión general”, *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 57, 2022, págs. 9-49.

- “La reforma del Derecho preconcursal: algunas reflexiones sobre sus fundamentos”, en *La reestructuración como solución de las empresas viables* (Díaz Moreno / León Sanz / Brenes Cortés / Rodríguez Sánchez), Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2022, págs. 33-61.

GARCÍA-VILLARRUBIA, M. “El papel del socio en la reestructuración”, en *Nuevo marco jurídico de la reestructuración de empresas en España* (Cohen Benchetrit), Aranzadi, Pamplona, 2022, págs. 1207-1250.

GARNACHO CABANILLAS, L. “La reestructuración preconcursal de deudas desde una perspectiva interna y comunitaria”, *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 53, 2021, págs. 47-88.

GUILLAMON, M. / SERRANO, A. / PICAZO, J.C. “Reestructuración de deuda y concurso, prepack y otras salidas a la insolvencia en la transposición de la Directiva sobre reestructuraciones e insolvencia”, en *Retos empresariales en la post pandemia* (Forteza Gorbe / Blanco García Lomas), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022.

HERBOSA MARTÍNEZ, I. / ARENAS ALEGRÍA, C.C. “La Directiva 2019/1023 sobre reestructuración e insolvencia: su repercusión sobre las pequeñas y medianas empresas (PYMES)”, *Unión Europea Aranzadi*, núm. 8-9, 2019.





LADO CASTRO-RIAL, C. “Líneas esenciales de la Directiva”, *Unión Europea Aranzadi*, núm. 8-9, 2019.

MARTIN ZAMORA, M.P. / HERNÁNDEZ LINARES, R. “Anticiparse a la insolvencia empresarial. Los mecanismos de alerta temprana”, en *La reestructuración como solución de las empresas viables* (Díaz Moreno / León Sanz / Brenes Cortés / Rodríguez Sánchez), Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2022, págs. 113-139.

MARTÍNEZ MUÑOZ, M. “La reestructuración forzosa”, *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 58 extraordinario, 2023, págs. 385-412.

MORAL ESCUDERO, J. “Alertas tempranas y estadística concursal en el Anteproyecto de Ley de reforma del texto refundido de la Ley Concursal”, *Revista General de Insolvencias & Reestructuraciones*, núm. 3 extraordinario, 2021, págs. 23-46.

MUÑOZ PAREDES, A. “Pérdidas e insolvencia en el Proyecto de reforma de la Ley Concursal”, *Diario La Ley*, núm. 10008, 2022.

NIÑO ESTÉBANEZ, R. “Una reflexión breve sobre el nuevo derecho de insolvencia español: los planes de reestructuración y el experto en reestructuración”, en *El concurso y la conservación de la empresa. Hacia un nuevo orden concursal. La conservación de las empresas a la luz del texto refundido de la Ley Concursal (IX Jornadas concursales Vitoria-Gasteiz)*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2020, págs. 97-114.

PULGAR, J. “Reestructuraciones preconcursales forzosas: el mejor interés de los acreedores”, *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 323, 2022.

ROJO, A. “Presupuesto objetivo”, en *Comentario de la Ley Concursal* (Rojo / Beltrán), Vol. I, Civitas, Madrid, 2006, págs. 164-193.

- “La Propuesta de Directiva sobre reestructuración preventiva”, *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 42, 2017, págs. 99-111.

THOMAS PUIG, P.M. “La homologación judicial de los planes de reestructuración”, *La Ley Mercantil*, núm. 92, 2022.





# DECONOMI

TIRADO MARTÍ, I. “El procedimiento especial para microempresas. Una consideración inicial”, *Revista General de Insolvencias & Reestructuraciones*, núm. 3 extraordinario, 2021, págs. 211-253.

VICENT CHULIÁ, F. “Lección 20<sup>a</sup>. Derecho concursal, preconcursal y paraconcursal”, *Introducción al Derecho Mercantil*, 24<sup>a</sup> ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022.

VIÑUELAS SANZ, M. “Los sistemas europeos consolidados de alerta temprana”, *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 56, págs. 149-202.



## **“Un tema clásico del labyrinthus creditorum: las deudas de la masa.”**

por Ariel A. Dasso

Si al decir de Borges “*el nombre es el arquetipo de la cosa*”<sup>(61)</sup> nuestro derecho prácticamente ignora el nombre que la doctrina y aún la legislación positiva, particularmente en el derecho continental europeo, designa a los gastos extraconcursoales generados en los procesos de crisis los que por su naturaleza evaden *in totum* la regla de la *par conditio*, de pago inmediato y aún en determinados casos integradas por cuotas accesorias de interés.

Hemos abordado reiteradamente claro esta que a lo largo de mucho tiempo el debate que en doctrina con proyección a los sistemas ordinarios del derecho de la crisis generan aquellos gastos o erogaciones que aun realizadas en el curso del proceso atento su naturaleza de necesidad insoslayable, en medida tal que su existencia condiciona el integro desarrollo del mismo.

### **I – LAS DEUDAS DE LA MASA Y LA TERMINOLOGIA JURÍDICA: LA BUSQUEDA DEL NOMBRE.**

Las deudas de la masa, constituyen una problemática recurrente en materia concursal. Es patente que cualquiera fuere la concepción dogmática que se asigne al procedimiento de crisis o insolvencia, en cuya virtud se procura con distintos institutos salvar la empresa y evitar la quiebra o, cuando esto no fuere posible, concretar la liquidación del patrimonio del deudor cesante y distribuirlo entre sus acreedores expeditivamente, supone la necesidad inexorable de curso de actos que requieren para su propio desarrollo gastos "o erogaciones" que necesitan ser satisfechos.

Paralelamente existen determinados actos jurídicos realizados por el deudor con una anticipación muy próxima a su declaración de quiebra, más o menos involucrados con consecuencias o efectos jurídicos ulteriores y, de

---

<sup>61</sup> JORGE LUIS BORGES, “*El Golem, Obras Completas*”, Emecé Editores SA, 1975, p. 835.



# DECONOMI

consuno, otros realizados por los órganos del procedimiento, todos los cuales se traducen en obligaciones que deben ser pagadas.

La expresión "*deudas de la masa*" engloba los gastos generados por el procedimiento, incluyendo en ellos los honorarios, y aún aquellas obligaciones originadas en actos jurídicos del propio deudor pero que a la postre pudieren constituirse en causa de un beneficio a los acreedores concurrentes.

La denominación no es por cierto plenamente satisfactoria porque implica la adjudicación de personalidad jurídica a la masa, entendiéndose por tal algo así como el patrimonio del fallido, del cual es desapoderado por efecto de la quiebra.

Toda deuda supone un sujeto activo. La deuda o débito es la expresión pasiva de un mismo concepto que en su faz activa se denomina "*crédito*". El sujeto activo del crédito será el acreedor de la masa, y el patrimonio que soportará la agresión de aquel estará constituido por la "masa" pasiva.

En derecho francés son "*dettes de masse*", en derecho italiano "*debiti della massa*". A estos conceptos corresponden como sujetos activos los "*créanciers de la masse*" y los "*creditori della massa*" respectivamente.

En los estatutos de Florencia de 1322 ya se advertía la posibilidad de que los órganos de la quiebra liquidaran en forma previa una parte de los bienes del quebrado para constituir una acumulación o reserva de fondos con el que afrontar los gastos del procedimiento.<sup>(62)</sup>

Y cuando los estatutos rebasan las fronteras italianas en los siglos XVI y XVII, la doctrina francesa y las regulaciones de las ferias de las ciudades marcaban que los primeros fondos producto de las más tempranas liquidaciones debían ser deducidos y reservados para garantizar los gastos necesarios realizados y a realizar en el interés de los acreedores del fallido.

Aquellas ya casi prosaicas orientaciones, plasmadas en torno a los gastos de justicia y administración de la quiebra, son ciertamente desde el punto de vista histórico los pasos ahora diluídos en el tiempo en los cuales se advierten

---

<sup>62</sup> **ROCCO**, "*Il fallimento, teoría generale e origine storica*" - Milán - 1917 - pág. 181



# DECONOMI

la huella de lo que llegaría a ser la copiosa doctrina elaborada en torno a las deudas de la masa.

Salgado de Somoza en su *"Labyrinthus creditorum, concurrentiam ad litem per communem debitorum inter illos causatam"*, Valladolid, 1646, expone una serie de ideas en la que aparece larvada una sistemática que luego se afirmaría con bases más sólidas.

Distingue entre "cargas" (onera) constantes e inherentes a los bienes del concurso y "gastos" (expensas) extrínsecos, entre los cuales cuentan los de conservación y defensa de bienes, administración y justicia, los que se pagan deduciendo el dinero de la masa del concurso en forma que sólo se reparte entre los concurrentes el remanente, una vez pagados primeramente las cargas y gastos.

Estos conceptos, adquieren expresión dogmática y también positiva recién en el siglo XVIII cuando la evolución del derecho concursal se plasma en las ordenanzas de algunos Estados Germánicos, siguiendo las obras de Stauber (1677), Brunnemann y (1688), quizá inspiradas en el mismo Salgado, y fundan los precedentes de "masa" y "deudas de la masa", que luego la misma doctrina germana consolida en el siglo XIX.

Los acreedores de la masa eran satisfechos previamente a los acreedores del quebrado, excluidos del principio general aplicable a los acreedores del quebrado –ó concursales- que debían verificar sus créditos en el procedimiento o de alguna manera insinuarse en el mismo.

Si bien las primeras posiciones dogmáticas que confrontan a "acreedores de la masa" y "acreedores del concurso" acontecen a mediados del siglo XVII, se recuerda como el estatuto positivo precursor la **Konkursordnung** austríaca de 1781 que coloca en forma previa a las categorías en que divide a los acreedores, a aquellos que trabajaron para la masa "como el representante de la masa y el administrador del patrimonio".

Es clásica la referencia puntual a la *Ordenanza Concursal de Prusia* del 30 de abril de 1855 en la que se consolida la dispersa doctrina y legislación en torno a las deudas de la masa y a las del fallido.



# DECONOMI

Allí por primera vez se separan legislativamente en categorías definidas (i) las pretensiones reivindicatorias; (ii) las acciones de acreedores con derecho de ejecución separada (que hoy engloba entre nosotros a los privilegiados especiales); (iii) los acreedores de la masa y (iv) los acreedores concursales.

Los acreedores de la masa se clasifican en gastos comunes y obligaciones de la masa, en tanto los acreedores concursales se distinguen en comunes y privilegiados.

Las deudas de la masa -gastos comunes de la masa y obligaciones de la masa- son "*prededucibles*" tanto de la masa común como de todas las masas separadas.<sup>(63)</sup>

Se establece expresamente en el párrafo 45 que los derechos de los acreedores de la masa (tanto gastos comunes como obligaciones de la masa) deben ser satisfechos en forma independiente de los procedimientos de verificación y reparto y que "*el pago tendrá lugar en cuanto el derecho sea cierto y el crédito haya vencido*".

Con la clásica perdurabilidad de los conceptos sólidamente asentados en principios jurídicos afiatados, la *Ordenanza de Prusia del 30 de abril de 1855* mantiene vigencia y traslada sus reflejos a la legislación concursal actual. <sup>(64)</sup><sup>(65)</sup>

La ***Konkursordnung*** alemana de 1877 también impone el orden de pago prioritario, respecto de los acreedores (o deudas) concursales, de los titulares de (i) deudas de la masa en sentido estricto y (ii) gastos de la masa. Son "deudas de la masa" las obligaciones derivadas de acciones iniciadas por el administrador del concurso o de negocios jurídicos que éste concluyó, contratos bilaterales pendientes de ejecución expresamente determinados y enriquecimiento injusto de la masa. En tanto se focalizan como "gastos" los de justicia y administración, alimentos del quebrado y de su familia.

---

<sup>63</sup> Esto equivale entre nosotros al concurso general del art. 240 ex 264 y concurso especial del art. 244, ex 268.

<sup>64</sup> A despecho de enrolarse nuestra legislación en la rama hispana, cuyos preceptos colocan en la raíz de la cuestión los conceptos de graduación y preferencia, los principios del derecho germano están latentes en todo el desarrollo positivo

<sup>65</sup> **BELTRÁN EMILIO**: "Las deudas de la masa" - Ed. Albornotiana - Bolonia - 1986 - pág. 31 - nota 21 con cita de **TREUHERZ**.



# DECONOMI

De allí a hoy han corrido muchos años y la doctrina ha girado constantemente en torno a la problemática que generan los gastos de conservación y justicia, las deudas de la masa o acreedores del concurso procurando una fórmula que mejor satisfaga la necesidad inexcusable en el trámite del procedimiento de satisfacer los gastos necesarios para el mismo y atender de consuno, en su caso, a la continuación de la actividad del deudor.

Esta anotación inicial solamente tiene por objetivo ponernos frente a un problema, que perdura a lo largo del tiempo y ya cuando siglos después la doctrina continúa debatiendo en escenarios muy distintos los mismos problemas y las mismas dudas potenciadas cuando el salvataje de la empresa comenzó a desplazar en la tésis del procedimiento concursal al tradicional principio de la satisfacción de los acreedores.

La clara delimitación de los extremos radicalizados de ambos conceptos -deudas de la masa y deudas del fallido- sólo es de difícil diferenciación cuando las hipótesis solo tangencialmente rozan los distintos contenidos periféricos, o más lábiles, frente a cuyas situaciones se reeditan hoy con las mismas características o interrogantes, pero el problema se complica cuando en la interacción normativa aparecen una categoría de acreedores del deudor, la de los adunados de privilegio especial.

## II - PREDEDUCCIÓN DE DEUDAS DE LA MASA Y GASTOS DE JUSTICIA

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 de "*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





# DECONOMI

lo que calificada doctrina llama "el mayor grado de colectivización asignado al grupo acreedor".<sup>(66)</sup>

El concepto de masa y de deudas de la masa que graban al grupo de acreedores (*masse des créanciers*), 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 "*distraktion*" (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.

Treuhertz en su "*Cours de Droit Commercial*" de 1859 y años después, Thaller en "*Créanciers de la masse et créancier dans la masse*", definen a la masa de acreedores con un órgano ejecutivo (síndico), otro deliberativo (asamblea de acreedores), órgano de vigilancia (comité de acreedores) y un patrimonio propio integrado por el derecho de cada uno de los acreedores frente al quebrado que es susceptible de derechos y obligaciones.

Beltrán pone de relieve que los ordenamientos germánicos ubican las deudas de la masa como categoría autónoma constituida por una masa activa significada por el patrimonio del quebrado y una masa pasiva, integrada por sus deudas, en tanto en los países latinos la materia es regulada pivoteando permanentemente sobre los gastos de justicia y administración, agregada la preferencia en la satisfacción. <sup>(67)</sup>

En el Derecho Español el Código Civil se aplicaba a la quiebra por remisión de los arts. 913 y 914 del Código de Comercio: enuncia entre los privilegios generales a gastos de justicia y de administración del concurso y su consecuencia es sorprendente pues están sometidas a graduación y gozan de preferencia sólo sobre los acreedores comunes pero están postergados por los privilegiados singulares y los especiales del derecho común, lo que obligó a la

---

<sup>66</sup> **BELTRÁN EMILIO**: "*Las deudas de la masa*" - Ed. Albornotiana - Bolonia - 1986 - pág. 33.

<sup>67</sup> **BELTRÁN EMILIO**, *op. cit.*, nota 5. p. 141.



doctrina a realizar verdaderos prodigios de interpretación para autorizar a los síndicos a satisfacer los gastos con fondos del concurso.

Se señala a Gonzalez Huebra, como quien con mayor claridad expone premonitoriamente que los gastos "no constituyen en realidad un crédito contra la quiebra, que sea preciso reconocer y clarificar como los otros, sino que habrá que irlos pagando a los curiales según vayan devengando sus derechos".<sup>(68)</sup>

No puede extrañar entonces que aquel debate se hubiere proyectado a nuestro derecho y que mantenga hoy todavía los aspectos tan dubitativos y los límites tan difíciles de definir que se reflejan en frecuentes fallos contradictorios cuando se trata del orden de prelación de los gastos de conservación justicia y de los débitos de la masa o acreedores del concurso, como se los ha vuelto a llamar en la más moderna legislación europea en una remembranza que evoca aquella nomenclatura de la *Konkursordnung* austríaca de 1851.

### III – ANTECEDENTES EN EL DERECHO PATRIO

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).

En el artículo 3875 del Código Civil 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.

---

<sup>68</sup> GONZALEZ HUEBRA: "*Tratado de quiebras*", Madrid. 1856, pág. 141.



# DECONOMI

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*".

Esta nota pasa a ser común denominador de todas las especulaciones doctrinarias ulteriores.

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 en utilidad de todos y especial cuando acontezca útilmente sólo respecto de algunos.

Esta posición encuentra su más mentado expositor en Cordeiro Álvarez <sup>(69)</sup> a quien recuerda Mosso en su obra póstuma. <sup>(70)</sup>

Los gastos de justicia más que privilegio constituyen una preferencia especialísima que están por encima de los privilegios y que es independiente de estos.

En el Código de Comercio de 1862 pasando por su reforma de 1869 y en la primera ley de quiebras, 4156 de 1902, los privilegios están diferenciados en "generales", que afectan a todos los bienes y "especiales" que recaen sobre ciertas cosas, muebles o raíces (art. 1468, -90-).

En aquel sistema, sin perjuicio de la división de privilegios entre generales y particulares, la naturaleza de los títulos sirve para diferenciar y

---

<sup>69</sup> **CORDEIRO ALVAREZ, ERNESTO**, "*Tratado de los privilegios*", 2da. ed. - 1969 - pág. 64

<sup>70</sup> **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

clasificar a los "acreedores del fallido" en (i) de dominio; (ii) con privilegio general; (iii) con privilegio especial; (iv) hipotecarios y (v) simples o comunes (art. 1469 - 91-).

A su vez, los gastos para la seguridad, administración y diligencias judiciales o extrajudiciales de beneficio común se categorizan como "privilegio general siempre que haya sido verificado con la debida autorización" (art. 1472, -94-). (Aquí "verificado" debe atenderse en su acepción de "originado" o "causado").

El sistema tuvo vigencia como es notorio hasta 1933 en que la ley 11719 -ley Castillo- introdujo una importante modificación distinguiendo por primera vez entre acreedores del fallido y acreedores de la masa (art. 125), poniendo el acento respectivamente en dos órdenes de relaciones, a saber, (i) nacidas con el deudor antes del concurso, calificadas como créditos contra el fallido -o concursado-, y (ii) las nacidas con posterioridad por trabajos o servicios a favor de la masa de acreedores.

Por eso los primeros son "acreedores del deudor" y se rigen según los privilegios establecidos por la ley y los segundos pasan a ser "acreedores de la masa" por ser servicios a esta nueva entidad constituida por razón y causa de la declaración de quiebra, dotada al decir de Thaller y Pardessus, de personalidad significada por órganos y patrimonio.

Esta personificación de la masa de acreedores, útil desde el prisma de la praxis apareció controvertida desde el punto de vista dogmático. Sin bucear en razón de tiempo y espacio en los precedentes de la doctrina universal tuvo entre nosotros entusiastas seguidores <sup>(71)</sup>, pero se impusieron a tal doctrina las duras críticas advirtiendo que se trata de conjuntos patrimoniales meramente pasivos que no están reconocidos para actuar a otro efecto que no sea el de su liquidación por lo que no puede tratarse de persona jurídica por la simple razón de que son patrimonios que pertenecen a otra persona, en el caso concreto al fallido. Se trata de patrimonios separados que no pueden ser "la persona jurídica"

---

<sup>71</sup> **MOLINARIO, ALBERTO:** "Los privilegios en el derecho civil argentino" - ed. 1941 - pág. 329.



# DECONOMI

y "lo que esta persona jurídica tiene". La persona es el titular del patrimonio, pero ese patrimonio no es persona. (72)

En el mar de acreedores de la masa y acreedores del fallido navegaba el derecho concursal argentino hasta 1972 en el que la ley 19551, cayó en la magia de las palabras y entonces denominó a los acreedores de la masa "acreedores del concurso" en el artículo 264, separándose así semánticamente del equívoco concepto de masa en torno al cual se había edificado toda una teoría para entonces ya severamente descalificada. (73)

En el caso del artículo 264, ley 19551 desarrollado bajo el título de "Acreedores del concurso" cabría la misma observación que antes con purismo contrito atacó la nomenclatura por focalizar en la masa una supuesta personalidad. ¿El concurso sería ahora quién la tendría? Es patente que no, lo cual demuestra que no son las fachadas las que determinan la esencia sino la descripción de la misma. De todas maneras, el arquetipo de la cosa es el título y toda vez que se pretenda, en una aspiración insalvable para los límites del lenguaje, definir a través de un título estaremos arriesgando intentos que nunca serán plenamente satisfactorios.

---

<sup>72</sup> **ORGAZ, ALFREDO**: "Personas individuales" - 1946 - pág. 48 - nota 38 - citado por **MOSSO**, Guillermo: "Concurso Especial y Reserva de Gastos" - Ed. Ad-Hoc - 2002 - pág. 48. **MAFFIA, OSVALDO**: En ocasión de la lectura de las pruebas de galera de este artículo agudamente sugiere particular énfasis en la fina distinción no aludida en el debate de los tardíos 40', respecto de las posiciones lideradas por **FERNÁNDEZ y ORGAZ** –afirmadas por **PLINER**, mucho después, en 1968- contra las de **CASTILLO y MOLINARIO**. A partir de que **KELSEN y ASCARELLI** la ciencia jurídica replanteó lo que **COLOBRES** llamó "*el tradicional problema de la personalidad jurídica*", que orbita siempre en torno al concepto de la imputación diferenciada de sujetos "*no ya humanos*" a los que la ley, por extensión de lo que es inmanente a la naturaleza humana, permitió la titularidad de derechos y obligaciones y conceptúa que tanto "*persona*" como "*persona jurídica-personalidad jurídica*" son categorías del mundo del derecho, lo que se sintetiza en el apotegma: "*la persona es siempre jurídica*". (**H. KELSEN**, "*Teoría general del Derecho y del Estado*", 2ª ed., México, 1958 y "*La teoría pura del Derecho*", Buenos Aires, 1946. - **T. ASCARELLI**: "*Personalità giuridica e problemi delle società*" en "*Rivista delle Società*", noviembre-diciembre 1957, Estrato Dott. A. Giuffrè, Milano, 1958).

<sup>73</sup> **KEMELMAJER DE CARLUCCI AIDA** en autos "*Bodegas y Viñedos El Desvío SA.*" - fallo de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza - Sala I - 16/12/1992 - JA - 1993-IV - pág. 548: alude al encorsetamiento de los conceptos que generan expresiones equívocas lo que le hace decir que la acepción "créditos del concurso" no es sino una nueva manifestación de la crisis de los dogmas. Usar las expresiones respecto de las cuales una fuerte tradición permite conocer de qué estamos hablando, por lo que es útil, aunque dogmáticamente todo sepamos que la masa carece de personalidad jurídica y, lo mismo podemos decir del concurso. Cuando se habla de acreedores de la masa se usa una acepción distintiva, opuesta y diferencial de los acreedores del fallido.



# DECONOMI

El deudor de los gastos del concurso no es el proceso. El patrimonio afectado, propiedad del fallido, sometido a liquidación generará el producto que sufragará los gastos y de él se realizarán las erogaciones destinadas a satisfacerlos.

En el fondo siempre es el patrimonio del fallido (*rectius*: el fallido) el que responde a los acreedores del concurso por deudas de la masa tanto como ante los acreedores del fallido.

Aquellos gastos de justicia a los cuales alude Vélez en la nota al artículo 3879, aparecen nombrados en el artículo 268, ley 19551 como "reserva de gastos" cuando en el concurso se hubieran efectuado diligencias en beneficio de los bienes afectados por privilegio especial.

La ley 19551 de 1972, (modificada por L. 22917 de 1983), optó por colocar en el artículo 264 a los acreedores del concurso, y agregó el elenco de siete hipótesis descriptivas de sujetos titulares de tales créditos consistentes en gastos "necesarios" para la seguridad, conservación y administración de los bienes y diligencia judiciales o extrajudiciales en beneficio común. Además dio perseverancia a ésta categoría de acreedores en la quiebra que se decretase ulteriormente, por la parte no satisfecha de sus acreencias (art. 264, último párrafo).<sup>(74)</sup>

En el artículo 268 de la ley 19551 -intacto con el número 244 en la L. 24522-, en cambio, se perfilan los gastos particulares realizados no ya en beneficio de todos sino sólo de una categoría de acreedores, aquellos cuyo crédito esté asistido de privilegio especial.

Tanto los "créditos del concurso" del artículo 264, como la "reserva de gastos" artículo 268 son en todo caso detraídos con prededucción a toda distribución entre los concurrentes porque en ambos casos son "créditos prededucibles en el sentido de no incluidos en el plan de reparto", pero el texto en la ley 19551 no señalaba tal característica en ninguna de las dos normas.

---

<sup>74</sup> El legislador del '95 al suprimir el ante último párrafo del art. 264, no levantó la pluma frente al último párrafo, como debió hacerlo pero la amputación literal no altera la solución, que es la misma en virtud de la naturaleza de los institutos.





# DECONOMI

En 1995 la ley 24522 dió un medio 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.

Se mantiene entonces en líneas generales la metodología de la ley anterior: el artículo 264 dedicado a los "*Acreedores del concurso*" hoy 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 todas maneras perduran obviamente la necesidad de armonización porque no se advierte una estructura integral que abarque con completividad, la fenomenología compleja de las deudas de la masa.

## **IV - EL ARTÍCULO 240 (EX 264): GASTOS DE CONSERVACIÓN Y JUSTICIA**

La nueva redacción en la ley 24522 de 1995 comienza por cambiar el título: lo que antes se denominaba "*Acreedores del concurso*" hoy se llama "*Gastos de conservación y justicia*".

Quizá el legislador consideró, como dijimos supra, que no era solución adecuada haber suprimido el anterior título de acreedores de la masa por sugerir una personificación inexistente, por la de acreedores del concurso lo que sugiere 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



# DECONOMI

pagados con preferencia a los acreedores del fallido, salvo que éstos tenga crédito con privilegio especial.

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

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

De todas maneras algo significa la eliminación del concepto, ("necesarios") más aún si se tiene en cuenta que el artículo 264, ley 19551 exponía en el orden de preferencia de pago de los acreedores del concurso sobre los acreedores del fallido, la explícita excepción: *"los acreedores con privilegio especial, los cuales tienen una preferencia anterior a los gastos necesarios para la seguridad, conservación y administración de los bienes y para diligencias judiciales o extrajudiciales de beneficio común"*.

En el artículo 240 desaparece la condición de "necesidad" del gasto del concurso general, y se generaliza así la preferencia de los acreedores con privilegio especial sobre los gastos (todos?) "causados en el trámite del concurso" (sin el acotamiento de su carácter necesario).

El texto posibilitaría interpretaciones en virtud de las cuales habría una mayor permisividad para otorgar preferencia en el pago a los privilegiados especiales sobre *"todos los gastos causados en el trámite del concurso general"* sin siquiera imponerle la contribución en los que hubieren sido de utilidad para el acreedor con privilegio especial.

Esta tesis ha sido sostenida por alguna doctrina que en virtud de la nueva redacción sostiene que el acreedor con privilegio especial sólo debe contribuir a los gastos de justicia cuando la subasta del bien ha sido realizada en el concurso general, lo que implica que en hipótesis de concurso especial el acreedor no debería contribuir a los honorarios de los funcionarios por diligencias judiciales o extrajudiciales realizadas en el concurso general respecto del bien que constituye el asiento de la garantía.<sup>(75)</sup>

---

<sup>75</sup> **RIVERA - ROITMAN - VÍTOLO:** "Ley de Concursos y Quiebras" - T. III - pág. 286. Esta tesis no es susceptible de ser condivida. El concepto de la contribución está determinado por la utilidad del gasto y el acreedor especial (*rectius*: con privilegio especial) debe contribuir ya fuere



# DECONOMI

Pero, donde la ley 24522: artículo 240 (ex 264) resulta realmente ponderable, es cuando ha incluido explícitamente que el pago de estos créditos (deudas de la masa o acreedores del concurso o gastos de conservación y justicia) debe hacerse "cuando resultan exigibles y sin necesidad de verificación": consagra así explícitamente la prededucibilidad (art. 240, segundo y tercer párrafos).

Queda así expuesto sin dudas que el pago de las deudas de la masa debe hacerse primero y fuera de los repartos, pero deben ser autorizados o, en su caso, ratificados por el Juez.

Estos gastos existen en todo procedimiento concursal y son más que necesarios, imprescindibles. 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 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- 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 Alessi<sup>(76)</sup> 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, las sumas necesarias para el pago de las deudas de la masa con anterioridad

---

que su garantía hubiere sido liquidada en el concurso especial -art. 209 y 216, LCQ- o bien en el concurso general: conforme "Majul Jorge Juan s/quiebra" Superior Tribunal de Justicia de Entre Ríos - 28/10/2002 - **MOSSO GUILLERMO**: "Concurso Especial y Reserva de Gastos" - Ed. Ad-Hoc - 2002 - pág. 81.

<sup>76</sup> **ALESSI GIUSEPPE**: "L'Amministrazione Straordinaria delle grandi imprese insolventi" - Giuffrè Editore - 2000, p. 227, Cap. XI. 4: "Debiti di massa".



# DECONOMI

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.

La satisfacción integral de la deuda de la masa resulta de su naturaleza y el derecho al pago anterior deriva de una nota esencial: la prededucción.

La prededucción no es entonces 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 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 (generadas en el concurso general o en el concurso especial).

## **V - EL ARTÍCULO 244 (EX 268): RESERVA DE GASTOS: CONCURSO ESPECIAL**



# DECONOMI

Frente a los gastos en el concurso general, o "acreedores de la masa" de la ley 11719, luego "acreedores del concurso" en la ley 19551 y hoy "gastos de conservación y justicia" del artículo 240 -268-, se encuentra -inmutable- la "reserva de gastos" del artículo 244 -ex 268-.

Es patente que los gastos tratados en la ley anterior en los artículos 264 y 268, son hoy el contenido de los artículos 240 y 244 respectivamente.

El primero ha tenido las reformas a las cuales aludimos supra en tanto el segundo se mantiene intacto.

Pero unos y otros tienen un común denominador semántico: en ambos casos se trata de gastos de conservación y justicia, aquellos del Cód. Civ.: artículos 3875, 3879 y su nota.<sup>(77)</sup>

Los gastos del artículo 240 (ex 264) son gastos generados en el concurso general. Los del artículo 244 (ex 268) se refieren en cambio a los gastos ocasionados en razón de la realización del asiento del privilegio especial.

En ambos casos son prededucibles, es decir, se pagan antes del reparto final, o por lo menos no es condición inexorable dogmática el pago en el reparto final.

Menester es recordar aquí que en tanto la anterior ley 19551, permitía las distribuciones parciales y provisorias (art. 215), el nuevo sistema introducido la ley 24522 trata solamente de un informe final (art. 218) que incluye el proyecto de distribución final [art. 218, inc. 4], el cual luego de publicado (art. 218, tercer

---

<sup>77</sup> Estos gastos de justicia reconocen su antecedente normativo primigenio en nuestro derecho en el Código Civil, que define al privilegio como el derecho dado por ley a un acreedor para ser pagado con preferencia a otro (art. 3875, CC).

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

Adviértase que luego toda la legislación concursal girará sobre estos conceptos.

La nota del art. 3879 constituyó el mojón cero de todos los caminos destinados a regular el tema de la prelación del pago de los gastos en los distintos ordenamientos específicos: "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" (art. 240 -ex 264-).

De esta caracterización surge una connotación que es típica de los gastos de justicia: se trata de una preferencia temporal para la satisfacción evitando la lentitud del procedimiento concursal, de aquellos rubros generados en el curso del procedimiento y sin cuya inmediata satisfacción el mismo no podría continuar su desarrollo. Es el combustible, sin el cual la larga carrera concursal no podrá desarrollarse.



# DECONOMI

párrafo) y sometido al período de observaciones (art. 218, cuarto párrafo) será objeto de resolución del juez (art. 218, sexto párrafo). Si esta fuere aprobatoria "se procede al pago del dividendo concursal" (art. 221).

Obviamente las reglas del reparto (parcial o final) se aplican sólo a los acreedores del fallido (llamados concurrentes), pero no a las deudas de la masa (también llamados acreedores del concurso) los que comprenden gastos propiamente dichos y honorarios, ambos asistidos del derecho de prededucción y pago inmediato, o bien reserva integral y suficiente cuando por alguna razón de excepción -indeterminación o carencia de carácter firme- obstare al inmediato pago.

Los gastos del procedimiento aparecen en consecuencia como generados en el decurso del mismo y deben ser atendidos a medida que se produzcan bajo riesgo de producir un inmovilismo que impida su desarrollo.

¿Cómo se habrán de pagar por ejemplo aquellos gastos de conservación y seguridad de los bienes que integran el patrimonio del fallido del cual ha sido desahogado y respecto de cuya liquidación y distribución del producto gira todo el procedimiento?

El artículo 240 (ex 264) llamado ahora "gastos de conservación y justicia" en el nuevo segundo párrafo, tratando de gastos producidos en el concurso general determina que habrán de ser pagados en forma inmediata remarcando que no requieren verificación.

El artículo 244 (ex 268, sin modificaciones denominado "*reserva de gastos*") en el casillero de enfrente trata los gastos del concurso especial: tienen un contenido análogo al del concurso general (gastos propiamente dichos y honorarios) pero referido exclusivamente a los que guardan vinculación con el bien asiento del privilegio especial y del consecuente procedimiento de realización, pero el texto no reproduce la modalidad de pago inmediato y no verificación.

Como es notorio el acreedor con privilegio especial tiene la opción de requerir la subasta del bien asiento del privilegio por vía de concurso especial en





# DECONOMI

cualquier tiempo sin necesidad de verificación previa (art. 126, segundo párrafo y 209 LCQ).(78)

Tampoco tiene necesidad de esperar el reparto final para hacer efectivo su crédito, con la salvedad de que en tanto cuanto el mismo no hubiere sido aún verificado en virtud del tiempo que insume el referido trámite, habrá de prestar fianza para la hipótesis de acreedor de mejor derecho (art. 203, LCQ).

El acreedor con privilegio especial, con orden de pago preferente a los gastos de conservación y justicia del concurso general, está a su vez sometido a la previa detracción de los gastos generados por el propio procedimiento de liquidación de su privilegio (tanto cuando tal liquidación se realizare por separado en concurso especial -art. 209 y 126- como en el concurso general) entendiéndose por tales "gastos" los llamados "de seguridad, conservación, administración y liquidación", como los correspondientes a las diligencias profesionales (honorarios) realizadas exclusivamente respecto de dicho bienes.

Se ha dicho ya que en hipótesis de concurso especial, el acreedor con privilegio especial no necesita para concretar la subasta la existencia de sentencia verificatoria del crédito (ni del privilegio), y es factible que el trámite verificatorio sea simultáneo.

La resolución judicial que ordena la subasta en el concurso especial -también si se subasta en el concurso general- hace sólo cosa juzgada formal. Ello así porque la actividad del juez en el concurso especial se limita al control del título y no a la causa del crédito ni a su graduación -privilegio-, los que deben ser analizados en el trámite verificatorio (en un proceso de conocimiento contradictorio, causal, típico, necesario, único y excluyente) cuya sentencia adquirirá, aquí sí, la calidad de cosa juzgada material, y determinará la composición de la masa de acreedores, monto y graduación.

---

<sup>78</sup> A modo de resumen: los gastos de conservación y justicia, correspondientes a acreedores del concurso general, del art. 240 (ex 268), son postergados o tienen un grado de subordinación en el pago a los acreedores con privilegio especial y estos su vez están subordinados al pago de los propios gastos y honorarios del concurso especial, pero también -y esto no resulta explícito de la ley sino de su interpretación- al de los gastos realizados en el concurso general en la medida o proporción que le hubieren beneficiado



# DECONOMI

Si la subasta del bien asiento del privilegio y el depósito del precio obtenido, y la pertinente liquidación acontecieren con anterioridad a la resolución firme que declare verificado o admisible el crédito y privilegio, el acreedor con el privilegio especial podrá retirar el monto del crédito sólo en tanto dé cumplimiento a las reserva de las sumas para acreedores preferentes (arts. 203, segundo párrafo) y entre ellos los gastos de conservación y justicia del artículo 244 -ex 268- y los incluidos en la "reserva de gastos" del artículo 240 -ex 264-.

Ello así en tanto en el concurso especial y, en su caso, en el general se hubieren devengados "gastos" propiamente dichos y prestado los servicios comprendidos en el concepto de reserva de gastos (art. 244) por lo cual, de los fondos obtenidos en la subasta deben ser retenidas (reservadas), las sumas necesarias para pagarlos.

Los problemas que se plantean como consecuencia de éste doble andarivel -alternativo y optativo- de procedimiento son múltiples. Entre ellos el que hace a la inmediatez de la percepción. Todos los gastos, tanto los generados en el concurso general como en el concurso especial son predecibles: si están determinados y existen fondos deben ser pagados a medida que acontezcan. Sin no es posible deben ser reservados y los fondos afectados a la reserva deben permanecer actualizados y fructuosos hasta su pago: obviamente no podrán afectarse a distribuciones a acreedores del fallido.

Al momento del pago deben ser pagados con interés como si el deudor (el fallido) estuviera *in bonis*.

No existe en la reserva de gastos del artículo 244 -ex 268- la nueva normativa incluida para los gastos de conservación y justicia del artículo 240 -ex 264- del concurso general que ordena que los mismos se paguen cuando sean exigibles y, obviamente sin verificación, pero la solución es la misma.

La práctica aconsejará entonces que dicha reserva de gastos sea efectivamente tal en forma que los montos determinados a dicho efecto queden guardados o custodiados para ser luego aplicados siguiendo de ésta manera el concepto literal del nombre que referido a reserva significa simplemente la guarda o custodia de una cosa para ser usada en el tiempo.



# DECONOMI

Así pues las reservas serán en la mayoría de los casos provisoria.<sup>(79)</sup>

Resulta sumamente complejo y remitido generalmente a las particularidades de cada caso la solución cuando no existe exactitud sobre los gastos realizados exclusivamente sobre los bienes asiento de privilegio especial o bien cuando aparezca todavía indeterminado y susceptible de valoración ulterior el monto de los honorarios por la actividad profesional realizada exclusivamente respecto de dichos bienes. En tales hipótesis el juez debe estimar el importe de tal reserva y alguna jurisprudencia ha entendido equitativo un monto fluctuante entre el diez y veinte por ciento del precio de la subasta.<sup>(80)</sup>

De todas maneras es patente que la ley no establece parámetros -ni porcentuales ni topes- sobre los cuales se realizará la reserva por lo cual el arbitrio judicial y particularmente la prudente evaluación de la circunstancia de cada caso, para cuya ilustración la sindicatura debe realizar todos los aportes, será en definitiva el común denominador que dé respuesta en cada caso al crítico problema.

Si la subasta del bien asiento del privilegio especial es realizada dentro del concurso general también corresponderá la determinación de la reserva de gastos pertinente correspondiente exclusivamente a las actividades realizadas respecto de dichos bienes, asiento del privilegio especial.

La ley anterior tampoco establecía que los gastos de conservación y justicia del artículo 240 -ex 264- correspondiente a los antes llamado "acreedores del concurso" debían ser realizados en forma inmediata, sin embargo, así siempre fue considerado por la doctrina en la forma en que hoy en el nuevo texto está expresamente determinado: al momento en que se hicieron exigibles y sin necesidad de verificación.

Los gastos de conservación y justicia del art. 240 (deudas de la masa o acreedores del concurso) son al igual que los conceptos definidos con dudosa y cuestionable elección semántica "reserva de gastos" del artículo 244, gastos prededucibles.

---

<sup>79</sup> **CÁRDENAS, HÉCTOR C.:** "Los acreedores hipotecarios y prendarios frente a la reserva del art. 244 LCQ" - II Congreso Iberoamericano de la Insolvencia y IV Congreso Nacional de Derecho Concursal - Córdoba - octubre/2000 - T. II - pág. 45.

<sup>80</sup> CCiv. y Com. Mar del Plata - Sala 2ª - 26/8/1997 - ED - 7/8/1997 - pág. 11



## VI – *CONDITIO IURIS* DE LA PREDEDUCCION: LA UTILIDAD DEL GASTO

El tema abordado ha sido tratado con interesantes fundamentaciones por el Superior Tribunal de Justicia de Entre Ríos por vía de recurso de inaplicabilidad de ley <sup>(81)</sup>. El Alto Tribunal paranaense confirmó, por sentencia del 28 de octubre de 2002 el fallo de la Sala Civil y Comercial de la Cámara de Apelaciones de Concepción del Uruguay, del 26 de setiembre de 2001 *"in re" "Majul Jorge Juan/concurso preventivo s/quiebra"*. Decide que cuando la subasta del bien asiento del privilegio especial es realizada en el concurso general el acreedor con privilegio especial tiene preferencia a los créditos por gastos causados en la conservación, administración y liquidación de los bienes del concursado (art. 240, primer párrafo, L. 24522), pero soporta también la reserva de gastos que debe detraerse del producto de la subasta del bien asiento del privilegio tanto por los gastos correspondientes a la conservación, custodia, administración y liquidación del bien asiento del privilegio especial efectuados en el concurso general como por los honorarios del funcionario del concurso (síndico) por diligencias profesionales realizadas respecto de tales bienes y establece que el honorario del síndico por tales diligencias (repito: realizadas exclusivamente sobre los bienes asiento del privilegio especial en el concurso general) debe calcularse en base a la incidencia porcentual del producto del inmueble asiento del privilegio respecto del total del activo realizado.

La forma de cálculo de los gastos y de los honorarios del síndico tiene el caso la virtud de aparecer con un valor nominal definitivo, susceptible de pago inmediato. Ello así porque la circunstancia de que la ley hable de reservas de gastos no significa de ninguna manera que según la circunstancia del caso y teniendo este certeza sea menester esperar a la distribución final.

---

<sup>81</sup> Publicado con nuestro comentario - La Ley Litoral - febrero/2003.

Ver sobre el mismo tema **MEDICI RUBÉN A.:** "La reserva de gastos del art. 244, ley 24522 y el acreedor con hipoteca sobre el único bien de la masa" - Doctrina Jud. Civ. y Com. N° 2" - Ed. Juris. - Fallos C Apel. de Rosario citados en la aludida publicación: "Banco Bisel SA c/Primer Centro de Distribución de Comestibles SRL, Cassineiro Inmobiliaria SRL y Protein SA s/Concurso especial" - CCiv. y Com. - Sala 2ª - Rosario - 5/2/2001; "Damper SRL (ex Massaccesi y Bonardo SRL) s/Quiebra" - CCiv. y Com. Sala 1ª - (con voto de Ruillón) 25/6/1998; "Sánchez Osvaldo s/Quiebra" - CCiv. y Com. Rosario - Sala 4ª - 7/2/2001



# DECONOMI

El Alto Tribunal entrerriano decide que "debe establecerse como interpretación de los artículos 240 y 244 de la ley de concursos y quiebras que deben ser pagados con preferencia a los acreedores del deudor fijándose el porcentaje a prorrata por parte del juez del concurso" y exhibe algunos contenidos sumamente interesantes que ponen de relieve las dificultades del tema, en tanto cuanto se advierte una oportuna referencia en la búsqueda de fundamentos jurisprudenciales su apoyatura en doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en ocasión de dirimir el clásico conflicto entre acreedores del concurso, hoy gastos de conservación y justicia del artículo 240 (ex 264) y el mal llamado privilegio absoluto del Banco Central de la República Argentina del artículo 54 de la ley de entidades financieras (hoy renumerado art. 53).

En ocasión de la contienda de los derechos del acreedor del fallido (BCRA) respecto de los gastos y honorarios del síndico ad hoc (acreedor del concurso, o gasto de conservación y justicia) la doctrina nacional tuvo oportunidad de una larga confrontación hoy definida, que ilustra los aspectos más relevantes de la oposición entre las dos categorías de erogaciones que pesan sobre el patrimonio del fallido (masa activa).

Inicialmente y en la buena senda, los Tribunales del país y en particular la Excelentísima Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial de la Capital Federal en todas sus salas, estableció que dichos gastos significados por la intervención del síndico ad hoc constituían un gasto, y consecuentemente un crédito prededucible, que debía ser sometido al régimen de pago inmediato correspondiente a los acreedores del concurso (o deudas de la masa), exceptuados de la regla de la verificación y de reparto final.

Sin embargo en el año 1987 la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el denominado caso "*Banco de los Andes -incidente Llaver*" determinó que los gastos del procedimiento focalizados en los honorarios generados por la intervención del Banco Central de la República Argentina como síndico legal en la liquidación de la entidad financiera, consistentes en costas impuestas a la quiebra en el trámite de recupero de la cartera de la entidad liquidada (art. 268, LCQ), eran postergados por el crédito con privilegio absoluto del Banco Central de la República Argentina (acreedor del fallido).



# DECONOMI

El fallo del Superior Tribunal de la Nación (y esto constituye por cierto una interesantísimo antecedente en torno a la obligatoriedad de la doctrina en el más Alto Tribunal de la Nación), no fue acatado por los Tribunales de grado quienes con nuevos argumentos, sostuvieron la tesis contraria postulando el orden de pago preferente de los acreedores del concurso (gastos y honorarios profesionales devengados en los juicios de recupero rechazados con costas) al crédito del propio Banco Central de la República Argentina -como acreedor del fallido-

Veintinueve causas análogas llegaron a la consideración del más Alto Tribunal de la Nación quien en el año 1993 en el bastamente conocido caso "*Manquillán*" rectificó su doctrina anterior <sup>(82)</sup> y estableció que el tratamiento orgánico correspondiente a los acreedores del concurso (gastos) determina que estos deben ser pagados en rango preferente a los acreedores del fallido –fueren privilegiados o comunes-.

Advierte con acierto que la obligatoriedad de someterse al proceso verificadorio que prescribe la ley 22529 artículo 50, apartado 4, inciso c), confirma la tesitura pues el trámite verificadorio es propio de los créditos contra el fallido y ajeno a los de los "acreedores del concurso", en razón de sus fechas (art. 33, L. 19551, hoy 32, L. 22529).

A partir de ese principio clásico: verificación inexorable tratándose de créditos del fallido (acreedores del fallido), y no necesidad de verificación de los créditos de los acreedores del concurso <sup>(83)</sup> sigue el razonamiento ulterior que lleva a la Corte Suprema a armonizar la aplicación del artículo 54 de la ley 21526 modificada por la ley 22529, "*evitando su comprensión aislada y la construcción de compartimentos estancos ajenos a la unidad del ordenamiento*".

Esta interpretación del Supremo, que recoge la orientación jurisprudencial de los Tribunales inferiores, "*resguarda los derechos de quienes con su actuación han contribuido a la marcha del proceso liquidatorio. Sería arbitrario que esos acreedores denominados acreedores del concurso por la normativa correspondiente (art. 264, L. 19551) vieran aplazado indefinidamente*

---

<sup>82</sup> **DASSO, ARIEL A.:** "*La Corte Suprema y el cambio de doctrina*", LL - 1993-D - pág. 316

<sup>83</sup> Deudas de la masa o acreedores del concurso o gastos de conservación y justicia del art. 240, ex 264 y reserva de gastos del art. 244, ex 268.





# DECONOMI

*el cobro de sus acreencias. Esta postergación desalentaría sin duda a cualquier persona razonable que estuviera en condiciones de prestar los diversos servicios que el proceso concursal requiere con las consecuencias perjudiciales que ello comportaría para su dinámica".* <sup>(84)</sup><sup>(85)</sup>

Los gastos de conservación y justicia de los artículos 240 y 244 ya fueren realizados en concurso especial ya en el curso general, son prededucibles, se pagan fuera del reparto (distribución) inmediatamente, en tanto esto resultare posible por la previa determinación de sus importes, y sólo en caso de insuficiencia de fondos deben ser postergados a la espera de la regla del prorrateo, pero en tal caso el síndico debe evitar contraer nuevas obligaciones (deudas de la masa), pues solo la expectativa fundada de ulteriores ingresos por vía de liquidación o recomposición puede justificar la continuación del procedimiento liquidativo. Si no fuere así debe aconsejar la clausura del procedimiento por falta de activo: artículo 232, (LCQ) (ex 233).

Si no fuera posible su pago inmediato -por insuficiencia ocasional de fondos líquidos o por falta de determinación definitiva de su monto- el síndico debe reservarlos, procediendo a deducir los importes previstos de los primeros ingresos y a su depósito fructuoso para proceder al pago ulterior por capital, actualizaciones e intereses hasta su efectivo pago con preferencia absoluta a toda otra erogación. Si hubiere realizado en cualquier concepto, inclusive a cuenta cualquier tipo de pago de su crédito a algún acreedor del fallido, éste será repetible sin perjuicio de la responsabilidad del síndico que lo hubiere autorizado.

Ello así porque los gastos del procedimiento y las deudas generadas en concepto de gastos de administración de la quiebra y, la continuación provisoria están colocados en el mismo plano jurídico y gozan de la misma

---

<sup>84</sup> CSJN - 6/4/1993 - "Manquillán SA Cía. Financiera s/quiebra inc. de verificación de créditos promovido por Liporace", ED - T. 154 - pág. 581. **DASSO ARIEL A.:** "*Esplendor y ocaso del privilegio absoluto del BCRA*" - LL- 1993-D, pág. 317 a 334.

<sup>85</sup> Los gastos de justicia son preferidos a todos los créditos en el interés de los cuales se ha causado y apelando a la doctrina de interpretación integradora de la ley, el más Alto Tribunal de Entre Ríos establece que el juego de los arts. 240 y 244 LCQ, define en ambos casos "gastos de conservación y justicia, prededucibles", apareciendo como criterio dirimente que en el primero de los artículos están realizados en utilidad de todos los acreedores y en el del segundo sólo de los acreedores con privilegio especial, pero toda vez que tales gastos hayan sido útiles para bienes determinados (rectius: para los acreedores garantizados con tales bienes) que sean asiento del privilegio especial pasan a la primera jerarquía y superan inclusive a la del privilegio especial del crédito en cuya utilidad se originaron.



posición de precedencia absoluta respecto a todos los acreedores concurrentes.<sup>(86)</sup>

## VII.

### A MODO DE COLOFON: LA PREDEDUCCION DEL “GASTO UTIL”

La mejor doctrina *in totum* susceptible de convicción considera a partir de nociones básicas relativas a los gastos aludidos en el art. 240 LCQ y su inmanente identificación con las disposiciones con que el Código de Vélez regula el art. 3878 como “*créditos con privilegio general*”, materia que en este aspecto guarda congruencia con la regulación establecida en el Código Civil y Comercial de la Nación referidas a las Disposiciones Generales sobre privilegios con privilegio general (arts. 2573) tiene como fundamento la interdicción de enriquecimiento sin causa a costa de otro. Basado en el beneficio que obtienen los acreedores que deben soportarlo en la necesidad de efectuarlo el mismo en tanto no hubiera sido realizado por otro. En tal caso, aprovecharían del mismo configurando un típico enriquecimiento ilícito.

Siguiendo a **Kemelmajer de Carlucci**, las notas características de las acreencias prededucibles, están constituidas por:

- a) La necesidad insoslayable de una finalidad determinada esto es aquellos que constituyen el abastecimiento de los fines destinados al cuidado, conservación y finalmente liquidación y en su caso distribución de los bienes que constituyen la garantía de los acreedores.
- b) En segundo termino el beneficio de la prededucibilidad en todo caso pago preferente extraconcursal constituyen gastos que reproduciendo la nota del art. 3879 del Código Civil de Vélez “*no habrían podido dispensarse de pagar si otro no hubiese hecho la anticipación o los trabajos indispensables a aquella determinada*”

---

<sup>86</sup> **ALESSI GIUSEPPE**, “*L’Amministrazione Straordinaria delle grandi imprese insolventi*”, Giuffrè Editore - 2000 - pág. 217 y ss., art. 230, in fine.



# DECONOMI

*finalidad” dirigida, como dijimos supra a la concreta función de garantía de los acreedores.*

- c) Por último, y como concepto general y sustancial los atributos asignados al gasto deben surgir de la ley o en todo caso si fuere extrajudicial en concordancia con la ley.

El requisito sustancial -aún olvidado por una jurisprudencia minoritaria- coincide en un verdadero apotegma toda erogación, gasto, genéricamente denominado de conservación, administración y justicia no puede, de ninguna manera, evadir su esencia focalizada en su utilidad a la masa lo que lleva a concluir una respuesta de crítica adversa a aquellos fallos, por cierto excepcionales que, en la etapa de pagos de los gastos de la quiebra consideran beneficiarios a los titulares de deudas de la masa generadas en honorarios profesionales devengados en calidad de costas a cargo de la quiebra impuestas en los juicios promovidos en representación de la misma por el órgano sindical.

87

Aquellos trabajos profesionales exitosos son titulares de honorarios a cargo de la masa, más no son, ostensible y claramente útiles sino perjudiciales a la misma porque la condena de pago de honorarios a quienes no son acreedores del fallido, tiene por asiento los fondos de la masa por tratarse de costas impuestas al órgano que tiene a su cargo la administración de los mismos, y en cuya función provocó los trabajos de terceros retribuidos con los bienes de la masa que constituyen la garantía de los acreedores.

Una aguda observación de Kemelmajer de Carlucci corona el impecable desarrollo con la inevitable referencia legal que se advierte en el art. 182 LCQ el cual establece prioridad en el cobro de las demandas contra terceros, en cuyo texto establece en forma expresa que la sindicatura liquidara sin pagar tasa de justicia, en tanto que omite toda referencia a los honorarios confirmando así que el pago prededucible se debe ineludiblemente aquellos requisitos sustanciales del privilegio general subordinando a los quirografarios.

---

<sup>87</sup> **KEMELMAJER DE CARLUCCI AIDA**, “Modificación al régimen de prioridades concursales”, Rev. De Derecho Privado y Comunitario, n° 11 pág. 180 y “Comentario al art. 3879” en “El Código Civil Comentado: Privilegios. Prescripción”, ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2003.



# DECONOMI

Esta claro que como conclusión, esa subordinación que deben soportar los acreedores respecto de las costas de la actividad profesional solo puede existir en tanto esa actividad hubiere determinado un beneficio real, no lo es en el caso de los honorarios regulados con costas a la quiebra en los juicios promovidos en su representación por el órgano sindical apareciendo evidente que el propósito originario del mismo dirigido a la conservación o recupero de bienes para la quiebra no constituye gasto útil a otro que no fuera el mandante o patrocinado en la acción rechazada con costas al órgano sindical.



## ***“Transversabilidad del derecho laboral y el régimen concursal argentino”***

por Alfredo Alesio Eguiazu

Sumario: 1 Introducción. El trabajador y la empresa. Notas distintivas del derecho laboral. 2 El caso del trabajador de la empresa en crisis. Efectos de la presentación en concurso preventivo o quiebra del empleador. 3 Las vías de reconocimiento del crédito laboral. 4 El Pronto pago laboral. El proteccionismo en su máxima. 4.1 Operatividad del pronto pago laboral. 5 El juicio laboral como previo a la verificación del crédito. 6 Procesos laborales en trámite y nuevos procesos. 7 Intereses. 8 Juicio ejecutivo laboral. 9 Las medidas cautelares autosatisfactivas en materia laboral. 10 Las otras vías de insinuación del crédito de causa laboral El pedido de verificación tempestiva y tardía. 11 Principios procesales e interpretativos de la norma laboral. 11.1 El principio in dubio pro trabajador. 11.2 El principio de gratuidad de litigación laboral. 12 Multas laborales. Naturaleza. Revisión en sede concursal. 13 Privilegios laborales. Alcances. Rubros e intereses. 14 El derecho internacional público y la insolvencia del empleador. 15 A modo de conclusiones.

### 1 Introducción. El trabajador y la empresa. Notas distintivas del derecho laboral

El Derecho del Trabajo puede ser visto, así, como un sistema normativo -inicialmente de fuente estatal y luego completado con los productos de la autonomía colectiva- que reconoce tanto la falta de libertad de quien es contratado -carencia que, a su vez, es consecuencia de su necesidad económica- como la resignación de libertad que supone la sumisión a los poderes jerárquicos del empleador como condición ineludible para acceder a un sustento.

Y, a partir de tales reconocimientos, el Derecho del Trabajo despliega un conjunto de reglas y diseña medios técnicos para poner límites tanto al



ejercicio de la posición de supremacía del empleador como a la entrega de libertades por el trabajador.<sup>88</sup>

Continúa diciendo ACKERMAN que “El fundamento del principio de protección, así, antes que en la desigualdad, parece estar en la falta de libertad, inicial y consecuente, del trabajador. Y sería así tal carencia de libertad -por la necesidad de trabajar- tanto la causa inmediata de la desigualdad, como la explicación de la protección.”

El trabajador constituye, junto con el empresario, uno de los elementos de fuente humana de la estructura de la empresa, tanto de la grande como de la Pyme y Micro pyme.

Expresa el art. 5° de la LCT define en su texto “A los fines de esta ley, se entiende como "empresa" la organización instrumental de medios personales, materiales e inmateriales, ordenados bajo una dirección para el logro de fines económicos o benéficos. A los mismos fines, se llama "empresario" a quien dirige la empresa por sí, o por medio de otras personas, y con el cual se relacionan jerárquicamente los trabajadores, cualquiera sea la participación que las leyes asignen a éstos en la gestión y dirección de la "empresa”.

Buena parte de la doctrina del Derecho Comercial más autorizada parece coincidir en que la empresa constituye un concepto económico más que jurídico, aunque resulta ésta una discusión ardua a raíz del perfil bifronte del tema<sup>89</sup>.

Y así, siguiendo las enseñanzas de FONTANARROSA<sup>90</sup>, puede definirse la empresa como la actividad de organización de los factores de la producción, el ejercicio de una actividad económica organizada para ciertos fines, y que no puede confundirse con el concepto de empresario, persona física o jurídica que crea la empresa, la organiza, explota, soporta sus pérdidas y aprovecha sus beneficios.

---

88 ACKERMAN, Mario E., El Llamado Principio De Progresividad Y La Jurisprudencia De La CSJN *Revista de Derecho Laboral* Tomo: 2014 1 El Derecho del Trabajo en la Constitución Nacional - I. Cita: RC D 787/2016.

89 FERNÁNDEZ, RAYMUNDO L. Y GÓMEZ LEO, OSVALDO R. *Tratado Tteórico-Práctico de Derecho Comercial*, Buenos Aires, Ed. Depalma. 1987, Tomo I, p 371.

90 FONTANARROSA, RODOLFO O. *Derecho Comercial Argentino, Parte General*, Buenos Aires, Ed. Víctor P. De Zavalía Editor, 1979, p 175.



# DECONOMI

En el marco de la empresa, el empresario cubre el rol del empleador, es decir es la persona física o jurídica que dispone de un capital que pone en función de la producción de bienes o servicios, debiendo para ello contar con material humano que aplique su función a través de su fuerza de trabajo.

Acá aparece el trabajador, como el otro elemento personal, en este caso físico, que contrata con el primero los términos de la relación laboral y sus condiciones.

GOLDIN destaca como principios del derecho laboral el de protección, y sus derivados: irrenunciabilidad de derechos, continuidad o preservación en el tiempo; primacía de la realidad; gratuidad en los procedimientos e igualdad de trato y oportunidades.<sup>91</sup>

En el contrato de trabajo, las fuerzas de negociación no se encuentran en un pie de igualdad y es el derecho laboral el que procura ese equilibrio, consagrando normas de orden público.

Nuestra constitución los establece en el artículo 14 bis, y se incorporó al art. 75 inc. 11 la atribución del Congreso de dictar los códigos del Trabajo y la Seguridad Social, introducidos en la reforma de la Asamblea Constituyente del año 1957 y es la Ley de Contrato de Trabajo (en adelante LCT) 20.744 con texto original del año 1976 que cumplió la manda constitucional.

MARTÍNEZ VIVOT, refiriéndose al origen del derecho laboral expresó: “La razón del nacimiento de nuestro derecho es esencialmente protectoria. Se sancionan las normas legales precisamente para proteger a los trabajadores, establecimiento limitaciones a la libertad de contratación y desdeñando, por desigualdad notoria, la vigencia del principio liberal de la autonomía de la voluntad de las partes en la creación de su derecho.”<sup>92</sup>

Pero también se ha dicho, al analizarse el principio protector<sup>93</sup>: “Es la razón de ser de este derecho y por ello se manifiesta de varias formas. Insufla

---

91 GOLDIN, Adrian (Director), *Curso del derecho del Trabajo y la Seguridad Social*, Buenos Aires Ed. La Ley 2009. p 110-135.

92 MARTÍNEZ VIVOT, Julio J. *Elementos del derecho del trabajo y de la seguridad social*. Buenos Aires , Editorial Astrea 1992, p 71.

93 SARDEGNA, Miguel A. *Ley de contrato de trabajo. Comentada – anotada – concordada*. Buenos Aires. Editorial Universidad. 1995. p 36.





# DECONOMI

todo el Derecho del Trabajo, intenta restablecer el fiel de la balanza para que ambas partes: patrón y obrero, equilibren sus posibilidades ante la inicial desigualdad económica entre ambos”.

En expresiones de Justo LÓPEZ, puede decirse que para lograr ese objetivo protectorio, el legislador, en términos generales, quita o limita eficacia de los actos del propio trabajador, del empleador o de terceros (acreedores del trabajador y del empleador) que pudieran frustrar el cumplimiento de esa finalidad de subsistencia.<sup>94</sup>

Según su actual redacción, el art. 12 de la ley de contrato de trabajo establece que “Será nula y sin valor toda convención de partes que suprima o reduzca los derechos previstos en esta ley, los estatutos profesionales o las convenciones colectivas, o los contratos individuales de trabajo, ya sea al tiempo de su celebración o de su ejecución, o del ejercicio de derechos provenientes de su extinción”.

Antonio VÁZQUEZ VIALARD aclara que “... si bien la disposición del art. 12 se refiere a los acuerdos de partes, su aplicación debe extenderse a situaciones en las que el trabajador abdica derechos unilateralmente, esto es, cuando en sentido estricto, el trabajador renuncia derechos”<sup>95</sup>.

Además el artículo 7 LCT prohíbe pactar condiciones menos favorables para el trabajador que las garantizadas por el orden público laboral y el art. 13 LCT establece que los acuerdos de partes que modifiquen en perjuicio del trabajador normas imperativas serán nulos y reemplazados de pleno derecho por aquellas.

La tutela del crédito laboral está contenida en el artículo 14 bis de la Constitución Nacional referido a que las leyes deben proteger al trabajo, en sus diversas formas, lo cual alcanza al salario y demás créditos en cabeza del dependiente como contraprestación en dinero por su trabajo personal, ya sea en condiciones normales de desenvolvimiento económico y financiero de la empresa, pero que guarda mayor importancia frente a la insolvencia de su

---

94 LOPEZ, Justo, *El salario*, Buenos Aires. Ediciones Jurídicas, 1988, p 276

95 VÁZQUEZ VIALARD, Antonio, *Cincuenta años en la evolución del Derecho del Trabajo argentino*, *Anales*, 2ª época, XXXVI: 29, Buenos Aires, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, 1991, p. 241-307.



empleador que le impida honrar en tiempo oportuno la obligación de pago salarial. Es justamente el carácter alimentario del crédito laboral en cuanto se encuentra destinado a proveer a la subsistencia del trabajador y su familia.

GRISOLÍA, luego de calificar al trabajador como la parte más débil en la relación de trabajo, ha señalado que mientras los empleadores tienen recursos suficientes para imponer determinadas condiciones, los trabajadores sólo cuentan con su fuerza o capacidad de trabajo.<sup>96</sup>

## 2 El caso del trabajador de la empresa en crisis. Breve análisis.

### Efectos de la presentación en concurso preventivo o quiebra del empleador.

Frente a la crisis, la empresa comienza a operar enfrentándola con las herramientas a su alcance, primero renegociando, ya sea obteniendo esperas, en algunos casos en razón de su trayectoria comercial con sus proveedores, en otros a costo de intereses altos por refinanciación fruto de la dilación en el tiempo y la falta de acceso al mercado bancario y cayendo en mora frente a aquellos acreedores que no pudieron o no quisieron posponer el cobro de las deudas contraídas.

Muchas veces es el Estado, en sus diversos estamentos es en primer término relegado al cumplimiento, intentando la empresa mantener con mayor esfuerzo el pago de los salarios de sus dependiente, consciente el empleador del carácter alimentario de aquellos.

Caído en el pozo de la insolvencia, frente a una inminente liquidación por subasta judicial o ante algún impaciente pedido de quiebra, el empleador solicitará su concurso preventivo en el afán de continuar su giro.

En este caso, salvo alguna situación poco común de mucha comunicación entre los estamentos productivos, los trabajadores entrarán en caos frente a la noticia del inicio de un proceso concursal y el temor de la pérdida de la fuente laboral.

---

96 GRISOLIA, Julio Armando. *Derecho del trabajo y de la seguridad social*. Buenos Aires. Lexis Nexis Depalma. 2003, p 8.



# DECONOMI

Sin embargo, como en el concurso preventivo la administración de la empresa continúa en cabeza de sus titulares con la vigilancia de la Sindicatura, continuando las relaciones laborales sin alteraciones de acuerdo al texto vigente de la LCQ.

Esta protección surge del derecho laboral y es traspolada a través de diversas normas expresas en la ley falencial argentina.

Sucesivas reformas han agregado normas que reflejan estos principios protectorios expresos con previsiones plasmadas en la letra.

Desde el artículo 11 inc. 8 en cuanto impone al deudor a denunciar la lista de trabajadores.

La obligación de la Sindicatura a que se pronuncie sobre los pasivos laborales denunciados e informe sobre otros créditos sujetos a integrar el pronto pago en el artículo 14 inc. 11.

La posibilidad de iniciar nuevos juicios laborales o continuar los ya promovidos del artículo 21.

La excepción a la suspensión de intereses sobre los créditos laborales del artículo 19.

El principio de gratuidad en el proceso verificadorio del artículo 32.

El art. 16 que regula el pronto pago laboral.

El art. 48 bis, que en la regulación de los supuestos especiales prevé la conversión de los créditos laborales en cuotas de capital social de la cooperativa de trabajadores que aquellos formen y su excepción a integrar el 25% de la oferta prevista por el mismo artículo 48 en su inciso 7.

La recuperación del privilegio renunciado en caso de incumplimiento del acuerdo declarado judicialmente del artículo 43.

La excepción de acreditar en caso de pedido de quiebra por incumplimiento de pago de crédito privilegiado especial, que los bienes asiento del privilegio no son suficientes para su satisfacción del artículo 80.

La no suspensión de los convenios colectivos laborales en caso de inicio del proceso concursal.



# DECONOMI

La posibilidad de continuar con la explotación de las empresas organizados en cooperativas, incluso en formación del artículo 191 bis.

La situación de los trabajadores frente al nuevo adquirente de la empresa, que mantienen sus condiciones frente al tercero adquirente.

El otorgamiento de la calidad de privilegio especial a las remuneraciones y demás rubros detallados en el artículo 241 inc. 2 y privilegio general en el artículo 246 inc. 1.

La fijación de la extensión de los créditos con privilegio general en cuanto a su concurrencia con los previstos por el artículo 250 sobre la mitad del producto líquido de los bienes afectados a privilegio general, del artículo 247.

La integración de representantes en los comités provisorio y definitivo de acreedores del artículo 44 y 260.

### 3 Las vías de reconocimiento del crédito laboral.

Los procesos concursales incluyen los créditos de causa o título anterior a la presentación en concurso o del dictado de la sentencia de quiebra.

La ley impone a los acreedores la carga de verificar sus créditos, aún a los que tienen su causa en una relación laboral.

Sin embargo el sumun del proteccionismo al acreedor laboral la encontramos en el pronto pago oficioso.

### 4 El Pronto pago laboral. El proteccionismo en su máxima

Si bien el artículo 266 de la Ley de contrato de trabajo fue derogado por la ley 24.522, el derecho de pronto pago de los créditos laborales sólo fue sustraído de la ley laboral, pero en su lugar fue incorporado a la normativa general del concurso y la quiebra con mayor amplitud respecto de rubros de crédito laboral objeto de pronto pago, a través de los artículos 16 y 183 de la LCQ, para luego ser modificado el régimen por el artículo 3 de la Ley N° 26.086, al dar una nueva redacción al mencionado artículo 16 de la LCQ,



# DECONOMI

En su presentación inicial, el deudor, de conformidad a las previsiones del artículo 11 LCQ debe además de denunciar en modo general la “nómina de acreedores, con indicación de sus domicilios, montos de los créditos, causas, vencimientos, codeudores, fiadores o terceros obligados o responsables y privilegios. Asimismo, debe acompañar un legajo por cada acreedor, en el cual conste copia de la documental sustentatoria de la deuda denunciada, con dictamen de contador público sobre la correspondencia existente entre la denuncia del deudor y sus registros contables o documentación existente y la inexistencia de otros acreedores en registros o documentación existente. Debe agregar el detalle de los procesos judiciales o administrativos de carácter patrimonial en trámite o con condena no cumplida, precisando su radicación.”

En modo más especial, en relación a los créditos laborales debe “8) Acompañar nómina de empleados, con detalle de domicilio, categoría, antigüedad y última remuneración recibida. Deberá acompañarse también declaración sobre la existencia de deuda laboral y de deuda con los organismos de la seguridad social certificada por contador público. (Inciso incorporado por art. 1º de la Ley N° 26.684 B.O. 30/06/2011)”.

Este detalle del promocional tiene su correlato con la resolución de apertura del concurso preventivo del art. 14 LCQ, en su inc “11) Correr vista al síndico por el plazo de diez (10) días, el que se computará a partir de la aceptación del cargo, a fin de que se pronuncie sobre:

a) Los pasivos laborales denunciados por el deudor; b) Previa auditoría en la documentación legal y contable, informe sobre la existencia de otros créditos laborales comprendidos en el pronto pago. (Inciso 11 sustituido por art. 3º de la Ley N° 26.684 B.O. 30/06/2011)”.

De esta manera el crédito laboral pasible de pronto pago es el único que no debe ser insinuado por su acreedor, siendo la excepción a la regla de la carga verificatoria.

Sin embargo, si existiera algún acreedor de causa en su relación laboral pre concursamiento, y que no surgiera su acreencia ni de la manifestación del empleador conforme el art. 11 citado ni del informe de la Sindicatura



ordenado por la resolución del art. 14 señalado, podrá solicitar su inclusión en dicho medio cancelatorio anticipado de su pretensión.

Francisco JUNYENT BAS nos dice que se trata de una “tutela especial que la ley falimentaria reconoce al trabajador permitiéndole satisfacer su crédito sin esperar el resultado del procedimiento general”<sup>97</sup>.

El crédito insinuado, en caso de ser incluido en el pronto pago reúne los requisitos previstos por la norma falencial en su art. 16 segundo párrafo para su procedencia, también previsto por vía de remisión del art. 183 LCQ y atento su carácter alimentario, resulta contrario a derecho dilatar su percepción por el trabajador.

"La expresión pronto pago designa la facultad del juez de autorizar la rápida cancelación de los créditos laborales, facultad que constituye una excepción claramente protectora para el trabajador, frente al principio concursal de la *par conditio creditorum*, receptado en el primer párrafo del art. 16 de la LCQ"<sup>98</sup>

VITOLLO<sup>99</sup> hace una enumeración de los créditos amparados por el sistema de pronto pago laboral bajo la ley 24.522, modificada por las leyes 26.086 y 26.684, en la actualidad son los siguientes:

- 1) Las remuneraciones debidas al trabajador -incluyendo el aguinaldo;
- 2) las indemnizaciones por accidentes de trabajo o enfermedades laborales;
- 3) las sanciones conminatorias por omisión de ingresos de aportes retenidos previstas en el artículo 132 bis de la ley 20.744;
- 4) las indemnizaciones agravadas por despidos por causa de embarazo (art. 178 de la ley 20.744);

---

97 JUNYENT BAS, Francisco y BERARDO, Mónica “La reformulación del pronto pago y las nuevas directrices del fuero de atracción en la Ley 26086” *Revista de Derecho Comercial* año 39, 2006B, Editorial Lexis Nexis.

98 CARCAVALLO, Hugo R., “Apuntes sobre los créditos laborales y la ley de concursos y quiebras”, *TySS*, 1996-75

99 VITOLLO, Daniel Roque “Los créditos del trabajador frente al concurso y la quiebra del empleador” Cita: *RC D 1469/2020* Tomo: 2019 2 Crisis económica, crisis en la empresa y relaciones de trabajo *Revista de Derecho Laboral*.



# DECONOMI

5) las correspondientes al despido por causa de matrimonio (arts. 180 a 182 de la ley 20.744)];

6) las indemnizaciones sustitutivas del preaviso, integración de indemnización con salarios del mes de despido, y la indemnización por antigüedad, aun en caso de despido indirecto (arts. 232, 233, 245, 246, 247 y 248 de la ley 20.744);

7) las indemnizaciones agravadas de la ley 25.877 (arts. 4° y 5°);

8) las indemnizaciones agravadas para relaciones laborales no registradas o registradas de modo deficiente contempladas en la ley 25.323 (arts. 1° y 2°);

9) las indemnizaciones agravadas de la Ley de Empleo 24.013 (arts. 8°, 9°, 10, 11 y 15);

10) las indemnizaciones suplementarias y sancionatorias previstas en la Ley de Prevención de la Evasión Fiscal 25.345 (arts. 44 y 45);

11) las indemnizaciones para el caso de despido por imposibilidad de reincorporación, previstas en el artículo 212 de la ley 20.744;

12) las indemnizaciones comprendidas en el artículo 52 de la Ley 23.551 de Asociaciones Sindicales;

13) las indemnizaciones previstas en estatutos especiales -por ejemplo la indemnización por clientela del estatuto del viajante de comercio;

14) las indemnizaciones previstas en los convenios colectivos de trabajo,y

15) las indemnizaciones previstas en los contratos individuales de trabajo que unan al trabajador con el concursado.

El segundo párrafo del art. 16 de la LCQ delinea cuáles son los conceptos comprendidos dentro del “pronto pago”. Como regla general, cabe apuntar que las acreencias enumeradas deben ser reconocidas con privilegio especial (art. 241, inc. 2) o general (art. 246, inc. 1). Ambas preferencias pueden ser reconocidas en conjunto o en forma alternativa, como se deduce de la





utilización de la cópula “o” en el texto de la norma en cuestión. En otras palabras, este instituto no aplica para los créditos “quirografarios laborales”<sup>100</sup>.

Sin embargo, el pronto pago se encuentra sujeto a la existencia de liquidez suficiente del acervo falencial, situación que muchas veces lo torna inoperativo en la práctica, constituyendo una fuente de deseos más que una solución a la necesidad alimentaria del trabajador. Esta liquidez deberá ser informada previamente por el órgano Sindical y en su defecto hasta tanto existan fondos suficientes para su cancelación parcial o total atento las previsiones del citado art. 183 LCQ 2º párrafo.

#### 4.1 Operatividad del pronto pago laboral.

El artículo 16 LCQ explica los alcances del instituto detallando que resulta de una resolución del juez del proceso a dictar en el plazo de diez de evacuado el informe de la sindicatura previsto por el art. 14 inc 11 LCQ y que se incluyen sólo a los créditos laborales que gocen de privilegio general o especial y que surjan de dicho informe.

La ley impide el pronto pago en modo total o parcial “sólo cuando existiere duda sobre su origen o legitimidad, se encontraren controvertidos o existiere sospecha de connivencia entre el peticionario y el concursado”.

Es decir que el crédito no debe ser controvertido.

Aclara la norma que la decisión será apelable y la que lo admite “tendrá efectos de cosa juzgada material e importará la verificación del crédito en el pasivo concursal”.

Es decir que la resolución sustituirá al pedido de verificación en cuanto a sus efectos.

#### 5 El juicio laboral como previo a la verificación del crédito.

---

100 BARBIERI, Pablo C., *Verificación de Créditos*, Buenos Aires, Ed. Universidad, 2008, p. 164



# DECONOMI

Dentro del sistema protectorio y en razón de la falta de un título que le sirva a los fines de insinuar su crédito al trabajador, aquel puede comenzar o continuar con una acción de conocimiento.

Tal contemplación resulta por demás razonable. Pensemos en aquella persona que pone a disposición del empleador, hoy en crisis, que si tenía un crédito que no surgiera de los registros del “*in malis*”, tras la investigación de la Sindicatura, no pudo llegar a ser incluido en la resolución de pronto pago concursal.

Siendo pues su crédito controvertido debe optar por obtener un título con certeza suficiente que le permita determinar el alcance de su acreencia.

El art. 20 LCQ, en su redacción previa a ser sustituido por el art. 7º de la Ley Nº 26.684 B.O. 30/06/2011 preveía la suspensión de los convenios colectivos de trabajo por el plazo de 3 años o hasta el cumplimiento del acuerdo homologado.

Dicha norma se fundaba en que frente a la crisis se debía garantizar el piso de derechos laborales establecidos por la LCT, pudiendo el deudor suspender por el plazo fijado los

beneficios que la norma colectiva aplicable estableciera para los trabajadores alcanzados.

En el caso, si hubiera créditos laborales con causa o título anterior a la presentación en concurso preventivo, deberán estar sometidos a la normativa especial falencial.

## 6 Procesos laborales en trámite y nuevos procesos.

Frente a la apertura del concurso preventivo del empleador o del dictado de la sentencia de quiebra, uno de los efectos principales es la suspensión del inicio de nuevas acciones contra el patrimonio del deudor.

El fundamento de dicha disposición, resulta mantener incólume el pasivo del deudor e impedir que a través de nuevos procesos se pueda alterar la igualdad de los acreedores, salvo las excepciones previstas expresamente por la ley.



# DECONOMI

Entre estas excepciones, encontramos expresamente a los acreedores laborales, que podrán continuar o iniciar tras la apertura del universal.

Los juicios laborales también estarán exceptuados del fuero de atracción y como dice el sexto párrafo del art. 21 LCQ “En estos casos los juicios proseguirán ante el tribunal de su radicación originaria o ante el que resulte competente si se trata de acciones laborales nuevas.”

Misma regla opera en el caso de la sentencia de quiebra, que prevé el fuero de atracción en el art. 132 LCQ.

Es decir que el trabajador, queda exceptuado de iniciar su reclamo a través de un proceso laboral de conocimiento o continuar el ya existente pre falencia.

## 7 Intereses:

Los créditos pre concursales o falenciales, sufren como efecto la suspensión del cálculo de los intereses moratorios. Esta regla encuentra entre sus excepciones a los créditos laborales.

En el caso del concurso preventivo lo hace a través de las disposiciones del art. 19 L.C.Q. al decir “La presentación del concurso produce la suspensión de los intereses que devengue todo crédito de causa o título anterior a ella, que no esté garantizado con prenda o hipoteca Quedan excluidos de la disposición precedente los créditos laborales correspondientes a la falta de pago de salarios y toda indemnización derivada de la relación laboral. (Párrafo incorporado por art. 6º de la Ley Nº 26.684 B.O. 30/06/2011)”.

En el caso de la quiebra, la excepción a la suspensión de intereses está plasmada en el art. 129 LCQ “La declaración de quiebra suspende el curso de intereses de todo tipo. Sin embargo, los compensatorios devengados con posterioridad que correspondan a créditos amparados con garantías reales pueden ser percibidos hasta el límite del producido del bien gravado después de pagadas las costas, los intereses preferidos anteriores a la quiebra y el capital. Asimismo, tampoco se suspenden los intereses compensatorios devengados



con posterioridad que correspondan a créditos laborales.” (Artículo incorporado por art. 14 de la Ley N° 26.684 B.O. 30/06/2011)

En el año 2011, la ley 26.684 vino a consagrar legislativamente, para todo el país, la doctrina emanada del fallo "Club Excursionistas"<sup>101</sup> a través de dos disposiciones concretas que vienen a modificar el régimen de suspensión de intereses de los créditos laborales -o, más precisamente, de "no suspensión"- en la nueva reforma concursal<sup>102</sup>,.

La primera de ellas es el artículo 6° de la ley 26.684 que modificó el artículo 19 de la ley 24.522 atinente al proceso de concurso preventivo de acreedores, incorporando un último párrafo a la norma, señalando que quedan excluidos de la disposición de suspensión del curso de los intereses de los créditos laborales correspondientes a la falta de pago de salarios y toda indemnización derivada de la relación laboral. Esta reforma parecería no ser más que la consagración legislativa de aquello que la jurisprudencia venía planteando y que se patentizó en los fallos cuyos precedentes fueran los plenarios "Pérez Lozano"<sup>103</sup>. Y "Seidman y Bonder S. C. A."<sup>104</sup>

## 8 Juicio ejecutivo laboral.

En el texto del art. 21 excepciona a “Los procesos de conocimiento en trámite y los juicios laborales...”

Si bien el fundamento es permitir a través de un juicio laboral obtener el marco cognitivo y probatorio bajo los principios tuitivos de una sentencia que le reconozca al trabajador sus pretensiones con causa o título anterior a la

---

101 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial - en Pleno Club Atlético Excursionistas s/ incidente de revisión promovido por Vitale, Oscar Sergio 28-06-2006 El Derecho Tomo 218, 415; Cita Digital: ED-DCCLXXXIX-479

102 El fallo plenario recaído en la causa "Club Excursionistas", dictado por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, en el año 2006 vino -en su momento- a revitalizar la excepción que existía en materia de suspensión de intereses, respecto de los créditos laborales ante procedimientos de insolvencia y que reconocía sus orígenes en los fallos plenarios "Pérez Lozano" y "Seidman y Bonder S. C. A." dictados en los años 1981 y 1989, respectivamente.

103 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial de la Capital Federal en Pleno 28-10-1981 Pérez Lozano, Roberto c/Compañía Argentina de Televisión S.A. s/concurso preventivo s/incidente de verificación de crédito El Derecho, 96-452

104 CNCom., en pleno, noviembre 2-989. – Seidman y Bonder, Soc. en Com. por Accs. s/ conc. Prev., inc. de verif. de créditos por Piserchia, Raúl O. La Ley, t. 1990-A, p. 8.



# DECONOMI

presentación en concurso preventivo o previo a la sentencia de quiebra, no se le está prohibiendo expresamente la promoción de un juicio ejecutivo.

La ley 24,522 no hace mención a los procesos ejecutivos laborales. Así la provincia de Buenos Aires incorporó esta herramienta al trabajador con la sanción de la ley 13.829 del año 2008 en sus artículos 52 bis y 53 ter y la norma adjetiva entrerriana, lo prevé desde el año 1972 en su ley procedimental en los artículos 110 al 114 (ley 5315); en la provincia de Santa Fe se prevé el “procedimiento declarativo con trámite abreviado a partir del art. 122<sup>105</sup>

La acción ejecutiva para la percepción de rubros laborales no controvertidos, constituyen una herramienta que el legislador le da al trabajador a los fines de satisfacer su crédito alimentario por excelencia contra el empleador incumplidor. Es procedente cuando el crédito laboral surge de los registros, gozando de la suficiente verosimilitud y en consecuencia el acreedor laboral puede hacer efectiva la percepción de sus haberes no pagados en tiempo oportuno a través del proceso abreviado, limitando las defensas oponibles y saltando la barrera concursal pudiendo percibir dichos créditos sobre los bienes asientos de su privilegio, según el caso.

Estos procesos de ejecución se encuentran previstos en los códigos de procedimientos laborales de las provincias.

En este caso debemos conjugar la normativa concursal con el derecho laboral.

Al respecto las ejecuciones individuales se encuentran suspendidas, salvo el caso de los acreedores privilegiados, a quienes en principio el concurso no tiene efectos.

Sin embargo, todos los acreedores privilegiados deben promover su pedido de verificación a los fines de habilitar la ejecución de su privilegio.

Volviendo al caso bajo análisis, el trabajador, si quisiera optar por la vía ejecutiva de su crédito laboral, en primer lugar deberá insinuar su crédito y una vez declarado verificado o admisible, en el caso de gozar de un privilegio

---

105 Ley N° 7945 t.o.. Fecha sanción: 1/12/1976. Modificada por Ley 13039 Decreto 1079/10) y que mantiene el texto aprobado en el año 2019.



podrá ejecutar su crédito con privilegio, si no fue incluido en el concurso en modo excepcional en la propuesta de preferentes (art. 44 LCQ), estando en principio abstraído de la propuesta concordataria como principio general.. En este caso la acción será ejecutiva sobre los bienes asiento del privilegio.

## 9 Las medidas cautelares autosatisfactivas en materia laboral.

Una corriente jurisprudencial pacíficamente aceptada, recepta la procedencia de medidas cautelares autosatisfactivas para la percepción de haberes en materia laboral.

Definida la medida autosatisfactiva como un procedimiento que se agota en sí mismo, que no es no accesorio de otro, "...es un requerimiento urgente formulado al órgano jurisdiccional por los justiciables que se agota -de ahí lo de autosatisfactiva- con su despacho favorable, no siendo entonces necesaria la iniciación de una ulterior acción principal para evitar su caducidad o decaimiento...", definida como "...soluciones jurisdiccionales urgentes no cautelares, despachables "in extremis" y mediando una fuerte probabilidad que los planteos formulados sean atendibles. Las mismas importan una satisfacción definitiva de los requerimientos de los postulantes..."<sup>106</sup>

Algunos ordenamientos procesales provinciales regulan el procedimiento a imprimir a las pretensiones enmarcadas como autosatisfactivas -Corrientes (Art. 785), -Chaco (Art. 232 bis), Formosa (Art. 232 bis), La Pampa (Art. 305), Santiago del Estero (Art. 37), San Juan (Art. 676)- previendo el dictado de la medida sin sustanciación e inaudita parte,

La finalidad de la medida autosatisfactiva se diferencia de la tutela cautelar, ya que su finalidad no es garantizar o anticipar los efectos del proceso sino a satisfacer la pretensión en sí misma, quedando resuelto el conflicto en el marco del proceso ejecutivo con mínimo desgaste jurisdiccional y temporal.

Al decir de PEYRANO "Estamos hablando de un proceso autónomo, que si bien es una solución urgente no reviste carácter cautelar porque no sirve

---

106 PEYRANO, Jorge W "Reformulación de la teoría de las medidas cautelares:-tutela de urgencia.-Medidas autosatisfactivas", JA, 1997-II-926



a otro principal, y permite obtener una resolución con valor de cosa juzgada sin que sea precisa la ulterior o concomitante iniciación de un proceso principal para evitar el decaimiento de la respuesta jurisdiccional urgente obtenida<sup>107</sup>

El propósito de las autosatisfactivas es proteger derechos materiales de toda índole, y no sólo los fundamentales (aunque este sea el campo más fructífero), bastando con que no exista otro carril que pueda servir para la satisfacción adecuada del planteo<sup>108</sup>

El pedido debe mostrar al juez la probabilidad lógica acerca de la versión que sustenta la pretensión a través de elementos suficientes como para que pueda fundamentar su evidencia y aceptabilidad. Además y fundamentalmente, debe exhibirse una urgencia ligada a la posibilidad de que se consume un daño irreparable si no fuera otorgada la tutela satisfactiva pedida<sup>109</sup>.

Podemos decir con ello que la medidas autosatisfactivas están destinadas a casos donde existe “peligro de infructuosidad” del derecho, o bien un “fundado temor a la ineficacia de la resolución final”<sup>110</sup>, idea que parte del concepto según el cual, la obtención de tutela específica está referida a la integridad del derecho en el plano material, por ser el derecho solo útil si de él se puede disfrutar y ejercerlo.

Por eso, para obtener el despacho de una medida autosatisfactiva, la parte tiene la carga de demostrar su imposibilidad de espera, y que la integridad del derecho es incompatible con el tiempo de un proceso de conocimiento, además de estéril someter su resolución final al mismo, por la intensidad con la que se demuestra la verosimilitud del derecho desde la petición inicial.

Articulada una medida autosatisfactiva, frente a la ausencia de una regulación positiva local, es el juez competente en razón de la materia, es quien

---

107 PEYRANO, Jorge W: “Medida autosatisfactiva y tutela anticipada de urgencia”, en: *Rev. LL*, 21/09/2012, 1; LL, 2012-E, 1110.

108 PEYRANO, Jorge W.: *Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Santa Fe*, T. 3, Editorial Juris, p. 254; CACyTrib.Cdad Autónoma de Buenos Aires, sala III, “Laburu, Pedro Martin c. OSBA s/ medida cautelar”, 21/03/2013, LL, 2013-D , 580.

109 Cám.CyC Fed, sala I, 11/10/2011, “Charter Fiestas S.R.L. c. Google Inc. y otro s/medida autosatisfactiva”, en: LL, 2011-F, 302.

110 MITIDIERO, D.: “Anticipación de Tutela”, Marcial Pons, Madrid, 2013, p.113 y sgtes..





# DECONOMI

debe diseñar el trámite, estableciendo la amplitud y términos del contradictorio, teniendo para ello en cuenta las particularidades del planteo, la intensidad con la que se deje expuesta la verosimilitud del derecho alegado y la concreta posibilidad de demorar el dictado de la sentencia para escuchar al destinatario de la medida, sin que interín el derecho se frustre o torne abstracto.

De ese modo el debate tendrá la extensión que admita la premura que demanden los derechos afectados y a tutelar, debiéndose siempre escuchar tan siquiera en pronta audiencia al destinatario cuando la premura con la que deba actuarse lo permita, y para eso, la correcta ponderación de las circunstancias del caso que efectúe el Magistrado será crucial, porque en determinadas condiciones la bilateralización del pedido ha sido vista por la jurisprudencia como condición ineludible<sup>111</sup>

La Suprema Corte de Justicia de la Nación in rebus Camacho Acosta, Maximino c/ Grafi Graf SRL. y otros. s/ Daños y perjuicios” <sup>112</sup> al tratar la queja con motivo del rechazo de una medida cautelar innovativa, receptó el recurso extraordinario y argumentó que “es de la esencia de esos institutos procesales de orden excepcional enfocar sus proyecciones -en tanto dure el litigio- sobre el fondo mismo de la controversia, ya sea para impedir un acto o para llevarlo a cabo, porque dichas medidas precautorias se encuentran enderezadas a evitar la producción de perjuicios que se podrían producir en caso de inactividad del magistrado y podrían tornarse de muy dificultosa o imposible reparación en la oportunidad del dictado de la sentencia definitiva. ”

Sin pretender ahondar en este tópico, sin perjuicio de su construcción doctrinaria a través de la introducción del tema por el procesalista rosarino PEYRANO, y su recepción como se dijera por todo el territorio nacional, si bien en casos de solicitud de prestaciones laborales no controvertidas en el derecho laboral individual, en el marco de un proceso colectivo concursal o liquidativo, atento su propia naturaleza de medida cautelar, no puede apartarse de la

---

111 CSBA, “Ente Tripartito de Obras c. COA Construcciones y Servicios Públicos S.A.”, del 18/12/2007, en LL, Online).

112 CSJN Camacho Acosta, Maximino c/ Grafi Graf SRL. y otros. s/ Daños y perjuicios SENTENCIA 7 de Agosto de 1997 Nro. Interno: C2348XXXII T. 320, P. Corte Suprema De Justicia De La Nación. Capital Federal, Ciudad Autónoma De Buenos Aires Magistrados: Mayoría: MOLINE O'CONNOR - FAYT - PETRACCHI - BOGGIANO - LOPEZ - BOSSERT - DISIDENCIA: VAZQUEZ - Abstención: NAZARENO - BELLUSCIO Id SAIJ: FA97000246.



limitación general dispuesta por el art 21 LCQ en cuanto prohíbe las medidas cautelares individuales.

De tal manera, las únicas medidas cautelares procesalmente atendibles resultarán las dispuestas por el juez del universal en procura de la salvaguarda de los bienes del deudor en beneficio de la masa de acreedores en general y no de algún o algunos acreedores laborales en su individualidad, apartándose del principio de universalidad e igualdad previsto por el proceso concursal.

## 10 Las otras vías de insinuación del crédito de causa laboral

### El pedido de verificación tempestiva y tardía.

Obtenida una sentencia con autoridad de cosa juzgada la misma se constituye en el título en base al cual el acreedor laboral puede ejercitar su insinuación al pasivo falencial.

Si el trabajador no pudo incluir su crédito en el pronto pago, ya sea el que se llevó adelante en virtud de la resolución del juez prevista en el art. 21 LCQ como consecuencia del informe de la Sindicatura ordenado en el art. 14 LCQ, o para el caso que lo solicitara con posterioridad y por alguna razón tal inclusión le fuere denegada, queda con la posibilidad de optar entre el proceso verificadorio, ya sea tempestivo o tardío, según haya vencido o no el período para hacerlo o instrumentar el incidente de verificación tardía si no se cumplió la prescripción concursal del art. 56 LCQ.

La otra posibilidad es la promoción o continuación del proceso de conocimiento en sede laboral que analizaré más abajo, atento estar excluidos estos procesos de la prohibición general de nuevos juicios.

La elección por una u otra vía depende de las circunstancias del caso, aunque sin embargo si el trabajador optara por el pedido de verificación directo tempestivo o tardío, el ámbito cognitivo será mucho más reducido que si recurriera al proceso de conocimiento laboral.

Ello así en cuanto en el pedido de verificación directa, en el caso del tempestivo, el marco cognitivo resulta restringido, limitándose al pedido ante el



# DECONOMI

síndico, acompañando la documental que haga a su derecho y la invocación de la causa, monto y privilegio que le otorgue la ley según el caso.

En caso de optar por la verificación tardía a través del incidente, admitida esta modalidad hasta la clausura del procedimiento como se recordara, el proceso deberá estar subsumido en las previsiones de los artículos 280 al 287 de la ley concursal, estando limitado el período probatorio y su modalidad, según rezan dichas normas.

## 11 Principios procesales e interpretativos de la norma laboral.

No siempre el estado protegió el trabajo en relación de dependencia.

ALBERDI reflexionaba por el siglo XIX "Siendo el trabajo libre la principal fuente de la riqueza -escribió-, embarazarlo por reglamentos no es otra cosa que contrariar y dañar el progreso de la riqueza en su fuente más pura y abundante". Las libertades consagradas por la Constitución son atacadas por "todas las leyes que, teniendo por objeto [...] la organización del trabajo, desconozcan que el trabajo no puede recibir otra organización, o más bien no puede ser organizado por otro medio, que por la legislación civil aplicada a los tres grandes ramos en que el trabajo y la industria se dividen: agricultura, comercio, industria fabril. En cualquiera de estos tres ramos el rol orgánico de la ley es el mismo que en la materia civil -él consiste en establecer reglas convenientes para que el derecho de cada uno se ejerza [...] sin dañar el derecho de los demás"<sup>113</sup>.

En Europa y Estados Unidos la cuestión social estaba presente desde mediados del siglo XIX, iniciando la clase trabajadora sus luchas, las que adquirirían dimensión internacional

Esta situación social también se vio reflejada en Argentina. El proyecto de Ley Nacional del Trabajo de Joaquín V. González decía que "si se quisiera exhibir una prueba palpable de la necesidad de reglamentación del trabajo, no ya desde el punto de vista de su ejecución, sino de las facultades del Estado

---

113 ALBERDI, Juan Bautista, *Sistema económico y rentístico de la Confederación Argentina según la Constitución de 1853*, Buenos Aires, La Cultura Argentina, 1921, p. 52-54



# DECONOMI

bastaría señalar los conflictos diarios entre el obrero y el capitalista o patrón, corrientes en todo el mundo moderno, y reveladores de una situación imperfecta o insuficiente dentro de las leyes comunes. Cuando esos conflictos no encuentran ni en la sustancia ni en las formas externas de la ley una solución o una vía genérica para ella, debe deducirse que el organismo jurídico es inconciliable con la realidad de los fenómenos sociales que él está destinado a regir".<sup>114</sup>

La entonces llamada Legislación Industrial u Obrera se configuró como una nueva rama del sistema jurídico, un conjunto homogéneo de principios, normas y doctrinas que le otorgan "autonomía [...] conceptual, jurídica y legislativa"<sup>115</sup>

El constitucionalismo social tuvo su aparición en nuestro país tras la reforma del año 1949. La Declaración de los Derechos del Trabajador, formulada por Perón el 24 de febrero de 1947, y suscrita en acuerdo general de ministros al día siguiente (Decreto N° 4.865/47), pasó a ser el art. 37, parte I, de la Constitución

Derogada en 1956 la reforma de 1949, la convención reunida en 1957 incluyó en la ley fundamental el actual art. 14 bis, que establece lo siguiente: "El trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes, las que asegurarán al trabajador: condiciones dignas y equitativas de labor; jornada limitada; descanso y vacaciones pagados; retribución justa; salario mínimo vital móvil; igual remuneración por igual tarea; participación en las ganancias de las empresas, con control de la producción y colaboración en la dirección; protección contra el despido arbitrario; estabilidad del empleo público; organización sindical libre y democrática, reconocida por la simple inscripción en un registro especial.

"Queda garantizado a los gremios: concertar convenios colectivos de trabajo; recurrir a la conciliación y al arbitraje; el derecho de huelga. Los representantes gremiales gozarán de las garantías necesarias para el

---

114 CONGRESO NACIONAL, Diario de sesiones de la Cámara de Diputados. Año 1904, I, Buenos Aires, 1904, pp. 70-71 y 80. consulta web <http://isco.unla.edu.ar/fondos-cedops/func-startdown/12298/> (18/07/2019)

115 GARCÍA MARTÍNEZ, Roberto, "La reafirmación de la autonomía del Derecho del Trabajo", *Derecho de Trabajo*, 1995-A., p. 327



cumplimiento de su gestión sindical y las relacionadas con la estabilidad de su empleo". El párrafo tercero asegura los beneficios de la seguridad social.<sup>116</sup>

BIDART CAMPOS reseñaba que preciso cuando nos indica: "Dielógicamente, el art. 14 bis parece contener propuestas justas. El valor justicia nos señala que hay que mantener las realidades justas, que hay que superar las injustas, que hay que esforzarse por crear condiciones que hagan viable la plena operatividad del artículo. Para muchas de sus partes es imperiosa una política imaginativa, ágil y eficaz en el campo socioeconómico; para otras, la actividad hasta ahora rezagada de la ley". "El art. 14 bis no da un consejo, no enuncia aspiraciones para cuando sea posible satisfacerlas, no alude a conquistas del porvenir: ordena legislar para asegurar, y solo se asegura lo que realmente se da, no lo que se promete o se propone como objetivo lejano"<sup>117</sup>.

## 11.1 El principio in dubio pro trabajador.

El derecho laboral tiene su razón de ser en el interés de equilibrar el sinalagma obligacional otorgando derechos al trabajador frente al empleador.

Al decir de ACKERMAN El Derecho del Trabajo puede ser visto, así, como un sistema normativo -inicialmente de fuente estatal y luego completado con los productos de la autonomía colectiva- que reconoce tanto la falta de libertad de quien es contratado -carencia que, a su vez, es consecuencia de su necesidad económica- como la resignación de libertad que supone la sumisión a los poderes jerárquicos del empleador como condición ineludible para acceder a un sustento. Y, a partir de tales reconocimientos, el Derecho del Trabajo despliega un conjunto de reglas y diseña medios técnicos para poner límites tanto al ejercicio de la posición de supremacía del empleador como a la entrega de libertades por el trabajador.<sup>118</sup>

---

116 VÁZQUEZ VIALARD, Antonio, *Cincuenta años en la evolución del Derecho del Trabajo argentino*, *Anales*, 2ª época, XXXVI: 29, Op. Cit., p. 241-307.

117 BIDART CAMPOS, Germán J. "Principios constitucionales de derecho del trabajo (individual y colectivo) y de la seguridad social en el art. 14 bis", *Trabajo y Seguridad Social*, 1981-481.

118 ACKERMAN, Mario E., *El Llamado Principio De Progresividad ...* Op. Cit. p. 787.



# DECONOMI

En este contexto, es oportuno preguntarnos, si en el caso que el trabajador optara por la vía incidental tempestiva o tardía, eligiendo obtener el reconocimiento a través del marco cognitivo analizado y obviando el proceso de conocimiento pleno en sede jurisdiccional laboral, cuáles serán los criterios de interpretación de la normativa laboral.

En cuanto a lo procesal, no será aplicable la normativa adjetiva laboral, ya que el trabajador en este caso optó por el pedido de verificación tempestiva o por el incidente en el caso de verificación tardía.

En el primer caso se ajustará el procedimiento al previsto por el art. 32 y siguientes de la ley concursal y en el segundo al previsto para los incidentes en general, es decir por el artículos 280 al 287.

Mas en relación a la interpretación de la normativa de fondo aplicable, esto es la ley laboral, el juez del concurso deberá hacerlo conforme los principios y reglas de la normativa tuitiva materia de la cuestión a debatir.

El juez concursal entre sus facultades-deberes, tendrá en su decisorio la procedencia o no del crédito en cabeza del trabajador en su relación con el deudor.

Ya se trate de un pedido de verificación tempestiva o tardía, y en caso de éste último por vía de incidente o por acción individual, deberá merituar la justeza del pedido bajo el tamiz de los principios propios del derecho laboral.

Dicho criterio no es antojadizo, sino que surge del propio texto legal en el artículo 273 relativo a las reglas procesales en su inciso noveno al decir “La carga de la prueba en cuestiones contradictorias, se rige por las normas comunes a la naturaleza de la relación de que se trate”, produciéndose en consecuencia la llamada inversión de la carga probatoria, reflejo de una legislación tuitiva, arts. 3, 8, 9, 11, 12, 23. 52, 55 y concs. de la LCT, tomando dicha norma como principio de remisión a la cuestión interpretativa al menos en cuestión de prueba.

De tal manera la Sindicatura deberá en el marco de sus facultades investigatorias, de conformidad al art. 33 LCQ examinar los libros laborales del deudor a los fines de desentrañar la verdad real de la relación laboral y por ende



sobre la procedencia o no del crédito laboral, debiendo en tal caso el juez merituar la presunción prevista por el art. 55 de la Ley de Contrato de Trabajo respecto a la ausencia de libros laborales obligatorios previstos por el art. 52 de la Ley de Contrato de Trabajo.

Los principios protectorios en favor del trabajador, como se señalara tienen raigambre constitucional y por ello fija pautas de orden público inderogables y que en cuanto no significan una norma contraria a la ley concursal en cuanto norma especial deben primar sobre la misma.

De tal manera el principio de igualdad constitucional deriva en la creación por el derecho laboral de desigualdades tendientes a nivelar el sinalagma.

## 11.2 El principio de gratuidad de litigación laboral.

La aplicación del principio de gratuidad no abre lugar a duda alguna, en tanto la misma normativa concursal ha respetado la idiosincrasia de la normativa laboral plasmado en el art. 20 L.C.T, adquiriendo y tomando dicho principio en su normativa en los arts. 32 y 300 de la ley concursal,

De tal manera, tanto en el proceso verificadorio ya sea tempestivo o tardío, así como en el caso de procesos de conocimiento encausados al reconocimiento de la procedencia del crédito laboral y su posterior verificación de causa, título y privilegio, están alcanzados por la gratuidad reconocida por la ley falencial.

Esta dispensa del acceso a la justicia de modo gratuito como excepción expresa al pago del arancel verificadorio debe extenderse a las costas en el supuesto de resultar vencido el acreedor laboral frente al concurso o aún en el caso de verificación tardía.

El art. 19 LCQ expresamente lo prevé en caso de rechazo al pedido de pronto pago laboral<sup>119</sup>.

---

119 LEY 24.522 Art. 16 “No se impondrán costas al trabajador en la solicitud de pronto pago, excepto en el caso de connivencia, temeridad o malicia”





## 12 Multas laborales. Naturaleza. Revisión en sede concursal

Dentro del amplio marco legislativo protectorio numerosas normas fijan sanciones tendientes a evitar la existencia del trabajo no registrado o deficientemente registrado.

Así la ley 24.013<sup>120</sup> (B.O. 17/12/1991 N°27.286) conocida como Ley de Empleo, procuraron la regularización y registración del trabajo y fijaron en sus artículos 8° al 10° y 15° multas mensuradas a través de sanciones consistentes en aumentos proporcionales de las indemnizaciones determinadas por la ley de contrato de trabajo<sup>121</sup>.

Así el artículo 8° sanciona al “empleador que no registrare una relación laboral abonará al trabajador afectado una indemnización equivalente a una cuarta parte de las remuneraciones devengadas desde el comienzo de la vinculación, ...”, Por su parte el artículo 9° a su vez sanciona al “empleador que consignare en la documentación laboral una fecha de ingreso posterior a la real, abonará al trabajador afectado una indemnización equivalente a la cuarta parte del importe de las remuneraciones devengadas desde la fecha de ingreso hasta

---

120 <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/412/texact.htm>  
(15/06/2019)

121 ARTICULO 8° — El empleador que no registrare una relación laboral abonará al trabajador afectado una indemnización equivalente a una cuarta parte de las remuneraciones devengadas desde el comienzo de la vinculación, computadas a valores reajustados de acuerdo a la normativa vigente. En ningún caso esta indemnización podrá ser inferior a tres veces el importe mensual del salario que resulte de la aplicación del artículo 245 de la Ley de Contrato de Trabajo (t.o. 1976).

ARTICULO 9° — El empleador que consignare en la documentación laboral una fecha de ingreso posterior a la real, abonará al trabajador afectado una indemnización equivalente a la cuarta parte del importe de las remuneraciones devengadas desde la fecha de ingreso hasta la fecha falsamente consignada, computadas a valores reajustados de acuerdo a la normativa vigente.

ARTICULO 10. — El empleador que consignare en la documentación laboral una remuneración menor que la percibida por el trabajador, abonará a éste una indemnización equivalente a la cuarta parte del importe de las remuneraciones devengadas y no registradas, debidamente reajustadas desde la fecha en que comenzó a consignarse indebidamente el monto de la remuneración.

ARTICULO 15. — Si el empleador despidiere sin causa justificada al trabajador dentro de los dos años desde que se le hubiere cursado de modo justificado la intimación prevista en el artículo 11, el trabajador despedido tendrá derecho a percibir el doble de las indemnizaciones que le hubieren correspondido como consecuencia del despido. Si el empleador otorgare efectivamente el preaviso, su plazo también se duplicará. La duplicación de las indemnizaciones tendrá igualmente lugar cuando fuere el trabajador el que hiciera denuncia del contrato de trabajo fundado en justa causa, salvo que la causa invocada no tuviera vinculación con las previstas en los artículos 8, 9 y 10, y que el empleador acreditare de modo fehaciente que su conducta no ha tenido por objeto inducir al trabajador a colocarse en situación de despido.



# DECONOMI

la fecha falsamente consignada, ... ” y el artículo 10° fija una sanción al “empleador que consignare en la documentación laboral una remuneración menor que la percibida por el trabajador, abonará a éste una indemnización equivalente a la cuarta parte del importe de las remuneraciones devengadas y no registradas, ...”.

Por su parte el artículo 15° de la ley de empleo fija la duplicación de los rubros indemnizatorios, si el nexo laboral se finalizara sin causa justificada por despido directo o indirecto, durante en el plazo posterior a dos años posteriores a la intimación a regularizar la registración laboral.

Además la ley 25.323<sup>122</sup> (B.O. 11/10/2000 N° 29.502) siguiendo el mismo criterio <sup>123</sup> en su artículo 1° establece una duplicación de las indemnizaciones del art. 245 LCT y art.7 ley 25.013 en caso de relación laboral no registrada o en deficiente al despido, haciendo la salvedad que dichos incrementos no son acumulables con las previstas por los artículos 8°, 9°, 10 y 15 de la Ley 24.013.

El art. 2° un incremento del 50% en caso de no abonar el trabajador las indemnizaciones laborales de los arts. 232, 233 y 245 LCT y arts. 6° y 7° Ley 25.013.

---

122 <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/60000-64999/64555/norma.htm> (15/06/2019)

123 ARTICULO 1° — Las indemnizaciones previstas por las Leyes 20.744 (texto ordenado en 1976), artículo 245 y 25.013, artículo 7°, o las que en el futuro las reemplacen, serán incrementadas al doble cuando se trate de una relación laboral que al momento del despido no esté registrada o lo esté de modo deficiente. Para las relaciones iniciadas con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley, los empleadores gozarán de un plazo de treinta días contados a partir de dicha oportunidad para regularizar la situación de sus trabajadores, vencido el cual le será de plena aplicación el incremento dispuesto en el párrafo anterior. El agravamiento indemnizatorio establecido en el presente artículo, no será acumulable a las indemnizaciones previstas por los artículos 8°, 9°, 10 y 15 de la Ley 24.013.



# DECONOMI

El artículo 80 LCT<sup>124</sup> reformado por la ley 25.345<sup>125</sup> (B.O. 17/11/2000 N° 29.528) fija una sanción equivalente a tres veces la mejor remuneración en caso de omisión de entrega al trabajador un certificado de trabajo, conteniendo las indicaciones sobre el tiempo de prestación de servicios, naturaleza de éstos, constancia de los sueldos percibidos y de los aportes y contribuciones efectuados con destino a los organismos de la seguridad social.

Todas éstas constituyen sanciones previstas por la legislación laboral que forman parte de las indemnizaciones con causa en un despido incausado y que deben ser impuestas por el juez competente en materia laboral, dejando la ley a su criterio la posibilidad de eximir de las mismas al empleador según las condiciones del caso, debidamente fundado.

Alcanzada por la sentencia del proceso laboral la calidad de firme, constituye título suficiente para la insinuación en el proceso universal del empleador.

“En relación a los derechos emergentes de la Sentencia firme pronunciada en Sede Laboral – que se encuentran amparados por los efectos de la cosa juzgada, al haber sido precedida de una tramitación regular, con posibilidades de defensa y prueba – los Magistrados señalaron que : “no obstante, no tiene eficacia de cosa juzgada material `en forma absoluta´ para el Juez Concursal, ya que es factible de `revisión´ y/o `adecuación´ a la luz de las reglas que impone la Ley N° 24.522.”<sup>126</sup>

En dicho acuerdo de la Sala F, respecto al incremento indemnizatorio previsto por los 1º y 2º de la Ley 25.323<sup>127</sup>, los camaristas puntualizaron que, el

---

124 LCT Art. 80 t.o. In fine: Si el empleador no hiciera entrega de la constancia o del certificado previstos respectivamente en los apartados segundo y tercero de este artículo dentro de los dos (2) días hábiles computados a partir del día siguiente al de la recepción del requerimiento que a tal efecto le formulare el trabajador de modo fehaciente, será sancionado con una indemnización a favor de este último que será equivalente a tres veces la mejor remuneración mensual, normal y habitual percibida por el trabajador durante el último año o durante el tiempo de prestación de servicios, si éste fuere menor. Esta indemnización se devengará sin perjuicio de las sanciones conminatorias que para hacer cesar esa conducta omisiva pudiere imponer la autoridad judicial competente. (Párrafo incorporado por art. 45 de la Ley N° 25.345 B.O. 17/11/2000).

125 <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/65000-69999/65015/texact.htm> (15/06/2019)

126 CNCOM – SALA F – “Securus S.A. s/ Concurso Preventivo s/ Incidente de Verificación de Crédito (Por Arrua, Aldo Esteban)” – 15/07/2014.

127 La ley 25,323 en su art. 1 establece una duplicación de las indemnizaciones del art. 245



fundamento reside en que «se trata de un `Incremento´ de la Indemnización Laboral y `no´ de una Multa, aunque su imposición sea de carácter `sancionatorio´, originado en el incumplimiento del Empleador<sup>128</sup>.

Es decir que dichas sanciones no obligan al juez del concurso pudiendo, si encuentra elementos suficiente a su convicción, incorporarlos total o parcialmente como parte del crédito pretendido por el acreedor trabajador.

### 13 Privilegios laborales. Alcances. Rubros e intereses

Dice GRISPO que “La relación protectoria, basamento típico del derecho laboral, tiene su origen –entre otros- en la situación dominante del empleador frente al dependiente. La cual, de cara a la insolvencia, se ve potenciada, pues el empleador es apartado de la administración de sus negocios –desapoderamiento e intervención del síndico-, dependiendo ahora el trabajador, de la situación en que lo coloque frente a la quiebra de su contratante, la legislación concursal.” <sup>129</sup>

Señala FERNÁNDEZ MADRID que “... La concesión de privilegios a los créditos provenientes de la relación laboral constituye una de las formas de efectivizar el principio protectorio del derecho del trabajo y tiende a dar plena eficacia a la defensa del salario u otros derechos de crédito frente a los acreedores del empleador.” <sup>130</sup>

El tema ha sido bien descripto por Alberto J. MAZA<sup>131</sup>, lo cual permite tomar su esquema como base. En tal sentido, debe señalarse que, a pesar de lo

---

LCT Y ART.7 LEY 25,013 en caso de relación laboral no registrada o en deficiente al despido. El art. 2º un incremento del 50% en caso de no abonar el trabajador las indemnizaciones laborales de los arts. 232, 233 y 245 LCT y arts. 6º y 7º Ley 25.013.

128 Idem. CNCom., Sala B., 21/08/2009, “Tintas Especiales S.A. s/ Concurso Preventivo s/ Incidente de verificación por Buffa Graciela y otro”; Sala C, 17/02/2009, “Valued S.A. s/Quiebra inc. de verificación por Velárdez, Julio”; Sala D, 16/02/2007, “Droguería Dronor S.A. s/ Concurso Preventivo s/ Incidente de Verificación por Ferrari, Ernesto”; Sala E, 27/06/2008; “Corsetería Informal SRL s/ Quiebra s/inc. de verificación por Gómez, Daniela”.

129 GRISPO, Jorge Daniel. Los privilegios de los acreedores laborales en la quiebra. *ED* 195-872.

130 FERNÁNDEZ MADRID, Juan Carlos. *Tratado Práctico de Derecho del Trabajo*. La Ley, Buenos Aires, 1990, Tomo II, p. 1324 y 1325.

131 MAZA, Miguel Ángel (Director). *Ley de Contrato de Trabajo comentada*. La Ley. Buenos



# DECONOMI

expresado por el artículo 261 de la LCT, al referir que el trabajador tendrá derecho a ser pagado, con preferencia a otros acreedores del empleador, por los créditos que resulten del contrato de trabajo, conforme a lo que se disponga en el título XIV en cuestión, la Ley de Concursos y Quiebras establece un sistema autosuficiente de los privilegios en el concurso, que prevalece sobre el de la LCT, a tal punto que no existen otras posibilidades de aplicar reglas distintas que aquellas que otorga el propio sistema normativo concursal. Ello, pues dice el párrafo primero del artículo 239 LCQ: “Existiendo concurso, sólo gozarán de privilegio los créditos enumerados en este capítulo, y conforme a sus disposiciones”.

En tal caso corresponde armonizar lo normado por el Título XIV de la LCT con la LCQ y la remisión hecha en el inciso 1º del artículo 243 de la LCQ a “los respectivos ordenamientos”, a fin de determinar el orden de privilegios especiales, nos obliga considerar, fuera del régimen relativamente cerrado o autónomo de la LCQ (conforme su artículo 239), la situación del crédito laboral, frente a las otras garantías reales previstas por los incisos 4º y 6º del artículo 241 de la LCQ y de ambos ordenamientos con lo normado por el Convenio N° 173 de la OIT sobre la protección de los créditos laborales en caso de insolvencia del empleador.

Los créditos laborales gozan de privilegio, algunos especial y otros general y también los hay también de carácter quirografario.

En el caso de los créditos que gozan de privilegio, ellos gozan de protección o ventaja otorgada por la ley, para ser ejercida frente a otros créditos, en los casos de concurrencia de acreedores. La diferencia, radica en la existencia o no, de un asiento para el privilegio, esto es, la posibilidad de ejercer la ventaja o preferencia sobre el producido de la venta de un bien predeterminado por el legislador, o si dicha ventaja solo habilita un derecho de preferencia indeterminado, sobre otros créditos en situación de desventaja, que se denominan quirografarios, de manera tal que un privilegio es general cuando se

---

Aires. 2008, p 287 a 298



# DECONOMI

asienta sobre todos los bienes del deudor, y es especial cuando lo hace sobre el producido de un bien de éste en particular.<sup>132</sup>

La protección de los acreedores laborales principia con su inclusión en el elenco de acreencias con privilegio especial. El inciso 2) del artículo 241 L.C.Q. abarca a los créditos –respecto el capital y los intereses por dos años desde la mora– por remuneraciones debidas al trabajador por seis meses, los provenientes de las indemnizaciones por accidentes de trabajo, antigüedad o despido, falta de preaviso y fondo de desempleo. Atento el carácter especial del privilegio, se determinó que el asiento de los créditos radicará en las mercaderías, materias primas y maquinarias de propiedad del fallido, condicionando su operatividad a que tales activos se encuentren en el establecimiento donde se desempeñaba el respectivo trabajador. En lo concerniente a la prelación de cobro sobre los bienes referidos, cabe destacar que gozan de una mejor preferencia el capital por los gastos hechos para la construcción, mejora o conservación de los mismos, lo adeudado al retenedor si la retención comenzó a ejercerse antes de nacer el crédito laboral y lo garantizado mediante la constitución de una prenda (en la registral –y por aplicación analógica en la comercial– se admite la prevalencia de las acreencias por sueldos del personal que hubiese trabajado en la conservación de la cosa<sup>133</sup>. Cabe considerar que los créditos laborales asimismo conservan también el carácter de créditos privilegiados generales, alcanzando de tal manera además de los rubros detallados a subsidios familiares, vacaciones, sueldo anual complementario y cualquier otro derivado de la relación laboral (artículo 246 inciso 1 L.C.Q.).

No estando prevista prelación alguna entre los créditos protegidos con privilegios generales, para el caso de insuficiencia de fondos para cubrir en modo completo los mismos, la distribución se efectuará par y pasu.

Ante esta situación resulta conveniente recordar con qué otros créditos concurrirían los acreedores laborales, encontrando al capital por las

---

132 VILLANUEVA, Julia. *Privilegios*. Op. Cit., p. 121.

133 CASADIO MARTINEZ, Claudio Alfredo, El crédito prendario en el concurso preventivo y la quiebra, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario, Privilegios*, (Santa Fe, 2011), editorial Rubinzal Culzoni, tomo 2011-2, p 196/197.



prestaciones adeudadas a organismos de los sistemas nacional, provincial o municipal de seguridad social, subsidios familiares y fondos de desempleo (inciso 2), los gastos funerarios y de enfermedad durante los últimos seis meses de vida del fallido, como así también las erogaciones que cubrieron la necesidad por alojamiento, alimentación y vestimenta del deudor y su familia durante los seis meses previos a la declaración en quiebra o presentación en concurso preventivo (inciso 3), lo debido por cualquier impuesto y tasa al fisco nacional, provincial o municipal (inciso 4) y las facturas de crédito aceptadas con un cierto límite en el monto exigido (inciso 5).

#### 14. El derecho internacional público y la insolvencia del empleador.

Precisamente entre dichas organizaciones internacionales se encuentra la Organización Internacional del Trabajo, entidad con sede en la ciudad suiza de Ginebra, conocida por sus siglas –que en idioma castellano son “O.I.T.”, y en inglés “I.L.O.” (International Labour Organization)-, y a través de la cual se generan las normas de derecho internacional público en materia laboral, acuerdos colectivos que Podestá Costa y Ruda señalan como “de naturaleza sui generis”<sup>134</sup>, denominados convenios internacionales del trabajo los cuales son adoptados por las conferencias de la mencionada Organización Internacional del Trabajo.

Los mismos deben ser aprobados por dos tercios de delegados presentes y son comunicados a cada uno de los Estados Miembros de la organización.

Sin importar el voto positivo o negativo de sus representantes en la aprobación de los proyectos, para ser operativos en los mismos, deben ser ratificados por ley interna y debe ser comunicado a la O.I.T. la aprobación definitiva. Para su entrada en vigor y transformación en Convenio Internacional se necesita un número determinado de ratificaciones.

El artículo 75 de la Nueva Constitución Argentina, luego de la reforma sancionada por la Convención Nacional Constituyente, en la ciudad de Santa Fe,

---

134 PODESTA COSTA, L. A. y RUDA, José María. *Derecho Internacional Público*. Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina. 1988, Tomo 2 p. 184.





# DECONOMI

el 22 de agosto de 1994, expresa en su inciso 22 que una serie de tratados que allí se mencionan, y "en las condiciones de su vigencia", tienen "jerarquía constitucional", "no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos" <sup>135</sup>

La expresa protección de los créditos laborales a nivel internacional tuvo su punto de arranque con la aprobación del Convenio n. 95 de 1 de julio de 1949 sobre protección del salario, en cuyo art. 11 se estableció la preferencia del crédito salarial en caso de quiebra o liquidación judicial de una empresa. No obstante, con el paso de los años y la evolución económica/jurídica de los países más avanzados, citado Instrumento dio muestras de insuficiencia y de necesitar una mejora, pues limitaba las preferencias del salario a supuestos de ejecución colectiva del patrimonio del empleador y, además, sin referencia alguna a la existencia de una institución de garantía, que asegurase el cobro en caso de insuficiencia patrimonial. Esa situación vino a corregirse con el Convenio n. 173 sobre protección de los créditos laborales en caso de insolvencia del empleador, de 23/6/1992, que entró en vigor de forma general el 8/6/1995<sup>136</sup>

La Ley N° 24.285<sup>137</sup>, publicada en el Boletín Oficial nacional el 29 de diciembre de 1993, ratificó el Convenio N° 173 sobre protección de los créditos

---

135 "Corresponde al Congreso: ... 22. Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara. Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional".

136 TÉLLEZ VALLE, Virgilio, Convenio sobre la protección de los créditos laborales en caso de insolvencia del empleador 1992 (núm. 173) en Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales Y Derecho Del Empleo Volumen 7, número especial de conmemoración del Centenario de la OIT, 2019 p 1318

137 Ley N° 24.285 Boletín Oficial del [29-dic-1993](#) Número: [27796](#) Página: 3 <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/691/norma.htm> (15/6/2019)



# DECONOMI

laborales en caso de insolvencia del empleador, adoptado por la Conferencia Internacional del Trabajo de la O.I.T. en el año 1992, el cual corresponde en esta instancia ser estudiado, no sin antes referirse a su antecedente directo y principal, cual es el Convenio 95 de la O.I.T., relativo a la protección del salario.

El 1° de julio de 1949, la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo, convocada el 8 de junio de 1949 en la ciudad de Ginebra por el Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo, adoptó el Convenio sobre la protección del salario, que entró en vigencia el 29 de abril de 1952, como Convenio 95 de la O.I.T. parcialmente en el año 1992, a través del Convenio 173<sup>138</sup>.

Dicho convenio fue ratificado por Argentina mediante el Decreto-Ley N° 11.594/56, del 24 de septiembre de 1956<sup>139</sup>, y debe ser aplicado por nuestro país, conforme surge pacíficamente de la jurisprudencia de nuestros tribunales.<sup>140</sup>

El Convenio conceptualiza en el primer artículo el término salario, diciendo que significa la remuneración o ganancia, sea cual fuere su denominación o método de cálculo, siempre que pueda evaluarse en efectivo, fijada por acuerdo o por la legislación nacional, y debida por un empleador a un trabajador en virtud de un contrato de trabajo, escrito o verbal, por el trabajo que este último haya efectuado o deba efectuar o por servicios que haya prestado o deba prestar.

El artículo 2 expresa que dicho Convenio se aplica a todas las personas a quienes se pague o deba pagarse un salario, pudiendo la autoridad competente, previa consulta a las organizaciones de empleadores y de

---

138

[https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100\\_ILO\\_COD E C173](https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_ILO_COD E C173) (15/6/2019)

139 La circunstancia de no haberse depositado el documento de ratificación del citado Convenio 173 ante la OIT no impide entender que sus disposiciones resultan operativas en nuestro derecho interno, habida cuenta su aprobación por la ley 24.285

140 Por ejemplo, en los autos "Pérez, Aníbal Raúl c. Disco S.A.", CS, fallo del 01.09.09; ídem "García, Fernando A. c. Hospital Británico de Buenos Aires", CNATrab. Sala V, fallo del 30.04.07; ídem "Rodríguez, Gustavo A. c. S.A. Organización Coordinadora Argentina", CNATrab. Sala VI, fallo del 29.04.04; ídem "Cuitiño, Marcelo Alejandro c. Orígenes A.F.J.P. S.A. y otros. Despido", CNATrab. Sala VI, fallo del 27.04.01; ídem "Gimenez Patricia Dolores c. Blockbuster Argentina S.A. s/ despido", CNATrab. Sala X, fallo del 26.06.09, entre muchos otros.



# DECONOMI

trabajadores cuando dichas organizaciones existan y estén directamente interesadas, excluir de la aplicación de todas o de cualquiera de las disposiciones del Convenio 95 a las categorías de personas que trabajen en circunstancias y condiciones de empleo tales que la aplicación de todas o de algunas de dichas disposiciones sea inapropiada, y que no estén empleadas en trabajos manuales o estén empleadas en el servicio doméstico o en trabajos análogos.

En cuanto al tema falencial se refiere, el artículo 11 del Convenio 173 reza:

“ 1. En caso de quiebra o de liquidación judicial de una empresa, los trabajadores empleados en la misma deberán ser considerados como acreedores preferentes en lo que respecta a los salarios que se les deban por los servicios prestados durante un período anterior a la quiebra o a la liquidación judicial, que será determinado por la legislación nacional, o en lo que concierne a los salarios que no excedan de una suma fijada por la legislación nacional.

2. El salario que constituya un crédito preferente se deberá pagar íntegramente antes de que los acreedores ordinarios puedan reclamar la parte del activo que les corresponda.

3. La legislación nacional deberá determinar la relación de prioridad entre el salario que constituya un crédito preferente y los demás créditos preferentes.”

El artículo 12 del convenio establece la protección mínima que deberá ser garantizada enumerando los rubros: los salarios correspondientes a un período determinado no ser inferior a ocho semanas anteriores a la insolvencia o a la extinción de la relación laboral; las sumas adeudadas en concepto de vacaciones sujetas a pago correspondientes al trabajo efectuado en un período determinado no inferior a seis meses, anterior a la insolvencia o a la extinción de la relación laboral; las sumas adeudadas por otras ausencias retribuidas correspondientes a un período determinado no inferior a ocho semanas, anterior a la insolvencia o a la extinción de la relación laboral; y finalmente, las indemnizaciones debidas por la extinción del contrato de trabajo.<sup>141</sup>

---

141 Dice el artículo 12: Los créditos laborales protegidos en virtud de esta parte del Convenio deberán cubrir, al menos: a) los salarios correspondientes a un período determinado, que no



# DECONOMI

El artículo 13 de la convención prevé la limitación de los créditos laborales protegidos por una institución de garantía, siempre que lo sea a un monto específico socialmente aceptable, debiendo realizarse el ajuste correspondiente cuando proceda, a los fines de evitar la depreciación.<sup>142</sup>

La C.S.J.N. en el precedente “Pinturas y Revestimientos Aplicados SA”<sup>143</sup> trató un conflicto relacionado a la actuación de los privilegios “generales” en la mitad del producto líquido de los bienes al que se refiere el art. 247, LCQ. ... La decisión del Alto Tribunal, fundada en el citado Convenio OIT 173, fue por el contrario que el crédito laboral debía tener una condición de cobro preferente al crédito fiscal en la correspondiente actuación sobre la mitad del citado art. 247, LCQ. Dicho con otras palabras, lo decidido fue que los créditos laborales con privilegio general gozan de un rango superior a los demás créditos con igual privilegio, no estando sometidos al límite de la mitad del art. 247.

En sus considerandos la corte relató que la Sala E de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial confirmó la sentencia de primera instancia que había rechazado la impugnación de un acreedor laboral al proyecto de distribución presentado por la sindicatura según el cual al crédito insinuado debía aplicarse la limitación del 50% establecida por el arto 247 de la ley concursal y conferirsele igual rango que el detentado por la acreencia de la AFIP.

Agregó que, para decidir del modo indicado el a quo consideró que no resultaba aplicable al caso lo dispuesto por el art. 268 de la ley de contrato de trabajo, sobre privilegios especiales, dado que tras el dictado de la ley 24.522 quedó suprimida la disposición de la ley 19.551 (art. 265) que admitía la vigencia

---

deberá ser inferior a ocho semanas, precedente a la insolvencia o a la terminación de la relación de trabajo; b) las sumas adeudadas en concepto de las vacaciones pagadas correspondientes al trabajo efectuado en un período determinado, que no deberá ser inferior a seis meses, precedente a la insolvencia o a la terminación de la relación de trabajo; c) las sumas adeudadas en concepto de otras ausencias retribuidas correspondientes a un período determinado, que no deberá ser inferior a ocho semanas, precedente a la insolvencia o a la terminación de la relación de trabajo, y d) las indemnizaciones por fin de servicios adeudadas a los trabajadores con motivo de la terminación de su relación de trabajo

142 Reza el artículo 13 de la convención 173: 1. Los créditos laborales protegidos en virtud de esta parte del Convenio podrán ser limitados a un monto prescrito, que no deberá ser inferior a un mínimo socialmente aceptable. 2. Cuando los créditos protegidos estén limitados en esa forma, aquel monto se deberá reajustar cuando proceda, para mantener su valor.

143 CSJN. Pinturas y Revestimientos aplicados SA s/ quiebra Sentencia 26 De Marzo De 2014 Nro. Interno: P.589.XLVI CSJN. Ciudad Autónoma De Buenos Aires Magistrados: Mayoría: Fayt, Maqueda, Zaffaroni. Voto: Petracchi. Disidencia: Lorenzetti, Highton, Argibay Id SAIJ: Fa14000043.



# DECONOMI

de los privilegios consagrados en leyes especiales. Entendió, asimismo, que las directivas del Convenio n° 173 de la Organización Internacional del Trabajo (en lo sucesivo OIT), ratificado por la ley 24.285, “sobre la protección de los créditos laborales en caso de insolvencia del empleador” carecen de operatividad sobre el ordenamiento concursal “pues lo cierto es que no se han armonizado aún aquellas regulaciones dispositivas con las normas nacionales, de naturaleza legal, reglamentaria o administrativa que permitan efectivizar los derechos de los trabajadores de empresas en insolvencia a percibir las acreencias correspondientes”.

Es decir que el crédito laboral del actor por indemnización por accidente de trabajo que ostenta el privilegio general del art. 246 inc. 1) de la L.C., se ve alcanzado por la limitación del art. 247 de la L.C. En razón de ello se lo considera un privilegio general incompleto que solo tiene vocación por el 50 % del dinero restante después de satisfechos los créditos con privilegio especial del art. 241, los gastos de conservación y justicia del art. 240 y el capital emergente de sueldos, salarios y remuneraciones mencionados en el inc. 1 del art. 246. Por el restante 50 % participa a prorrata con los quirografarios previstos por el art. 248.

El recurrente acreedor laboral observó el informe final y proyecto de distribución del art. 218 de la L.C. y solicitó que no se aplique la limitación del art. 247 debiendo ser considerado su crédito con privilegio general completo, y de tal manera resulte postergado el crédito del fisco nacional. La decisión de la CSJN se funda en la aplicación del Convenio OIT N° 173 sobre protección de los trabajadores en caso de insolvencia del empleador –ratificado por ley 24.284 de junio de 1995-.

El Cintero consideró operativo el Convenio de la OIT con naturaleza supralegal eliminando de tal manera la limitación prevista por el art. 247 L.C. y en consecuencia desplazó en el cobro a los créditos de la AFIP<sup>144</sup>.

---

144 El art. 5 del Convenio N° 173 establece que “En caso de insolvencia del empleador, los créditos adeudados a los trabajadores en razón de su empleo deberán quedar protegidos por un privilegio, de modo que sean pagados con cargo a los activos del empleador insolvente antes que los acreedores no privilegiados puedan cobrar la parte que les corresponda”, y en el art. 8° ‘Rango del Privilegio’, inc. 1°, señala: “La legislación nacional deberá atribuir a los créditos laborales un rango de privilegio superior al de la mayoría de los demás créditos privilegiados, y



# DECONOMI

Consideró que el crédito por indemnización por accidente de trabajo tiene un privilegio general completo, estando de ese modo por encima del resto de los créditos con privilegio general –incluido el Estado<sup>145</sup>

Para que accediera el crédito por accidente de trabajo (no contemplado en el art. 5º del Convenio N° 173), la CSJN aplicó también la "Recomendación" de la OIT N° 180 del año 1992, que incluye en forma expresa las indemnizaciones por accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, cuando corran directamente a cargo del empleador .

La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial - Sala D in re Karolingya Investments S.A. s/ quiebra <sup>146</sup> con fecha 16/7/2019 resolvió respecto de la misma cuestión con resultado contrario para el acreedor laboral, no desplazando el privilegio especial del crédito laboral al que tiene el acreedor hipotecario.

La Alzada confirmó el decisorio del A quo en tanto rechazó el planteo del acreedor trabajador que pretendía que su crédito desplazara al acreedor hipotecario siguiendo el precedente "Pinturas y Revestimientos" de la Corte nacional.

El Fiscal de Cámara dictaminó en razón de dicho *leading case* se hiciera lugar al recurso y la Sala confirmó lo dispuesto en primera instancia.

En tal sentido expresó que ". El principio que dispone que los privilegios son de interpretación restrictiva, pues si se aceptase una extensión mayor a la admitida por la ley se menoscaba el derecho de terceros, se aplica, ciertamente, en sede concursal, en la cual la ley 24.522, salvo puntuales remisiones, establece un sistema cerrado (art. 239), que al igual que en el régimen general del cód. civil y comercial, reconoce privilegios teniendo en cuenta la causa o naturaleza del crédito y no la condición del sujeto.

---

en particular a los del Estado y de la seguridad social".

145 DÍAZ CORDERO, Agustina; La protección de los créditos laborales en caso de insolvencia del empleador a la luz de la normativa internacional vigente en nuestro país, en DT 2015 (septiembre), p. 1811

146 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial - Sala D Karolingya Investments S.A. s/ quiebra Fecha: 16-07-2019 Cita online: IJ-DCCCXL-429





# DECONOMI

Cualquier controversia que pudiera darse en materia de privilegios en el marco de un proceso concursal debe abordarse de manera “integral”, porque no solo está en juego la relación entre el deudor y sus acreedores sino – especialmente– la de estos últimos entre sí. La preferencia que se otorgue a cualquiera de ellos es correlativa con el mayor sacrificio que deberán soportar los demás.”

Agregó que “En la liquidación del patrimonio del deudor fallido, la actuación del privilegio “general” laboral respecto del producto de la liquidación de inmuebles hipotecados o muebles prendados, solamente podría tener lugar sobre el saldo que pudiera quedar después de satisfecho íntegramente el crédito hipotecario o prendario que cuenta con privilegio “especial”. Máxime que, teniendo el privilegio laboral también carácter “especial”, su concurrencia con el privilegio “especial” hipotecario no es posible, pues mientras este último tiene asiento en el inmueble hipotecado (arts. 2205, cód. civil y comercial de la Nación; y 241, inc. 4º, ley 24.522), aquel otro tiene asiento en los bienes muebles referidos por el art. 241, inc. 2º, de la ley citada (mercaderías, materias primas y maquinarias), de modo que nunca podría generarse conflicto entre un acreedor con privilegio “especial” hipotecario y un acreedor con privilegio “especial” laboral porque es diverso el asiento correspondiente a cada uno de esos privilegios; debe confeccionarse el proyecto de distribución teniendo en cuenta la actuación separada que a cada uno corresponde sobre el producto de la liquidación de su propio asiento. El privilegio “especial” laboral no tiene en el derecho vigente otro asiento que no sean los bienes muebles referidos por el art. 241, inc. 2º, de la ley 24.522, por lo cual, la indicación contraria que resulta del art. 268, segunda parte, de la ley 20.744 debe entenderse implícitamente derogada por el citado artículo de la ley falencial.”

Formula además la diferente situación en caso de concurrir el acreedor laboral con privilegio especial con un acreedor prendario, diciendo que “En el caso de que se enfrenten el privilegio “especial” prendario derivado de la ley 12.962 y el privilegio “especial” laboral, que podrían tener el mismo asiento y, consiguientemente, concurrir sobre el producto de la liquidación pertinente, cabe estar a lo establecido en los arts. 2582, inc. b), y 2586, inc. e), del cód. civil y comercial de la Nación, según los cuales el privilegio “especial” prendario es





# DECONOMI

postergado por el privilegio “especial” correspondiente a los créditos emergentes de las relaciones laborales en la medida dispuesta por la ley, o sea, los créditos por remuneraciones debidas al trabajador por seis meses y los provenientes de indemnizaciones por accidentes de trabajo, antigüedad o despido, falta de preaviso y fondo de desempleo, salvo que los respectivos débitos laborales se hubieran devengado con posterioridad a la constitución de la prenda.”

De tal manera consideró la Sala que en este razonamiento no se contradice con el precedente “Pinturas y Revestimientos” de la Corte Nacional analizado supra.

Del análisis de estos precedentes surge la Inconvencionalidad del art. 247 LCQ<sup>147</sup> por contradicción con el art. 5 del convenio OIT. El art. 7 primer párrafo solo reconoce la prevalencia sobre el resto de los acreedores privilegiados generales a los salarios e impone la distribución a prorrata de los créditos laborales con los quirografarios por el 50 por ciento del activo liquidado.

También resulta de su análisis la inconvencionalidad del art. 248 LCQ<sup>148</sup> por contradicción con el art. 8 del convenio OIT, estableciendo el pago a prorrata entre privilegiados generales, salvo los salarios por seis meses; en tanto la recomendación 180 de la OIT<sup>149</sup> lo hace por los salarios del trabajador correspondiente a los últimos 12 meses<sup>150</sup>; la misma amplía el concepto de insolvencia a cuando las sumas que se adeudan al trabajador estén en vías de cobro se constate que el empleador carece de activos o que éstos no bastan para pagar la deuda en cuestión.<sup>151</sup>

---

147 Ley 24,522 Artículo 247.- Extensión de los créditos con privilegio general. Los créditos con privilegio general sólo pueden afectar la mitad del producto líquido de los bienes, una vez satisfechos los créditos con privilegio especial, los créditos del Artículo 240 y el capital emergente de sueldos, salarios y remuneraciones mencionados en el inciso 1 del Artículo 246. En lo que excedan de esa proporción, los demás créditos enumerados en el Artículo 246 participan a prorrata. con los comunes o quirografarios, por la parte que no perciban como privilegiados.

148 Ley 24.522 Artículo 248.- Créditos comunes o quirografarios. Los créditos a los que no se reconocen privilegios son comunes o quirografarios.

149

[https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100\\_INSTRUMENT\\_ID,P12100\\_LANG\\_CODE:312518,es \(15/06/2019\)](https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID,P12100_LANG_CODE:312518,es (15/06/2019))

150 Recomendación 180 OIT 3. 1) La protección conferida por un privilegio debería cubrir los siguientes créditos:(a) los salarios, las primas por horas extraordinarias, las comisiones y otras modalidades de remuneración, correspondientes al trabajo efectuado durante un período determinado, inmediatamente anterior a la insolvencia o a la terminación de la relación de trabajo; este período debería fijarse en la legislación nacional y no debería ser inferior a doce meses;

151 Recomendación 180 OIT 1. 1) A los efectos de la presente Recomendación, el término



# DECONOMI

El Inc. 2 del art. 246<sup>152</sup> LCQ otorga privilegio general por el capital por prestaciones adeudadas a organismos de los sistemas nacional, provincial o municipal de seguridad social de subsidios familiares y fondo de desempleo en tanto el Inc. 4 lo hace por capital por impuestos y tasas adeudadas al fisco nacional, provincial y municipal.

Siguiendo estos criterios, del art. 2586 CCCN<sup>153</sup> también resulta su inconventionalidad por los argumentos expresados, no observando las normas de la OIT, en tanto resulta aplicable la ley concursal por remisión del art. 2579 del mismo cuerpo legal<sup>154</sup> el cual establece la aplicación del régimen de la LCQ a los fines de establecer las preferencias de cobro en los procesos universales,

---

insolvencia designa aquellas situaciones en que, de conformidad con la legislación y la práctica nacionales, se ha abierto un procedimiento relativo a los activos de un empleador con objeto de pagar colectivamente a sus acreedores. (2) A los efectos de la presente Recomendación, los Miembros pueden extender el término "insolvencia" a otras situaciones en que no puedan pagarse los créditos laborales a causa de la situación financiera del empleador, en particular las siguientes: (a) cuando haya cerrado la empresa o hayan cesado sus actividades, o sea objeto de una liquidación voluntaria; (b) cuando el monto de los activos del empleador sea insuficiente para justificar la apertura de un procedimiento de insolvencia; (c) cuando las sumas que se adeudan al trabajador, en razón de su empleo, estén en vías de cobro y se constate que el empleador carece de activos o que éstos no bastan para pagar la deuda en cuestión; (d) cuando haya fallecido el empleador, se haya puesto su patrimonio en manos de un administrador y no puedan saldarse las sumas adeudadas con el activo de la sucesión: (3) La medida en que los activos de los empleadores estarán sujetos a los procedimientos establecidos en el subpárrafo 1) debería ser determinada por la legislación o la práctica nacionales. 2. Las disposiciones de la presente Recomendación pueden aplicarse por vía legislativa o por cualquier otro medio conforme a la práctica nacional

152 Ley 24.522 Artículo 246.- Créditos con privilegios generales. Son créditos con privilegio general: 1) Los créditos por remuneraciones y subsidios familiares debidos al trabajador por SEIS (6) meses y los provenientes por indemnizaciones de accidente de trabajo, por antigüedad o despido y por falta de preaviso, vacaciones y sueldo anual complementario, los importes por fondo de desempleo y cualquier otro derivado de la relación laboral. Se incluyen los intereses por el plazo de DOS (2) años contados a partir de la mora, y las costas judiciales en su caso; 2) El capital por prestaciones adeudadas a organismos de los sistemas nacional, provincial o municipal de seguridad social, de subsidios familiares y fondos de desempleo; ...

153 CCYCN Art. 2586 Conflicto entre los acreedores con privilegio especial. Los privilegios especiales tienen la prelación que resulta de los incisos del artículo 2582, excepto los siguientes supuestos: a. los créditos mencionados en el inciso f) del artículo 2582 tienen el orden previsto en sus respectivos ordenamientos; b. el crédito del retenedor prevalece sobre los créditos con privilegio especial si la retención comienza a ser ejercida antes de nacer los créditos privilegiados; c. el privilegio de los créditos con garantía real prevalece sobre los créditos fiscales y el de los gastos de construcción, mejora o conservación, incluidos los créditos por expensas comunes en la propiedad horizontal, si los créditos se devengaron con posterioridad a la constitución de la garantía; d. los créditos fiscales y los derivados de la construcción, mejora o conservación, incluidos los créditos por expensas comunes en la propiedad horizontal, prevalecen sobre los créditos laborales posteriores a su nacimiento; e. los créditos con garantía real prevalecen sobre los créditos laborales devengados con posterioridad a la constitución de la garantía; f. si concurren créditos comprendidos en un mismo inciso y sobre idénticos bienes, se liquidan a prorrata.

154 CCYCN Art. 2579 En los procesos universales los privilegios se rigen por la ley aplicable a los concursos, existentes al estado de cesación de pagos.



# DECONOMI

haya o no cesación de pagos. Esto significa que el régimen de la ley 24,522 resulta aplicable a los procesos concursales y a los juicios sucesorios, siendo ambos los comprensivos de un patrimonio en su totalidad en razón del carácter universal de ambos procedimientos.

## 15 A modo de conclusiones:

El acreedor laboral ha recibido en la normativa concursal tanto nacional como convencional la protección que su situación en la relación de trabajo protagoniza, otorgando su capacidad a la empresa frente al empleador que organiza los elementos de la empresa. En esta relación el trabajador se encuentra en una situación más débil y que es el derecho del trabajo el que le otorga protección con normas de trato desigual para lograr el equilibrio.

De esta manera, se puede observar que nuestro sistema de privilegios incorporados en la ley concursal, en lo que se refiere a los créditos de naturaleza laboral, presentan un conflicto de normas con las convencionales analizadas, produciéndose una transversalidad de las mismas, debiendo primar en dichos supuesto la aplicación de la últimas, en manos del intérprete en cada caso concreto, sin que de ello deba declararse su inconstitucionalidad, mas la aplicación de las mismas en tanto constituyen derecho nacional vigente atento el art. 67 inc. 22 de la Carta Magna.



# Dinero, criptomoneda y moneda digital ¿Hacia dónde vamos?

Por Eduardo N. Farinati

## SUMARIO

**I.- Introducción. El dinero.** 1) Concepto. 2) Funciones del dinero. 3) Clasificación. 4) Moneda nacional y extranjera. **II.- Criptomoneda y moneda digital.** 1) Criptoactivos. 2) Criptomoneda. 3) Moneda digital. **III.- Propuestas de regulación de las criptomonedas.** 1) Los criptoactivos en la Unión Europea. 2) La propuesta de UNIDROIT. 3) Las recomendaciones para los bancos del Comité de Basilea. **IV.- La criptomoneda en la República Argentina.** 1) Las disposiciones nacionales. 2) Los proyectos de ley. 3) Las leyes provinciales. **V.- Las monedas digitales.** 1) Desarrollo e implementación de las monedas digitales. 2) El Banco de Pagos Internacionales y las plataformas multilaterales. **VI.- El futuro – Algunas consideraciones.** 1) El camino a la convergencia. 2) La República Argentina, un rompecabezas para armar.

## I.- INTRODUCCIÓN – EL DINERO

La evolución del dinero a través del tiempo en distintas formas muestra como se han ido generando nuevos medios de pago a partir del uso y perfeccionamiento de los recursos existentes (esencialmente en la primera etapa) o de la creación de nuevos recursos y de la concepción del valor confianza que ha tenido la sociedad en distintos períodos de tiempo.

### 1) Concepto

Desde la visión de la economía se describe habitualmente al dinero como “el medio de cambio generalmente aceptado”<sup>1</sup>

Considerando ya aspectos económicos-jurídicos se ha dicho que el dinero “es un intermediario en los cambios, que puede o no tener valor intrínseco, y sirve como denominador común de los valores y como medio de extinción de las obligaciones, en razón de su aceptabilidad general y/o de la norma del Estado que establece su poder cancelatorio”<sup>2</sup>. También se lo ha definido como “una unidad ideal de medida de los valores

---

<sup>1</sup> Hayek, Friederick, “*La desnacionalización del dinero*”, Colección Biblioteca de Economía, Edit. Hyspamèrica, Madrid – España, año 1985, pág. 52, donde se cita la definición de Carl Menger.

<sup>2</sup> Beveraggi Allende, Walter, “*Manual de economía política*”, Edit. Artigas, Bs. As., año 1980, pág. 59. Es de aclarar que este autor define de esta manera a la moneda. Sin embargo se ha optado por esta definición por acercarse más al concepto de dinero que al de moneda (como se verá más adelante). También se ha definido al dinero como cualquier mercancía ampliamente aceptada como un medio de cambio y medida de valor en

patrimoniales; y que constituye medio irrecusable de extinción de las obligaciones, impuesto por el Estado como tal, a través del curso legal”<sup>3</sup>.

La descripción del concepto “dinero” según el ámbito del que se parta es relevante por los bienes que se encuentran alcanzados pues, como se ha sostenido, si solo se tuviera en cuenta el punto de vista económico -medio general de cambio- sin incluir el elemento jurídico -función de medio de pago-, se ampliaría el espectro de bienes que integran el concepto de dinero (por ejemplo cheques, etc.)<sup>4</sup>.

## 2) Funciones del dinero

Se ha indicado que “el dinero constituye un bien que, al menos como primera función, se presenta como la **unidad de cuenta** de todos los demás bienes”<sup>5</sup>.

Constituye una unidad de cuenta o medida de valor pues opera como un común denominador para determinar el valor de otros bienes, es decir, “una unidad de esa moneda sirve como elemento para mensurar el valor de los demás bienes”<sup>6</sup>.

El hecho de constituir una unidad de cuenta lo distingue de los otros bienes por el hecho de que su precio no puede variar pues siempre será igual a la unidad mientras que el precio de los demás bienes fluctúa libremente<sup>7</sup>.

Además de aquella función el dinero se suma la de ser **medio de pago** y ello deriva de su aceptación general para tal fin o de una disposición legal que le confiera la facultad para cancelar deudas.

En relación con esta función podemos indicar que el dinero es una medida de valor, al ser utilizado como elemento de referencia para determinar el valor de cada bien o servicio y un instrumento de cambio, al facilitar el desenvolvimiento de las relaciones económicas a través de su uso para la compra y venta de otros bienes.

Esta última función es de suma importancia pues elimina el problema planteado por el trueque en tanto requiere para su concreción que coincidan en un mismo tiempo y lugar la necesidad e intención de intercambiar una determinada cantidad y calidad de bienes por otro tipo de bienes de cierta calidad y cantidad. Es decir, al ser instrumento de cambio se pueden realizar compras y ventas de manera separada (a diferencia del trueque) pues, aún

---

pago de bienes y servicios o como descargo de deudas y obligaciones. Conf. “*Diccionario de economía*”, recopilado por Seldon, Arthur y Pennance, F. G., Edit. Hyspamérica, Barcelona – España, año 1983, pág. 197.

<sup>3</sup> Alegría, Héctor y Rivera, Julio C., “*La ley de convertibilidad*”, Edit. Abeledo Perrot, Bs. As. año 1991, pág. 18.

<sup>4</sup> Villegas, Carlos G., “*Actividad práctica bancaria*”, Tomo 4 “Convertibilidad y desindexación”, Edit. Depalma, Bs. As., año 1991, pág. 2.

<sup>5</sup> Alegría, Héctor y Rivera, Julio C., “*La ley de convertibilidad*”, pág. 17. El artículo 325 del CCCN dispone que la unidad de cuenta es la moneda nacional.

<sup>6</sup> Villegas, Carlos G., “*Actividad práctica bancaria*”, Tomo 4 “Convertibilidad y desindexación”, Edit. Depalma, Bs. As., año 1991, pág. 5.

<sup>7</sup> Conf. Halm, George N., ob cit., pág. 27.

cuando el dinero recibido por una venta no constituya los bienes que necesita el vendedor en ese momento y lugar, servirá luego para cambiarlo por aquellos u otros bienes<sup>8</sup>.

La combinación de la estabilidad de su precio con la aceptación general hacen del dinero el activo más líquido. Los demás bienes se podrán liquidar, es decir, vender por dinero<sup>9</sup>.

También tiene por función ser un **depósito y reserva de valor** al atesorarse con fines de ahorro, en tanto su tenencia sea equivalente a los bienes y servicios que éste representa<sup>10</sup> y conserve en el futuro la misma relación de cambio con dichos bienes y servicios. El atesoramiento del dinero permite utilizarlo en un futuro para adquirir de forma más rápida que otros activos menos líquidos (un terreno por ejemplo).

### 3) **Clasificación**

Como enseña Paul Samuelson, si se tuviera que reconstruir la historia siguiendo líneas lógicas e hipotéticas, habría existido una edad del trueque, seguida por la edad del **dinero-mercancía o en especie**<sup>11</sup>.

Este cambio, que llevó a utilizar un bien intermedio, se debió a la creciente complejidad de las necesidades de los individuos, el mayor intercambio entre distintos grupos sociales y las dificultades que generaba el sistema de trueque para cubrir estas situaciones.

Ello no significa que el trueque haya desaparecido pues ha permanecido hasta el presente en las relaciones sociales, sino que ha quedado circunscripto a situaciones accidentales<sup>12</sup>.

La mayoría de las clases de dinero-mercancía que se empleaban antiguamente tendían a ser valiosas por sí mismas (valor intrínseco). Se usaron distintos elementos como dinero (trigo, ganado, sal, una variedad caracoles marinos en China, etc.) hasta que finalmente se impusieron la plata, el oro y el cobre como el instrumento de intercambio más práctico, siendo la primera la que ocupó el primer lugar la mayor parte del tiempo<sup>13</sup>.

Ello se debió a las características propias de estos metales que permitió su uso como monedas.

Se han marcado como cualidades que permitieron el uso del oro y la plata como monedas las siguientes:

---

<sup>8</sup> Conf. Villegas, Carlos G., ob cit., pág. 5 y Halm, George N., ob cit., pág. 26.

<sup>9</sup> Conf. Halm, George N., ob cit., pág. 29.

<sup>10</sup> Conf. Villegas, Carlos G., ob cit., pág. 6.

<sup>11</sup> Samuelson, Paul A., “*Curso de economía moderna*”, Edit. Aguilar, Madrid – España, año 1959, pág. 49.

<sup>12</sup> Conf. Pirenne, Henri, “*Historia económica y social de la Edad Media*”, Edit. Fondo de Cultura Económica, México, año 1969, págs. 80 y 81.

<sup>13</sup> Conf. Samuelson, Paul A., “*Curso de economía moderna*”, pág. 47, Villegas, Carlos G., ob cit., págs. 1 y 2, Galbraith, John K., “*El dinero*”, Edit. Hispamérica, Madrid, año 1983, pág. 17 y Galbraith, John K. y Salinger Nicole, “*Introducción a la economía*”, Edit. Crítica, Grupo Editorial Grijalbo, Barcelona – España, año 1979, págs. 116 a 118.

1. La amplia aceptación que tenían el oro y la plata por su uso ornamental.
2. La escasez de los metales preciosos, lo que les otorgaba un mayor valor en comparación con otros bienes.
3. La facilidad para transportarlos y almacenarlos.
4. La posibilidad de dividirlos, satisfaciendo así la necesidad de unidades monetarias de denominaciones diferentes.
5. La homogeneidad que presentan los metales preciosos, permitiendo de esta manera que porciones de un mismo peso y ley tengan idéntico valor.
6. La indestructibilidad de estos metales por su solo uso.
7. La estabilidad de su valor<sup>14</sup>.

El uso de los metales preciosos permitió acuñar monedas con ellos<sup>15</sup>. A estas monedas se las ha definido como **dinero de pleno contenido** y se las ha considerado como la fase superadora del dinero mercancía. Son de pleno contenido porque tienen su propio valor que está determinado por el mercado<sup>16</sup>.

En una etapa posterior el desarrollo de la sociedad lleva a la creación del **dinero simbólico o signo**, donde el dinero pasa a ser un artificio, una convención social y su valor intrínseco es inferior a su valor nominal.

Este tipo de dinero, no se busca por sí mismo sino por las cosas que con él se pueden adquirir. No se desea acumular dinero sino más bien usarlo y, aún cuando a veces se decida conservarlo, se deberá al hecho de que más tarde se podrá gastar<sup>17</sup>.

Dentro de este grupo se ubican, la moneda fraccionaria y el dinero papel o papel moneda. Este último, a su vez, se subdivide en el dinero papel convertible y el dinero papel inconvertible o fiduciario.

El **dinero fraccionario** está constituido por monedas cuyo valor intrínseco, a diferencia del dinero de pleno contenido, es lo suficientemente bajo respecto de su valor nominal como para tratar de evitar que sean fundidas ante el aumento del valor del material del que están hechas<sup>18</sup> por cuestiones circunstanciales del mercado.

El **dinero papel convertible o papel moneda** es aquel que puede cambiarse por monedas de pleno contenido o directamente por un metal valioso (vgr. oro o plata).

El origen se remonta a los certificados de depósito nominativos que emitían los bancos y por el que declaraban en depósito determinada suma de moneda metálica. Estos certificados

---

<sup>14</sup> Conf. Halm, George N., “*Economía del dinero y de la banca*”, Edit. Bosch, Barcelona – España, año 1959, págs. 61 y 62..

<sup>15</sup> La acuñación de monedas importaba el proceso de golpear el metal con un sello y un martillo.

<sup>16</sup> Halm, George N., “*Economía del dinero y de la banca*”, pág. 63.

<sup>17</sup> Conf. Halm, George N., “*Economía del dinero y de la banca*”, pág. 68 y sigtes y Samuelson, Paul A., “*Curso de economía moderna*”, pág. 47.

<sup>18</sup> Por ejemplo cobre, níquel o aleaciones de metales más pobres.



se hicieron después endosables reemplazando a la moneda depositada y convirtiéndose en un medio circulante<sup>19</sup>.

La circulación de los certificados de depósito y el hecho de que sus tenedores solo en forma esporádica se presentaran en los bancos a rescatar el dinero metálico, indujo a los banqueros a utilizar los depósitos que normalmente no se retiraban a través de títulos convertibles en moneda metálica que servían para otorgar préstamos o realizar otras inversiones y percibir una renta por ello.

A partir de este momento en que los banqueros utilizaron parte de los depósitos recibidos en inversiones lucrativas y emitieron títulos a la vista y pagaderos al portador en base al crédito de que gozaban, se generó el “billete de banco” como medio circulante e instrumento de crédito<sup>20</sup>.

Al prestatario se le daba un billete –no se efectuaba un depósito en su favor- convertible en dinero efectivo colocado en el banco por un depositante. Con el billete el prestatario podía efectuar sus pagos y los receptores de los pagos, en vez de convertir el billete en dinero, podían emplearlos para sus propios pagos y así indefinidamente. La emisión del billete se sustentaba en un depósito inicial y el depósito de los réditos del préstamo de forma tal que, el banco emitía billetes en la medida de sus depósitos<sup>21</sup>. De esta manera, los bancos de depósito pasaron a tener la función de emisión de billetes.

La maravilla de crear dinero pendía de un hilo finísimo: la necesidad que los depositantes y tenedores de billetes acudiesen en forma reducida a cobrar el metálico que el banco estaba

---

<sup>19</sup> Los certificados de depósito comenzaron a tener auge con el resurgimiento de la actividad comercial en Europa a partir del siglo XI. La mayor actividad comercial provocó la aparición de banqueros que comerciaban con el cambio de monedas (*campsores*). Esta actividad, que generaba un negocio lucrativo dada la cantidad de monedas que circulaba en esa época, llevó a que los cambistas de prestigio comenzaran a recibir dinero en custodia (depósitos). Luego y para evitar el uso directo de las monedas metálicas los comerciantes tomaron por práctica hacer sus pagos mediante la transferencia de los importes acreditados en las cuentas abiertas en los libros de los bancos mediante una orden dada al banco, apareciendo así los giros bancarios. Paul A. Samuelson plantea que los Bancos se desarrollaron cuando los antiguos joyeros y orfebres fueron generalizando la práctica de conservar el oro y materias preciosas de sus clientes para mayor seguridad de éstos. Conf. Samuelson, Paul A., “*Curso de economía moderna*”, pág. 267. Carlos G. Villegas sitúa la actividad de estos orfebres (“*goldsmiths*”) en Inglaterra y menciona que realizaban operaciones de giro, aceptaban depósitos, financiaban las empresas políticas del estado y que fueron los primeros en entregar a los depositantes certificados fiduciarios llamados “*goldsmith notes*”. Conf. Villegas, Carlos G., “*Régimen legal de bancos*”, 2da. Edición, Edit. Depalma, Bs. As., año 1978, pág. 26 citando la obra de Max Weber “*Historia económica general*”, Ed. F.C.E., Madrid, 1974, pág. 228.

<sup>20</sup> Conf. Muratti, Natalio, “*Elementos...*”, págs. 32 y 33. Mario A. Bonfanti y José A. Garrone efectúan una interesante descripción del billete de banco al distinguirlo del cheque que nos permite comprender más esta figura. Así, el billete es emitido por un banco y el cheque por el cliente del banco; el billete es una promesa de pago hecha por el banco y el cheque una orden de pago librada por el cliente contra su banco; el billete es un título fiduciario emitido con el respaldo de una reserva en metálico y/o divisas extranjeras y el cheque, en cuanto a su emisión, se vincula exclusivamente al interés privado; el billete se emite al portador y el cheque se puede emitir a nombre de una persona, a la orden o al portador (conf. Bonfanti, Mario A. y Garrone, José A., “*El cheque. De los títulos de crédito*”, Tomo 3, Edit. Abeledo Perrot, Bs. As., año 1972, pág. 12). Se ha marcado como precursores de los billetes de banco a los pagarés emitidos en el siglo XIV por los bancos de depósito en Venecia (conf. Villegas, Carlos G., “*Régimen legal...*”, pág. 21).

<sup>21</sup> Conf. Galbraith, John K., “*El dinero*”, Edit. Hispamérica, Madrid, año 1983, págs. 30 y 31.

obligado a pagarles. Cuando circulaba el rumor de que un banco no podía pagar, se presentaba a cobrar todo el mundo. Los primeros en llegar podían hacer efectivos sus créditos y los últimos se quedaban sin poder cobrar nada y sus depósitos o billetes eran créditos sin valor de un banco quebrado.

La estabilidad del sistema dependía de: a) la confianza que inspiraba el banquero en la plaza, b) la proporción de billetes sin respaldo sobre los depósitos existentes en el banco y c) que no se produjera una situación de pánico que llevara a una corrida bancaria para convertir los billetes en metálico, lo que provocaría que el banquero no pudiera redimir todos los certificados y billetes por insuficiencia de metálico<sup>22</sup>.

Con el transcurso del tiempo y a partir de las sucesivas corridas bancarias, se fue controlando cada vez más la emisión de los billetes hasta que quedó monopolizada por un solo banco y que, entre otras causas dio motivos a la creación de los actuales bancos centrales. A estos bancos también les fue asignado la custodia y administración de las reservas metálicas y de divisas de la nación que, en definitiva, respaldaban los billetes que emitían.

Entre los años 1929 a 1971 se fue abandonando definitivamente el régimen de convertibilidad de los billetes en oro<sup>23</sup> y comenzó la época de auge del papel inconvertible.

El **dinero papel inconvertible o fiduciario** es aquel que no puede convertirse en oro u otro metal precioso y que representa un valor nominal superior a su valor intrínseco. Su valor no se sustenta en la existencia de una contrapartida en un metal precioso. Por ende, su cantidad está determinada artificialmente y su aceptación, existencia y perdurabilidad en el tiempo son estrictamente convencionales.

A todos los tipos de dinero antes descriptos se los ha denominado “*dinero efectivo*” y se lo ha caracterizado como aquel que tiene aceptación universal como medio de pago, independientemente de las circunstancias personales de su propietario<sup>24</sup>.

En forma paralela, se ha desarrollado también el llamado **dinero bancario** que está constituido por los depósitos a la vista de los bancos, disponibles a través de cheques. El dinero bancario no constituye por sí un medio de pago, a diferencia del dinero efectivo, pues carece de aceptación universal como tal. Así, por ejemplo, no se puede pagar con un cheque para adquirir un pasaje de tren pues el encargado de vender el pasaje no tiene forma de comprobar si existen fondos disponibles en la cuenta contra la que se ha librado el cheque.

---

<sup>22</sup> Beveraggi Allende, Walter, “*El ocaso del patrón oro*”, Edit. Eudeba, Colección Ensayos, Bs. As., año 1969, págs. 25 y 26.

<sup>23</sup> Inglaterra abandonó definitivamente el régimen del patrón oro el 21/12/1929 cuando dejó flotar libremente la libra. Estados Unidos, si bien lo dejó sin efecto en distintos períodos (por ejemplo, en marzo de 1933, donde el gobierno de Franklin D. Roosevelt dispuso trabar un embargo sobre el oro, prohibir su tenencia por los particulares y decretar un feriado bancario), lo abandonó definitivamente en agosto de 1971 cuando el Presidente Richard Nixon dispuso, entre una serie de medidas económicas, la suspensión de la convertibilidad del dólar en oro.

<sup>24</sup> Conf. Halm, George N., “*Economía del dinero y de la banca*”, pág. 77.

Los depósitos a la vista no importan la existencia real de dinero efectivo, constituyen asientos contables dentro del pasivo de los bancos que pueden servir como sustitutos del dinero efectivo en la medida que se transfieren de una cuenta a otra<sup>25</sup>.

Estas transferencias pueden realizarse entre cuentas radicadas en un mismo banco –lo que importa no usar dinero efectivo- o entre distintos bancos. En este último caso, las transferencias se efectúan a través de un sistema de compensaciones (*clearing*) entre los bancos y que disminuye considerablemente el uso del dinero efectivo.

Constituyen un medio frecuente para realizar infinidad de operaciones por las ventajas que acarrea. Por un lado facilita la actividad de los clientes al no tener que contar con efectivo cada vez que realiza una operación, brindándoles por consecuencia una mayor seguridad y simplificando su operatoria diaria, por otro lado, al efectuarse transferencias de unas cuentas a otras, se reduce considerablemente la necesidad de los bancos de utilizar sus existencias en dinero efectivo, aumentando por añadidura su capacidad prestable.

Además de las formas de dinero antes mencionadas, debe incluirse al **dinero electrónico** y que se ha desarrollado en la actual era digital<sup>26</sup>.

En sentido genérico se ha sostenido que el dinero electrónico constituye cualquier modalidad de pago que utilice metodologías electrónicas<sup>27</sup>.

El medio utilizado para hacer circular el dinero electrónico es la transferencia electrónica de fondos (TEF), en tanto se produce un movimiento de fondos a través de un medio electrónico.

Si bien esta descripción puede parecer clara, guarda algunos puntos de contacto con otras clases de dinero, pues nada impide que el dinero bancario e incluso el dinero signo circulen a través o en forma asociada (caso de los llamados sistemas de pago rápido) a las transferencias electrónicas de fondos. Un ejemplo de ello, lo constituye la tarjeta de débito, que importa el uso de un sistema de pago electrónico donde el cargo en la cuenta del cliente se produce al realizarse la operación (pago instantáneo).

Estas circunstancias llevan a concluir que deben diferenciarse el concepto de dinero electrónico de los sistemas de pago electrónico y que las TEF no solo son un medio que se utiliza para hacer circular al primero.

A partir de lo expuesto se puede indicar que el concepto de dinero electrónico se circunscribe a aquellas sumas de dinero, cargadas previamente en un soporte electrónico<sup>28</sup>,

---

<sup>25</sup> Conf. Halm, George N., “*Economía del dinero y de la banca*”, págs. 77 y 80.

<sup>26</sup> Ver lo mencionado al referirnos a la tecnología.

<sup>27</sup> Rico Carrillo, Mariliana, “*El pago mediante dinero electrónico*”, en el sitio web del Instituto Español de Informática y Derecho, sector de ponencias del II Congreso Mundial de Derecho Informático celebrado en la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid del 23 al 27 de septiembre del 2002, [www.ieid.org/congreso/ponencias/Rico%20Carrillo,%20ariliana.pdf](http://www.ieid.org/congreso/ponencias/Rico%20Carrillo,%20ariliana.pdf)

ya sea en una tarjeta o un ordenador<sup>29</sup>, y que son utilizadas para la adquisición de bienes o servicios a través de la transferencia de las mismas desde dicho soporte a otro soporte electrónico<sup>30</sup>.

Entre los distintos tipos de dinero electrónico se pueden mencionar a las tarjetas pre-pagadas, que importan la carga previa de una suma de dinero que constituye el saldo disponible de las mismas. A medida que se van realizando pagos con estas tarjetas se van deduciendo estos importes del saldo sin necesidad de confirmación remota.

Dentro de este tipo se destacan las tarjetas de valor almacenado o monederos electrónicos (*electronic wallet/ e-wallet o electronic purse/e-purse*) que son aquellas que funcionan a través de un soporte chip donde queda cargado el saldo de la tarjeta (elemento material). Las tarjetas pueden ser desechables (normalmente con un fin específico como las que se utilizan para un teléfono público) o recargables y se utilizan para el pago por diversos bienes o servicios (como los realizados a través de máquinas expendedoras de bebidas, peajes o transporte público), permitiendo abonar con el importe exacto y evitando los costos de confirmación al momento de efectuarse la transacción. Dentro de los sistemas recargables se puede diferenciar entre las tarjetas asociadas a una cuenta bancaria en particular y las no asociadas.

Además de las anteriores se encuentran las tarjetas o monederos virtuales, que pueden<sup>31</sup> o no tener una cuenta virtual asociada<sup>32</sup> y permiten realizar compras o pagos a través de Internet. Para realizar estas operaciones por Internet previamente deberá cargarse la tarjeta virtual. A diferencia de los monederos electrónicos, no tienen un soporte chip y se utiliza una clave para realizar las operaciones.

---

<sup>28</sup> En similar sentido, Rincón Cárdenas, Erick, “*Principios de Seguridad en Banca Electrónica y Ley 527 de 1999*”, Edit. Rev. de Derecho Informático, Edit. Alfa – Redi, Edición nro. 70, mayo del 2004, en [www.alfa-redi.org/rdi-articulo.shtml?x=1098](http://www.alfa-redi.org/rdi-articulo.shtml?x=1098). Este autor indica que “estos sistemas se basan en el prepago, es decir la conversión previa de dinero real en dinero electrónico”.

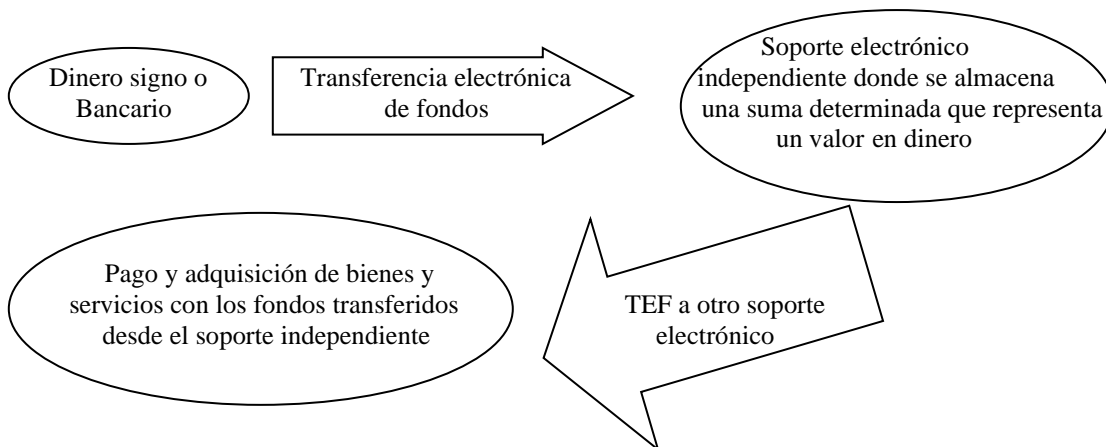
<sup>29</sup> A los sistemas desarrollados a través de ordenadores se los ha denominado dinero de red (*money network*) o ciberdinero. Este último término fue utilizado en el Dictamen del Consejo Económico y Social de la Comunidad Europea, emitido el 28/1/98, en [eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:1998:095:0015:0020:ES:PDF](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:1998:095:0015:0020:ES:PDF)

<sup>30</sup> El Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea, al establecer la Directiva nro. 2000/46/CE del 18/9/00 sobre el acceso a la actividad de las entidades de dinero electrónico y su ejercicio así como la supervisión cautelar de dichas entidades, dispuso que: “A efectos de la presente Directiva, se considerará el **dinero electrónico** como un substitutivo electrónico de las monedas y los billetes de banco, almacenado en un soporte electrónico como, por ejemplo, una tarjeta inteligente o la memoria de un ordenador y que, en general, está pensado para efectuar pagos electrónicos de cuantía limitada”. Conf. Diario Oficial de las Comunidades Europeas, en [eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2000:275:0039:0043:ES:PDF](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2000:275:0039:0043:ES:PDF)

<sup>31</sup> Por ejemplo la tarjeta virtual “*Pagum Mastercard*” del Banco Scotiabank del Perú.

<sup>32</sup> Como es el caso de la “*Virtual cash Plus*” que es una tarjeta electrónica de uso exclusivo para Internet creada por el Banco Banesto en el año 2.000 con el objeto de realizar pagos o compras de pequeña cuantía por Internet. La tarjeta era anónima (con lo que la entidad financiera no responsabilizaba por el reembolso de ese importe), tenía un límite de carga para disminuir los riesgos al comprar a través de las cibertiendas, un número de identificación, un pin para operar en la red y un código secreto para cargar el saldo de la tarjeta desde una cuenta real del usuario.

Conforme lo expuesto el proceso de creación y uso del dinero electrónico se puede graficar de la siguiente manera:



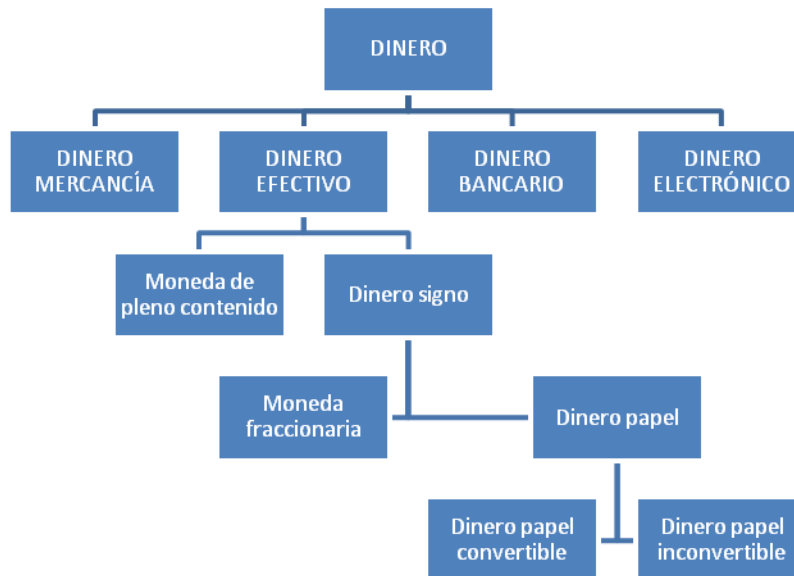
En similar sentido, el Comité de Basilea<sup>33</sup> en su oportunidad definió al dinero electrónico “como un valor almacenado o mecanismos pagados por adelantado para la ejecución de pagos por medio de terminales en el punto de venta, transferencias directas entre dos dispositivos, o mediante redes abiertas de computación, como ser el Internet. Los productos de valor almacenado, incluyen mecanismos de "hardware" y "basados en tarjetas" (también llamados "monederos electrónicos") y mecanismos "software" o "basados en redes" (también llamados "efectivo digital"). Las tarjetas de valor almacenado pueden ser "uni-propósito" o "multi-propósito". Las tarjetas de uni-propósito (por ejemplo, tarjetas para teléfonos) se usan para comprar un sólo tipo de bien o servicios, o productos de un sólo vendedor. Las tarjetas multi-propósito pueden ser utilizadas para una variedad de compras a varios vendedores”<sup>34</sup>.

De acuerdo con lo indicado anteriormente, siguiendo la clasificación de George N. Halm<sup>35</sup> y con la incorporación del dinero electrónico como un tipo diferenciado de los demás, se puede realizar el siguiente cuadro sobre los tipos de dinero:

<sup>33</sup> Ver las características de es organismo infra.

<sup>34</sup> Conf. Comunicación del Comité de Basilea de marzo de 1998 sobre “Gestión de riesgo para la banca electrónica y actividades con dinero electrónico”, punto 1.2.2, en castellano en el sitio de la Asociación de Supervisores Bancarios de las Américas, [www.asbaweb.org/Documentos/publicaciones/98-PUB-ESP-Gestion%20de%20Riesgos%20para%20la%20Banca%20electronica.pdf](http://www.asbaweb.org/Documentos/publicaciones/98-PUB-ESP-Gestion%20de%20Riesgos%20para%20la%20Banca%20electronica.pdf). En inglés, en el Sitio del Banco de Pagos Internacionales, [www.bis.org/publ/bcbs35.pdf](http://www.bis.org/publ/bcbs35.pdf).

<sup>35</sup> Halm, George N., “Economía del dinero y de la banca”, pág. 95.



#### 4) Moneda nacional y moneda extranjera

La moneda es el símbolo representativo del dinero<sup>36</sup>. El dinero, como unidad ideal, se concreta en cada sociedad, región o país como moneda.

En este sentido y desde la óptica jurídica, se ha considerado a la moneda como el símbolo representativo del dinero en una determinada región o país (dólar, peso, euro, etc.), dependiendo su valor de las contingencias económicas de su ámbito de influencia y de las normas jurídicas que la regulan<sup>37</sup>.

De ello surge la distinción entre moneda nacional o extranjera según quien sea el emisor. Así, se ha dicho que la moneda nacional es aquella de curso legal en un país y que las obligaciones en moneda extranjera “son aquellas que han sido pactadas comprometiendo el pago en moneda distinta de la moneda de curso legal en el país de que se trate y referida a moneda de curso legal en otro país”<sup>38</sup>.

##### A) Moneda nacional:

Las monedas nacionales generalmente tienen por característica ser:

1) De curso legal: “La moneda de curso legal es aquella cuyo pago es irrecusable para el acreedor y dicho atributo solo es conferido por ley”, no pudiendo los particulares discutir su valor nominal<sup>39</sup>. Es decir, ningún particular o arca pública pueden rehusar su pago<sup>40</sup>.

<sup>36</sup> Conf. Alegría, Héctor y Rivera, Julio C., “La ley de convertibilidad”, pág. 18.

<sup>37</sup> Conf. Alegría, Héctor y Rivera, Julio C., “La ley de convertibilidad”, págs. 18 y 19.

<sup>38</sup> Villegas, Carlos G., “Actividad práctica bancaria”, pág. 14.

<sup>39</sup> CSJN, fallo del 26/10/04, dictado en los autos “Bustos, Alberto Roque y otros c/ Estado Nacional y otros s/ amparo”, donde la Dra. Highton de Nolasco ha expresado en su voto que: “el curso legal se verifica cuando una moneda goza de la sanción total, es decir cuando se encuentra establecida como medio de pago. Moneda

2) De curso forzoso: El curso forzoso importa la privación del tenedor de billetes de exigir su reembolso al instituto que los emite. “Mediante el curso forzoso, el instituto de emisión queda dispensado de reembolsar los billetes a la vista”<sup>41</sup>. En consecuencia, los billetes son inconvertibles.

En la República Argentina, el curso legal y forzoso de la moneda nacional se desprende de las siguientes normas:

a. Carta Orgánica del Banco Central de la República Argentina (Ley 24.144):

Artículo 30:

“El Banco es el encargado exclusivo de la emisión de billetes y monedas de la Nación Argentina y ningún otro órgano del Gobierno Nacional, ni los gobiernos provinciales, ni las municipalidades, bancos u otras autoridades cualesquiera, podrán emitir billetes ni monedas metálicas ni otros instrumentos que fuesen susceptibles de circular como moneda, cualesquiera que fueren las condiciones y características de los instrumentos, cuando:

- 1) El emisor imponga o induzca en forma directa o indirecta, su aceptación forzosa para la cancelación de cualquier obligación; o
- 2) Se emitan valores nominales inferiores o iguales a diez veces el valor del billete de moneda nacional de máxima denominación que se encuentre en circulación” (el subrayado es nuestro)

El artículo citado es una facultad delegada del Honorable Congreso de la Nación pues, el artículo 75 inc. 6 de la Constitución Nacional, lo faculta a “Establecer y reglamentar un banco federal con facultad de emitir moneda ...”. En este sentido, el artículo 17 inc. a) de la Carta Orgánica del BCRA dispone: “El Banco está facultado para realizar las siguientes operaciones: a) Emitir billetes y monedas conforme a la delegación de facultades realizadas por el Honorable Congreso de la Nación ...”.

Artículo 31:

“Los billetes y monedas del Banco tendrán curso legal en todo el territorio de la República Argentina por el importe expresado en ellos<sup>42</sup>. Los billetes llevarán el facsímil de la firma

---

de curso legal es aquella a la cual la ley le da poder de cancelar deudas y que el acreedor, como consecuencia, no puede rehusar cuando le es dada en pago de una obligación. Esa compulsión sobre el acreedor al imponerle la obligación de aceptarla, sólo puede ser dispuesta por la ley. El curso legal es la determinación por el Estado de un valor a la moneda por el cual se le otorga aptitud cancelatoria particular. Los billetes que tienen curso legal, tienen poder liberatorio. El curso legal es la determinación del valor nominal de la moneda en forma certificada por el Estado en cada pieza, valor que no pueden discutir los particulares”. Conf. Sitio de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, [www.csjn.gov.ar/documentos/cfal3/ver\\_fallos.jsp](http://www.csjn.gov.ar/documentos/cfal3/ver_fallos.jsp).

<sup>40</sup> Conf. Alegría, Héctor y Rivera, Julio C., “*La ley de convertibilidad*”, pág. 21. Por su parte, Llambías ha sostenido que “curso legal” significa que el valor nominal de la moneda está certificado por el Estado en cada pieza no pudiendo discutir los particulares ese valor. Cfme. Llambías, Jorge J., ob. cit., pág. 182.

<sup>41</sup> CSJN, fallo del 26/10/04, dictado en los autos “Bustos, Alberto Roque y otros c/ Estado Nacional y otros s/ amparo”, del voto de la Dra. Highton de Nolasco. Conf. Sitio de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, [www.csjn.gov.ar/documentos/cfal3/ver\\_fallos.jsp](http://www.csjn.gov.ar/documentos/cfal3/ver_fallos.jsp).

<sup>42</sup> El artículo 75 inc. 11 de la Constitución Nacional dispone que corresponde al Congreso de la Nación “Hacer sellar moneda, fijar su valor y el de las extranjeras ...”. Esta función ha sido delegada al BCRA. A



del Presidente del Banco, acompañada de la del Presidente de la Honorable Cámara de Senadores o de la Honorable Cámara de Diputados, según disponga el Directorio del Banco para las distintas denominaciones. Facúltase también al Banco Central de la República Argentina a acuñar moneda con valor numismático o conmemorativo. Dichas monedas no estarán sujetas a las disposiciones contenidas en el primer párrafo de este artículo” (el subrayado es nuestro).

b. Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN)

Artículo 765:

“Concepto. La obligación es de dar dinero si el deudor debe cierta cantidad de moneda, determinada o determinable, al momento de constitución de la obligación. Si por el acto por el que se ha constituido la obligación, se estipuló dar moneda que no sea de curso legal en la República, la obligación debe considerarse como de dar cantidades de cosas y el deudor puede liberarse dando el equivalente en moneda de curso legal” (el subrayado es nuestro).

Asimismo, la moneda nacional es la unidad de cuenta aplicable en la República Argentina (conf. art. 325 CCCN).

B) Moneda extranjera:

El artículo 765 no define a la moneda extranjera. Para poder conocer cuáles son los bienes alcanzados por este concepto debemos recurrir al Texto Ordenado sobre Exterior y Cambios del BCRA al 19/5/22, donde se indica que las monedas y billetes en moneda extranjera son los emitidos por un estado extranjero (punto 6.1.1) y las divisas en moneda extranjera “son instrumentos de pago expresados en una moneda emitida por un estado extranjero y generalmente aceptados en transacciones transnacionales: transferencia bancaria internacional, orden de pago, giro, cheque de viajero, cheque sobre cuentas en el exterior, etc” (punto 6.1.2)”<sup>43</sup>.

## II.- CRIPTOMONEDA Y MONEDA DIGITAL

### 1) Criptoactivos

Los *criptoactivos* son activos virtuales, no tangibles, con un valor otorgado por el mercado, donde se utiliza la criptografía sumada a protocolos de comunicación específicos como medios tecnológicos para asegurar la fiabilidad de las operaciones con este tipo de bienes.

---

respecto el artículo 17 inc. a) de la Carta Orgánica expresa: “El Banco está facultado para realizar las siguientes operaciones: a) Emitir billetes y monedas conforme a la delegación de facultades realizadas por el Honorable Congreso de la Nación”.

<sup>43</sup> Conforme lo dispuesto por el artículo 29 inc. b) de la Ley 24.144, el BCRA debe “Dictar las normas reglamentarias del régimen de cambios y ejercer la fiscalización que su cumplimiento exija”.

En la “Guía actualizada para un enfoque basado en el riesgo a los activos virtuales y proveedores de servicios de activos virtuales” (año 2021) del Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI) se define a los activos virtuales (AV) “como una representación digital de valor que se puede comercializar o transferir digitalmente y se puede utilizar para pagos o inversiones” (punto 44.a, 2do. párrafo). Asimismo se indica que los activos virtuales no incluyen representaciones digitales de moneda fiduciaria, valores y otros activos financieros.

Es de tener presente que, en las distintas propuestas o disposiciones que se mencionarán en el presente trabajo, no hay una definición uniforme sobre los criptoactivos.

Los criptoactivos se representan digitalmente a través de *tokens* (fichas). Un token es una unidad de valor digital (toma la forma de una cadena alfanumérica), basada en criptografía y emitida por una red blockchain que puede tener finalidades muy diversas. Se trata de una representación digital (criptográfica) de algo que subyace, lo que tipificará el alcance y la naturaleza del token.

De allí que, un token no representa necesariamente una criptomoneda pero toda criptomoneda siempre está representada a través de un token.

Existen distintos tipos de criptoactivos, entre los que se pueden mencionar:

- a) De pago (*currency token*), las criptomonedas. Por ejemplo, bitcoin, etherum o litecoin, entre otras.
- b) De activos financieros o títulos valores (*security token*). Representan activos financieros de inversión con la expectativa de obtener un rendimiento económico, otorgando derechos económicos (títulos de deuda, obligaciones negociables) o incluso políticos, por ejemplo los derechos asociados a las participaciones en una sociedad (acciones). En principio y por sus características, en la República Argentina deberían estar sometidos a las disposiciones de la Ley de Mercado de Capitales.
- c) De utilidad (*utility token*), son la vía de acceso para el uso de una aplicación o servicio prestado por el emisor. Son esencialmente un pase especial para acceder a productos y servicios prestados dentro de una plataforma que opera bajo una red basada en blockchain. Son derechos puramente virtuales que proyectan sus efectos exclusivamente en el ámbito del ciberespacio. No ofrecen participación en el negocio o proyecto por el que se los distribuye y se los utiliza básicamente para la financiación de proyectos. Muchas veces funcionan de forma paralela a la criptomoneda nativa de una red, ofreciendo accesos a productos y servicios únicos dentro de esa red/plataforma.
- d) De activos (*asset token*), que representan objetos del mundo real (activos físicos) y se utilizan para facilitar operaciones de compraventa sin necesidad de su traslado. Por ejemplo, vender un metal precioso sin necesidad de moverlo de un lado a otro.

e) Tokens no fungibles o NFT (*non fungible token*), que consisten en un certificado digital de autenticidad que otorga una propiedad exclusiva sobre un activo subyacente (virtual o físico) no fungible. Estos activos subyacentes asociados al token son bienes únicos, con su propio valor y singularidad diferente a otros, por ejemplo una obra de arte.

### **Intercambios centralizados y descentralizados de criptoactivos**

Los intercambios (exchange) de criptoactivos pueden ser centralizados o descentralizados.

En los intercambios descentralizados (DEX) los usuarios pueden operar directamente entre ellos a través de la modalidad P2P (peer to peer). Bajo esta modalidad, no hay un tercero que se encargue de la custodia de los criptoactivos y cada usuario mantiene el control de sus claves privadas. Se utilizan contratos inteligentes que se ejecutan automáticamente bajo condiciones establecidas y registran cada transacción en la cadena de bloques.

Los intercambios centralizados son aquellos que cuentan con un intermediario, en este caso el desarrollador de la plataforma, que interviene en las transacciones de criptodivisas a fin de dar mayor seguridad en las operaciones que se van a realizar.

Tiene como ventajas que el intermediario es el custodio de la criptomoneda que se compran y venden y que el cliente no corre el riesgo de perder la contraseña, la puede recuperar porque le ha dado al intermediario pleno acceso a su cuenta.

Tienen como desventajas que el intermediario tiene poder para emitir y destruir monedas o para bloquear las monedas de cualquier cliente. Asimismo, las reservas están en un banco, por lo que estarán sujetas a las regulaciones gubernamentales y deberá confiarse en los reportes e informes de auditoría para saber su estado y composición.

### **2) Criptomonedas**

Las *criptomonedas* son intangibles y fungibles (lo que las hace divisibles e intercambiables). Son creadas por los privados y, al no haber sido emitidos por ningún estado, carecen de tutela estatal (como regla general). No tienen un valor intrínseco, su aceptación depende exclusivamente de la confianza que generan y su cotización se rige por el libre juego de la oferta y la demanda. En principio, no requieren de la intermediación de ninguna persona jurídica y carecen de fronteras.

Su denominación representa la unidad de cuenta utilizada para operar en un sistema garantizado por la criptografía y las matemáticas y corresponden a la familia de los token de pago (como se ha visto).

Tienen por características su inalterabilidad, la privacidad/anonimato, un sistema de gestión independiente de cualquier banco central o nación, las operaciones funcionan por consenso de las partes y una vez realizadas no son reversibles después de ejecutadas.

### **Tipos de criptomonedas**

Entre las criptomonedas encontramos las que son volátiles, por responder a un mercado especulativo, y los llamados criptoactivos estables (*stablecoins*)<sup>44</sup> que, como los describe el comunicado del BCRA y la CNV antes comentado, “han sido diseñados para mantener su valor con respecto a otro activo o canasta de activos”. Están vinculados a otro activo mediante una relación de paridad.

En el caso de los criptoactivos volátiles o especulativos su intercambio es, en principio, descentralizado. Es decir, las transacciones no tienen que pasar por ningún nodo central para poder efectuarlas. A diferencia de los stablecoins que podrán ser centralizados o descentralizados.

Los stablecoins se dividen en varias categorías: los garantizados con monedas fiat (dólar, euro, etc)<sup>45</sup> o productos (oro por ejemplo), los que están respaldados por otras criptomonedas (la criptomoneda DAI por ejemplo) y los algorítmicos, que trabajan por medio de algoritmos que emulan (copian) el valor de otros activos.

Los stablecoins garantizados con moneda fiat están diseñados para seguir de cerca el valor de las mismas, manteniendo un precio con poca variación diaria tal como ocurre con activos como el dólar o el euro. En principio son redimibles, es decir, intercambiables por la moneda de respaldo. Por ello, como principio general, los emisores de estas monedas deben tener reservas suficientes del activo que les sirve de respaldo para sostener su valor.

Dado la fuerte relación con las monedas de curso legal (fiat), las autoridades monetarias de distintos países han considerado la alternativa de supervisar su emisión y regular su circulación.

Además y por sus características, si se generalizan como medio de pago podría mermar el control de los pagos, la banca y la oferta de dinero al pasar a predominar dichos criptoactivos como medios de pago. Incluso se podría correr el riesgo de que se produzca una desintermediación bancaria estructural y la sustitución de la moneda junto con la pérdida de la soberanía monetaria.

En este sentido, el Banco Central Europeo (BCE) ha planteado se le otorgue el poder de vetar el lanzamiento de stablecoins en la zona euro. “Cuando un acuerdo de referencia de activos equivale a un sistema o esquema de pago, la evaluación de la amenaza potencial para la conducción de la política monetaria y para el buen funcionamiento de los sistemas de pago, debería ser competencia exclusiva del BCE”, indicó el Banco en un comunicado de fecha 19 de febrero del 2021 <sup>46</sup>.

---

<sup>44</sup> Por ejemplo “Tether” o “USD Coin”.

<sup>45</sup> El dinero “fiat” es la moneda fiduciaria que tradicionalmente se usa para adquirir bienes y servicios. En consecuencia, no está respaldada por un producto ni tiene valor intrínseco, su valor depende de la relación entre oferta y demanda junto con la estabilidad del gobierno que la emite. Ejemplos de monedas fiat pueden ser dólares, libras, euros o yuanes. Normalmente se consideran fiat aquellas monedas con las características antes indicadas que se utilizan ampliamente en todo el mundo.

<sup>46</sup> Fuentes consultadas: <https://www.publico.es/economia/bce-reclama-veto-lanzamiento-criptomonedas.html> y <https://www.reuters.com/article/cripto-monedas-bce-idESL8N2KT4E5>.

### 3) Moneda digital

Las monedas digitales tienen las mismas características de las criptomonedas pero se diferencian de estas en que son una modalidad digital del dinero emitido por un banco central. Se las designa como “*Central Bank Digital Currency*” (CBDC por sus siglas en inglés).

Consisten en unidades de cuenta que tienen el respaldo de los bancos centrales que las emiten. Se caracterizan por una gestión centralizada y regulada a través de los bancos centrales. Ello implica un mayor control de los estados sobre los ciudadanos y la subordinación de la moneda digital a la política monetaria o económica fijada por el estado.

De acuerdo con lo indicado al referirnos a moneda nacional o moneda extranjera, la moneda digital es una especie de moneda.

Las monedas digitales son activos financieros en la medida que, al mismo tiempo, son pasivos financieros de los bancos centrales. De manera que, si un banco central no puede hacer frente a las obligaciones financieras asumidas en relación con la moneda digital emitida, se depreciará fuertemente su valor.

Las criptomonedas son un activo real, pues no se encuentran relacionadas con una deuda. Su valor no depende de la capacidad de otro agente económico para cumplir con determinados compromisos. No se espera que nadie tenga una obligación a partir de ese activo. Asimismo, por regla tienen una masa monetaria predeterminada, a diferencia de la moneda digital donde los bancos centrales no tienen límite para emitir.

Dentro de las CBDC se pueden distinguir tres tipos en función de quienes pueden acceder a las mismas: a) Aquellas que solo pueden ser utilizadas solo por entidades financieras para transacciones mayoristas, b) las que operan en forma similar al dinero bancario accesibles al público en general y c) las que pueden utilizarse para pagos minoristas por el público en general.

## **III.- PROPUESTAS DE REGULACIÓN DE LAS CRIPTOMONEDAS**

### 1) Los criptoactivos en la Unión Europea

El 5 de octubre del año 2022, el Comité de Representantes Permanentes del Consejo de la Unión Europea, refrendaron el texto definitivo del “Reglamento sobre los Mercados de Criptoactivos” (MICA, “Markets in Criptyo Assets”), estableciendo un marco legal sobre criptoactivos aplicable a todos los países integrantes de la Unión. Su tratamiento por el Parlamento de la UE está previsto para abril del 2023 y su entrada en vigencia en el año 2024.

Como se indica en su exposición de motivos “La presente propuesta se integra en el paquete de finanzas digitales, cuyas medidas están dirigidas a explotar en mayor grado y apoyar el potencial de las finanzas digitales en términos de innovación y competencia, reduciendo al mismo tiempo los riesgos”.

Los fines buscados a través de la propuesta de reglamentación son:

- a. **La seguridad jurídica:** Favorecer el desarrollo de los mercados de criptoactivos en la UE, a través de un marco jurídico sólido que defina claramente el tratamiento normativo de todos los criptoactivos no contemplados en la legislación vigente en materia de servicios financieros.
- b. **Apoyar la innovación:** A fin de promover el desarrollo de los criptoactivos y un uso más generalizado de la TRD (tecnología de registro descentralizado), es preciso establecer un marco seguro y proporcionado que defienda la innovación y la competencia leal.
- c. **Instaurar unos niveles adecuados de protección de los consumidores e inversores y de integridad del mercado,** dado que los criptoactivos no contemplados por la legislación vigente en materia de servicios financieros presentan muchos de los riesgos que ya plantean otros instrumentos financieros más conocidos.
- d. **Garantizar la estabilidad financiera.** Por tal motivo, en la reglamentación se establecen salvaguardias para hacer frente a los riesgos que podrían derivarse de las “criptomonedas estables” de cara a la estabilidad financiera y una política monetaria ordenada

El MICA distingue entre distintos tipos de criptoactivos, fija pautas sobre su operatoria y establece reglas aplicables a sus emisores y comercializadores, dicta normas de protección de los consumidores y medidas dirigidas a prevenir el abuso de mercado con el fin de garantizar la integridad del mercado.

Sobre un total de 28 definiciones que contiene su artículo 3ro., podemos mencionar:

- 1) Criptoactivos (crypto asset): Consisten en “una representación digital de valor o derechos que puede transferirse y almacenarse electrónicamente, mediante la tecnología de registro descentralizado o una tecnología similar”.
- 2). Token referenciado a activos (asset-referenced token) : “Un tipo de criptoactivo que, a fin de mantener un valor estable, se referencia al valor de varias monedas fiat de curso legal, una o varias materias primas, uno o varios criptoactivos, o una combinación de dichos activos” (stablecoins)
- 3) Token de dinero electrónico (e-money token): “Un tipo de criptoactivo cuya principal finalidad es la de ser usado como medio de intercambio y que, a fin de mantener un valor estable, se referencia al valor de una moneda fiat de curso legal”.

4) Token de utilidad (utility token): “Un tipo de criptoactivo usado para dar acceso digital a un bien o un servicio, disponible mediante TRD, y aceptado únicamente por el emisor de la ficha en cuestión”.

5) Emisor de criptoactivos (issuer of crypto-assets): “La persona jurídica que oferta al público cualquier tipo de criptoactivo o que solicita la admisión de cualquier tipo de criptoactivo en una plataforma de negociación de criptoactivos”.

Los emisores de criptoactivos, tokens referenciados a activos y tokens de dinero electrónico deberán ser personas jurídicas y llevar un registro (libro blanco, “crypto-asset white paper”) para poder solicitar se los autorice a ofertar públicamente dichos criptoactivos o para que se admita que operen en una plataforma de negociación de criptoactivos.

6) Proveedor de servicios de criptoactivos (crypto-asset service provider, por sus siglas CASP): “La persona cuya actividad o negocio consiste en la prestación profesional de uno o varios servicios de criptoactivos a terceros”.

Los servicios de criptoactivos solo podrán ser prestados por personas jurídicas que tengan su domicilio social en un Estado miembro de la Unión y que hayan sido autorizadas como proveedores de servicios de criptoactivos de conformidad con lo establecido por el MICA.

Al determinarse que la actividad debe desarrollarse de manera profesional se encontrarían excluidos de la reglamentación las personas que compren o vendan criptoactivos por cuenta propia y de manera esporádica.

7) Consumidor: toda persona física que actúe con fines ajenos a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión.

8) Tecnología de registro descentralizado o TRD (distributed ledger technology o por sus siglas en inglés DLT): Se trata de un tipo de tecnología que soporta el registro descentralizado de datos cifrados<sup>47</sup>.

Conforme su artículo 2do., el MICA no se aplica a criptoactivos que se consideren valores negociables, instrumentos financieros<sup>48</sup>, a las titulaciones, a los depósitos o los depósitos estructurados con arreglo a la legislación de la UE en materia de servicios financieros, a los criptoactivos que son únicos y no fungibles con otros criptoactivos (los denominados NFTs por sus siglas en inglés) y al dinero electrónico, salvo cuando se trate de tokens de dinero electrónico (e-money tokens) cuya finalidad principal sea su utilización como medio de

---

<sup>47</sup> Un registro distribuido es una base de datos de la que existen múltiples copias idénticas distribuidas entre varios participantes, las que se actualizan de manera sincronizada por consenso entre las partes. Es decir, un DLT es una base de datos descentralizada y única que gestionan varios participantes. Normalmente, los DLT se implementan mediante una blockchain o cadena de bloques, que es un tipo de base de datos en la que las transacciones individuales se procesan y almacenan en grupos o bloques, conectados unos a otros en orden cronológico para crear una cadena. La integridad y la seguridad de los datos almacenados en la cadena se garantizan mediante criptografía.

<sup>48</sup> Dentro de los instrumentos financieros encuentran los valores negociables, los instrumentos del mercado monetario, las participaciones y las acciones en instituciones de inversión colectiva junto con varios instrumentos derivados (conf. Directiva 2014/65/UE).



pago y que se referencien al valor de la moneda de curso legal con el objetivo de mantener un valor estable.

El MICA tampoco contempla en forma concreta a las criptomonedas públicas, que son aquellas que funcionan sobre una red de DLT pública. Este tipo de redes se definen como sistemas de registro distribuido abiertos a cualquier persona que valide bloques, sin necesidad de permiso de ninguna autoridad, los usuarios no están obligados a obtener permisos para mantener y operar en el sistema. Ejemplos de estos supuestos son el Bitcoin o Ethereum.

## 2) La propuesta de UNIDROIT

El Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (en francés L'Institut international pour l'unification du droit privé o por sus siglas UNIDROIT), es una organización intergubernamental independiente con sede en Roma, creada en abril de 1926.

El 10 de enero del 2023 dispuso someter a consulta pública el borrador sobre **“Principios de UNIDROIT sobre activos Digitales y Derecho Privado”**<sup>49</sup>.

### Estructura y enunciación de los principios:

El documento comprende una introducción y 7 secciones, que contienen 19 principios.

#### 2.1) Introducción:

En su Introducción, al referirse a las razones de los principios, se expresa que estos se encuentran diseñados para facilitar las transacciones de los activos contemplados en el documento, reduciendo la inseguridad jurídica que los profesionales, jueces, legisladores y participantes del mercado enfrentarán en los próximos años al tratar con activos digitales.

#### 2.2) Secciones y principios. Enunciación:

Las secciones y principios abarcan los siguientes aspectos:

##### a. Sección I – Ámbito de aplicación y definiciones

Principio 1: Alcance

Principio 2: Definiciones

Principio 3: Principios generales

Principio 4: Activos vinculados

##### b. Sección II – Derecho Internacional Privado

Principio 5: Conflicto de leyes

---

<sup>49</sup> Disponible en inglés en el sitio de UNIDROIT, <https://www.unidroit.org/work-in-progress/digital-assets-and-private-law/digital-assets-and-private-law-public-consultation/>

c. Sección III – Control

Principio 6: Definición de control

Principio 7: Identificación de una persona que controla un activo digital

Principio 8: Adquisición inocente

Principio 9: Derechos del cesionario

d. Sección IV – Custodia

Principio 10: Custodia

Principio 11: Obligaciones del custodio para con su cliente

Principio 12: Cliente inocente

Principio 13: Insolvencia del custodio

e. Sección V – Operaciones garantizadas

Principio 14: Operaciones garantizadas: generalidades

Principio 15: El control como método para lograr la eficacia frente a terceros

Principio 16: Prelación de las garantías reales sobre bienes digitales

Principio 17: Ejecución de garantías reales sobre activos digitales

f. Sección VI – Operaciones garantizadas

Principio 18: Derecho procesal, incluida la ejecución

g. Sección VII – Insolvencia

Principio 19: Efecto de la insolvencia en los derechos de propiedad sobre activos digitales

El draft puesto a consideración por UNIDROIT peca de amplitud en sus definiciones, lo que atenta contra el éxito de los principios propuestos.

Así por ejemplo, define a los “activos digitales” como documentos electrónicos que puede ser objeto de control y a los “documentos electrónicos” como aquellos donde la información se puede almacenar en un soporte electrónico y recuperarse<sup>50</sup>.

Es de hacer notar que las definiciones de criptoactivos del GAFI y de la Unión Europea y el Comité de Basilea (que se mencionará en el punto siguiente) además de similares, son más específicas.

A pesar de ello, resulta loable que UNIDROIT presente una propuesta sobre este tema pues su alcance es universal.

Más allá de lo expuesto sobre la propuesta en general, es importante que se establezca un principio sobre la insolvencia de quien, sin ser propietario, custodia el activo digital pues se trata de un tema a desarrollar poco tratado en otros documentos del mismo tenor.

---

<sup>50</sup> Traducción libre del autor. En inglés “Digital asset” means an electronic record which is capable of being subject to control y “Electronic record” means information which is (i) stored in an electronic medium and (ii) capable of being retrieved (conf art. 2do, puntos 1 y 2 de los Principios).

## El principio 13 establece:

### **“Principio 13: Insolvencia del custodio**

- (1) Si un custodio entra en un procedimiento de insolvencia, un activo digital que mantiene para un cliente en virtud de un acuerdo de custodia no forma parte del patrimonio de la insolvencia de ese custodio.
- (2) Si un custodio entra en un procedimiento de insolvencia, el representante de la insolvencia debe tomar medidas razonables para que el control de los activos digitales mantenidos para su cliente pase al control de ese cliente o de un custodio designado por ese cliente.
- (3) Cuando un custodio haya celebrado un acuerdo de custodia con un subcustodio con respecto a un activo digital que sea objeto de un acuerdo de custodia entre ese custodio y un cliente y el custodio inicie un procedimiento de insolvencia, los derechos que tiene contra el subcustodio con respecto al activo digital mantenido para los clientes del custodio no forman parte de la masa de la insolvencia del custodio.
- (4) Los puntos (5) y (6) se aplican si se cumplen todos los requisitos siguientes:
  - (a) un custodio inicia un procedimiento de insolvencia;
  - (b) los activos digitales fungibles de dos o más clientes son mantenidos por el custodio en un grupo indiviso; y
  - (c) la cantidad de activos digitales mantenidos por el custodio insolvente es menor que el número total o la cantidad de activos digitales de esa descripción registrados por el custodio como activos digitales mantenidos para esos clientes.
- (5) El déficit se cubre primero con cualquier activo digital de la misma descripción mantenido por el custodio para sí mismo.
- (6) Cualquier déficit [remanente] correrá a cargo de los clientes para quienes el custodio mantiene los activos digitales en un conjunto indiviso, en proporción al número o monto respectivo de activos digitales de esa descripción registrados por el custodio como los activos digitales mantenidos para esos clientes.
- (7) Cuando un custodio haya celebrado un acuerdo de custodia con un subcustodio con respecto a un activo digital que sea objeto de un acuerdo de custodia entre ese custodio y un cliente, y el subcustodio inicie un procedimiento de insolvencia, el custodio debe intentar obtener el control del activo digital del representante de la insolvencia, o mantener el activo digital con otro subdepositario”<sup>51</sup>.

### **3) Las recomendaciones para los bancos del Comité de Basilea**

El Comité de Supervisión Bancaria de Basilea (Basel Committee on Banking Supervision o por sus siglas BCBS) es una asociación formada por los gobernadores de los bancos centrales del grupo de países conocido como el “Grupo de los Diez” (G-10) fundada en el año 1974 y que ha tenido por objeto hasta el presente desarrollar principios y reglas para la regulación y supervisión de los mercados bancarios internacionales. Tiene asiento en el “Banco de Pagos Internacionales” (Bank for International Settlements o por sus siglas BIS) que se encuentra ubicado en la ciudad de Basilea, Suiza.

El Comité de Basilea, que en la actualidad tiene 45 miembros plenos (entre los cuales se encuentra la Rep. Argentina), no tiene facultades de supervisión supranacionales y sus conclusiones no tienen fuerza legal. Sin embargo emite standards generales de supervisión, principios, y recomendaciones sobre las mejores prácticas con la expectativa de que las autoridades de supervisión nacionales las lleven a la práctica a través de normas locales.

---

<sup>51</sup> Traducción libre del autor.

En marzo del 2019 el Comité de Basilea emitió una declaración sobre criptoactivos<sup>52</sup> donde indicaba que los criptoactivos, a veces denominados "criptomonedas", no brindan de manera confiable las funciones estándar del dinero y no es seguro confiar en ellos como medio de intercambio o depósito de valor. Los criptoactivos no son moneda de curso legal y no están respaldados por ningún gobierno o autoridad pública. Al mismo tiempo emitió una serie de recomendaciones para las entidades financieras que estuvieran autorizadas y adquirieran criptoactivos o proporcionaran servicios relacionados con este tipo de bienes.

El 12 de diciembre del 2019 se puso a disposición un documento para discutir entre sus miembros denominado “Diseñando un tratamiento prudencial para criptoactivos”<sup>53</sup>. Como consecuencia de los resultados obtenidos en dicho trabajo, en junio del 2021, se publicó otro documento de consulta denominado “Tratamiento prudencial de la exposición a los criptoactivos”<sup>54</sup>. En junio del 2022 el Comité publicó una segunda consulta con algunas modificaciones a lo propuesto en la primera consulta<sup>55</sup>.

El 16 de diciembre del 2022, se publicó el documento definitivo<sup>56</sup>, denominado “Tratamiento prudencial de la exposición a los criptoactivos”, y que tiene por plazo de implementación antes del 1ro. de enero del 2025.

El documento define a los criptoactivos como activos digitales privados que dependen de la criptografía y las tecnologías de contabilidad distribuida (DLT) o tecnologías similares. Los activos digitales son una representación digital de valor, que se puede utilizar con fines de pago o inversión o para acceder a un bien o servicio<sup>57</sup>.

El documento aclara que las monedas digitales (CBDC) no estarían sujetas a sus disposiciones.

A los efectos de su evaluación y ponderación del riesgo, se distinguen 2 especies de criptoactivos:

#### Grupo 1:

Dentro de esta especie se distinguen 2 subgrupos:

---

<sup>52</sup> Disponible en inglés en el sitio del BIS, <https://www.bis.org/bcbs/publications.htm?m=2427>, buscar por “Statement on crypto-assets, 13-3-19.

<sup>53</sup> Disponible en inglés en el sitio del BIS, <https://www.bis.org/bcbs/publications.htm?m=2427>, buscar por “Discussion paper - Designing a prudential treatment for crypto-assets”, d490.pdf, 12-12-19.

<sup>54</sup> Disponible en inglés en el sitio del BIS, <https://www.bis.org/bcbs/publications.htm?m=2427>, buscar por “Consultative Document - Prudential treatment of cryptoasset exposures”, d519.pdf, 10-6-21

<sup>55</sup> Disponible en inglés en el sitio del BIS, <https://www.bis.org/bcbs/publications.htm?m=2427>, buscar por “Consultative Document - Second consultation on prudential treatment of cryptoasset exposures”, d533.pdf, 10-6-22

<sup>56</sup> Disponible en inglés en el sitio del BIS, <https://www.bis.org/bcbs/publications.htm?m=2427>, buscar por “Prudential treatment of cryptoasset exposures”, d545, 16-12-22.

<sup>57</sup> Traducción propia del inglés al castellano.

El Grupo 1a que son los activos tradicionales tokenizados y que cumplen las condiciones generales del grupo y el Grupo 1b que son aquellos que cumplen con mecanismos efectivos de estabilización y que cumplen las condiciones generales del grupo.

- Grupo 1a: Los activos tradicionales tokenizados siempre que: a) Sean representaciones digitales de activos tradicionales que utilizan criptografía, DLT o tecnología similar para registrar la propiedad y b) planteen el mismo nivel de riesgo crediticio y de mercado que la forma tradicional (no tokenizada) del activo.

Es decir, activos digitales que tienen funciones económicas equivalentes a las de los activos tradicionales y plantean los mismos riesgos que estos.

- Grupo 1b: Aquellos que tienen un mecanismo de estabilización que es efectivo en todo momento para vincular su valor a un activo tradicional o un conjunto de activos tradicionales (es decir, activos de referencia). En este grupo estarían incluidas las stablecoins referenciadas a una moneda fiduciaria ampliamente aceptada (monedas Fiat).

#### Grupo 2:

Los criptoactivos no comprendidos en el grupo anterior y que son los que se consideran con mayor exposición al riesgo, como los Bitcoin.

También en este caso se distinguen 2 subgrupos:

- Grupo 2a: Criptoactivos (incluidos los activos tradicionales tokenizados, las monedas estables y los criptoactivos sin respaldo) que no cumplen las condiciones establecidas para el Grupo 1 pero que se les reconoce un grado limitado de cobertura.
- Grupo 2b: Todos los demás criptoactivos. Es decir, activos tradicionales tokenizados, monedas estables y criptoactivos sin respaldo que no cumplen las condiciones fijadas para el Grupo 1 y tampoco cumplen los criterios de reconocimiento de cobertura del Grupo 2a. Es decir, aquellos donde no se les reconoce ninguna cobertura.

De acuerdo con la clasificación antes indicada se determina que los límites de exposición de los bancos serán los siguientes:

#### Límite de exposición del Grupo 1:

En estos casos se aplicaran los mismos requisitos de capital basados en las ponderaciones de riesgo de las exposiciones subyacentes (activos tradicionales) según lo establecido en el Marco de Basilea existente para dichos activos (al respecto tener en cuenta el documento llamado Basilea III).

Límite de exposición del Grupo 2:

La exposición total de un banco a los criptoactivos del Grupo 2 no debe exceder el 2 % del capital de Nivel 1 del banco y, en general, debe ser inferior al 1 %.

En el caso de los bancos que incumplan el límite del 1% se aplicará el tratamiento de capital más conservador del Grupo 2b a la cantidad en que se exceda el límite.

Cuando se supere el límite del 2% como exposición total, todas las exposiciones del Grupo 2 estarán sujetas al tratamiento de capital del Grupo 2b

Estas disposiciones se han visto reflejadas en el mes de enero del 2023 en un proyecto el Parlamento Europeo que tienen en estudio el dictado de una ley que obligue a los bancos a seguir los lineamientos anteriores.

## **IV.- LA CRIPTOMONEDA EN LA REPÚBLICA ARGENTINA**

En la República Argentina la criptomoneda carece de una ley que la defina en forma clara y concisa. Aunque se encuentra contemplada por distintas regulaciones de orden menor que presentan contradicciones o son insuficientes.

### **1) Las disposiciones nacionales.**

#### **a) El Banco Central y la Comisión Nacional de Valores**

En mayo del 2014 el Banco Central de la República Argentina (BCRA), a través de un comunicado de prensa, alertó al público sobre los riesgos en el uso de la moneda virtual. En el comunicado mencionó que “las llamadas monedas virtuales no son emitidas por este Banco Central ni por otras autoridades monetarias internacionales, por ende, no tienen curso legal ni poseen respaldo alguno”. Agregó que no existían mecanismos gubernamentales que garanticen su valor oficial y que las monedas virtuales tenían una gran volatilidad, experimentando veloces y sustanciales variaciones de precios.

Por su parte, la Comisión Nacional de Valores (CNV), el 4/12/2017, a raíz del impacto que podían causar las ofertas iniciales de monedas virtuales o tokens (internacionalmente conocidas como “initial coin offerings” o ICOs por sus siglas en idioma inglés)<sup>58</sup>, emitió un comunicado al Público Inversor y recomendó que solo participaran en estas operaciones inversores expertos por tratarse de inversiones especulativas de alto riesgo. Es de destacar que en el anexo al comunicado la CNV indica que: “El marco normativo vigente no contempla regulación específica sobre ICO. No obstante ello la CNV, ante solicitudes en

---

<sup>58</sup> Las ICOs son una forma de financiación donde empresas de tecnología recaudan fondos del público a través de la oferta inicial de monedas virtuales o tokens que han creado ellas mismas.

particular, podría evaluar la pertinencia de un otorgamiento de autorización de oferta pública”<sup>59</sup>.

El 20/5/21 el BCRA y CNV emitieron un comunicado conjunto donde se refirieron nuevamente a los riesgos que tiene la inversión en criptoactivos.

En dicho comunicado se definió a las criptomonedas “como una representación digital de valor o de derechos que se transfieren y almacenan electrónicamente mediante la Tecnología de Registro Distribuido (*Distributed Ledger Technology*, DLT) u otra tecnología similar”.

También se indicó expresamente que no son dinero de curso legal ni valores negociables, expresando en tal sentido que “Los criptoactivos, que buscan ser utilizados como instrumentos de pago o con fines de inversión, no son emitidos ni respaldados por un banco central o autoridad gubernamental y, tal como se mencionó, no cumplen con las condiciones necesarias para ser considerados dinero de curso legal o título negociable. Como resultado, su aceptación como medio de cancelación de deudas o para realizar pagos en la economía no es obligatoria” (el subrayado es nuestro).

Confirmando este criterio el BCRA, a través de la Comunicación A 7506 del 5/5/2022<sup>60</sup>, dispuso que, “en el marco de lo previsto por las normas sobre “Servicios complementarios de la actividad financiera y actividades permitidas”, que las entidades financieras no pueden realizar ni facilitar a sus clientes la realización de operaciones con activos digitales –incluidos los criptoactivos y aquellos cuyos rendimientos se determinen en función de las variaciones que éstos registren– que no se encuentren autorizados por una autoridad reguladora nacional competente ni por el Banco Central de la República Argentina.”.

Es decir, al incorporar esta disposición a las normas sobre “Servicios complementarios de la actividad financiera y actividades permitidas”, se confirma que no es moneda de curso legal ni moneda extranjera.

La Comunicación A 7506 que, como se indica, prohíbe que los bancos realicen o faciliten a sus clientes la realización operaciones con activos digitales. El BCRA explica que la norma se justifica en la alta volatilidad de los criptoactivos -que implica riesgos tanto para los usuarios como para el sistema financiero en términos agregados- y en los desafíos que generan en materia de política monetaria y cambiaria para economías emergentes con mercados menos desarrollados<sup>61</sup>.

---

<sup>59</sup> Un mayor detalle se puede ver en el anexo del comunicado de la CNV, disponible en el sitio de la “Organización Internacional de Comisiones de Valores” (OICV o por sus siglas en Inglés IOSCO): <https://www.iosco.org/library/ico-statements/Argentina%20%20CNV%20%20Oferta%20Inicial%20de%20Monedas%20Virtuales%20o%20Tokens.pdf>

<sup>60</sup> Esta norma se suma a otras anteriores como la A 7030 que consideró a los criptoactivos como activos líquidos.

<sup>61</sup> Fuente: BCRA, “Informe de estabilidad financiera” de julio del 2022”, disponible en <http://www.bcra.gob.ar/PublicacionesEstadisticas/ief0122.asp>. Para un mayor desarrollo sobre los criptoactivos, ver el apartado 3 del Informe



## **b) La Unidad de Información Financiera**

Por su parte, la Unidad de Información Financiera (UIF) en el artículo 2do. de la Res. 300/2014, definió a la criptomoneda, o moneda virtual como:

“A los efectos de la presente resolución se entenderá por “Monedas Virtuales” a la representación digital de valor que puede ser objeto de comercio digital y cuyas funciones son la de constituir un medio de intercambio, y/o una unidad de cuenta, y/o una reserva de valor, pero que no tienen curso legal, ni se emiten, ni se encuentran garantizadas por ningún país o jurisdicción” (el subrayado es nuestro).

En este sentido las monedas virtuales se diferencian del dinero electrónico, que es un mecanismo para transferir digitalmente monedas fiduciarias, es decir, mediante el cual se transfieren electrónicamente monedas que tienen curso legal en algún país o jurisdicción.”

## **c) La Administración Federal de Ingresos Públicos.**

La Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP) ha indicado a través del su Dictámen 2/2022 que “En orden a las consideraciones que anteceden, se puede caracterizar a las criptomonedas como una nueva clase de activo financiero, no tradicional y basado en la tecnología blockchain el cual versa, en definitiva, acerca de una anotación electrónica que incorpora el derecho a una cantidad de dinero determinada ... En el contexto descripto, las criptomonedas pueden tipificarse como títulos valores, toda vez que participan de las características principales que poseen estos últimos, es decir, son valores incorporados a un registro de anotaciones en cuenta –la blockchain-; resultan bienes homogéneos y fungibles en los términos del artículo 232 del Código Civil y Comercial; su emisión o agrupación es efectuada en serie –conformada ésta por cada bloque que integra la cadena- y; pueden ser susceptibles de tráfico generalizado e impersonal en los mercados financieros” (el subrayado es nuestro)<sup>62</sup>.

Como veremos más adelante y en sentido contrario a lo indicado por la AFIP, entendemos que no se trata de títulos valores pues no responden a lo indicado por el artículo 1815 del CCCN en tanto no hay un emisor obligado frente al titular de la criptomoneda. En el título valor se encuentra explicitado un derecho y ello, necesariamente, presupone una obligación.

## **2) Los proyectos de ley**

En los últimos años se han presentado varios proyectos de ley.

Entre ellos, podemos mencionar el ingresado en el año 2020 por la Cámara de Diputados de la Nación bajo el nro. 6055-D-2020, que tuvo por objeto “crear un marco regulatorio integral aplicable a las transacciones y operaciones civiles y comerciales de cryptoactivos,

---

<sup>62</sup> Es de tener presente que, la Ley 27.430 de Impuesto a las Ganancias grava los resultados derivados de la tenencia y enajenación de monedas digitales (arts. 2do. inc. 4 y 7mo.).

como medio de pago, ahorro o inversión, incluyendo a todo el ecosistema fintech ... (conf. art. 1ro. del proyecto).

En este proyecto se definen a los criptoactivos como la “Representación digital de valor en tanto activo financiero encriptado, definido por un protocolo computacional que puede ser objeto de comercio digital y cuya funciones son las de constituir un medio de intercambio y/ o pago, y/o una unidad de cuenta, y/o una reserva de valor, y/o herramienta de inversión financiera, y/o medio de financiación, que no posee curso legal y es de carácter descentralizado, estando su valor sujeto a la variación de precios dependiendo de la oferta y demanda en los mercados” (artículo 3.1)<sup>63</sup>.

A su vez, se establece que la autoridad de aplicación será la Comisión Nacional de Valores (art. 6), en tanto se entiende que los criptoactivos tienen un funcionamiento y características similares a los activos financieros en el mercado bursátil (conf. exposición de motivos).

Por su parte, el BCRA deberá monitorear las transacciones con criptoactivos en el mercado local y por residentes nacionales en mercados extranjeros (conf. art. 21).

En el año 2021 ingresó un nuevo proyecto bajo el nro. 2933-D-2021, por el que se permite al trabajador optar por percibir total o parcialmente su remuneración en criptomonedas (arts. 3 y 4)

A través de su artículo 2.a) se define a la criptomoneda como un “Bien intangible representado en forma digital y que atribuye derechos o expectativas de participación potencial en la revalorización o rentabilidad de un proyecto asociado, que puede emitirse, inscribirse, conservarse o transferirse mediante un dispositivo de registro electrónico compartido, que permite identificar, directa o indirectamente, al propietario de dicho bien”.

En el año 2022, se presentó otro proyecto de ley muy llamativo bajo el nro. 1362-D-2022, donde se dispone la creación de la “criptomoneda nacional”, que tendrá el respaldo de todos los recursos naturales del país (art. 3ro.). A su vez, la criptomoneda nacional podrá ser respaldada de otras criptomonedas estables (art. 4to.).

El BCRA tendrá por atribuciones fijar “la valorización inicial, control, regulación y todo lo que respecta al cuidado y fomento de esta moneda nacional, según su carta orgánica, ley 24.144” (art. 5to.).

En el artículo 1ro. se indica que “serán incluidas dentro de la comisión nacional de valores (CNV) todas aquellas criptomonedas estables, conocidas como “stablecoins” y en el artículo 2do. que la CNV será la autoridad de aplicación, con facultades.

Este tercer proyecto, de solo 9 artículos, no define a la criptomoneda ni la diferencia de la moneda digital.

---

<sup>63</sup> En el artículo 7mo. del proyecto se indica que se debe informar al adquirente de criptoactivos que no son monedas de curso legal y por tal razón no tienen respaldo del Gobierno Nacional, ni del Banco Central de la República Argentina.

En el mismo año ingresó en la Cámara de Senadores bajo el nro. S-0261/2022 un proyecto modificando los artículos 112 y 114 facultades de la Ley de Mercado de Capitales nro. 26.831. A través de este proyecto se incluyen a los criptoactivos dentro de las disposiciones sobre publicidad engañosa (art. 112) y de las facultades de la Comisión Nacional de Valores sobre el particular (art. 114).

Como se indica en los fundamentos del proyecto, “la intención entonces es ampliar la legislación referente a la publicidad engañosa y las facultades de la Comisión Nacional de Valores, con el objeto de regular la actividad publicitaria para la difusión de todas aquellas transacciones y operaciones civiles y comerciales que comprendan a nuevos instrumentos de valores negociables, activos, otros instrumentos financieros u operaciones, incluidos los criptoactivos, bienes intangibles, contratos de inversión o derechos de crédito, contemplados o no en la regulación de esta ley”.

Es de hacer notar que el proyecto se encuentra auspiciado por la CNV.

Los nuevos artículos 112 y 114 con las modificaciones propuestas tendrían la siguiente redacción:

“Artículo 112. - Publicidad engañosa.

La publicidad, propaganda y difusión que por cualquier medio hagan las sociedades emisoras, mercados, agentes y cualquier otra persona o entidad que participe en una emisión, colocación y negociación de valores negociables, no podrá contener declaraciones, alusiones, nombres, expresiones o descripciones que puedan inducir a error, equívoco o confusión al público sobre la naturaleza, precio, rentabilidad, rescate, liquidez, garantía o cualquier otra característica de los valores negociables, otros instrumentos financieros u operaciones, de sus sociedades emisoras o de los servicios que se ofrezcan, en concordancia a la reglamentación que sea emitida en la materia. Se incluye en este artículo la publicidad o difusión de criptoactivos que realicen las plataformas de inversión que operan en entornos descentralizados o cualquier otra persona o entidad dedicada a la operatoria de estos productos financieros” (el subrayado es nuestro).

“Artículo 114. -Facultades de la Comisión Nacional de Valores.

La Comisión Nacional de Valores tendrá las siguientes facultades:

- a). -Podrá ordenar a las personas mencionadas en el artículo 112 de la presente ley el cese preventivo de la publicidad o de la utilización de nombres o expresiones u otras referencias que pudieran inducir a error, equívocos o confusión al público sin perjuicio de las demás sanciones que pudieren corresponder.
- b). -Podrá someter a autorización previa u otras modalidades de control administrativo, la publicidad de valores negociables, otros productos financieros u operaciones, incluidos los criptoactivos que operan en entornos de finanzas descentralizadas, bienes intangibles, contratos de inversión o derechos de crédito, contemplados o no en la regulación de esta ley.
- c). -Podrá disponer el ámbito de aplicación y modalidades particulares a las que quedarán sujetas dichas actividades de promoción publicitaria” (el subrayado es nuestro).

Como es de notar, en los artículos transcritos no se define a los criptoactivos. Por otro lado y como mencionáramos al citar las disposiciones del BCRA y la CNV, este último organismo ha indicado que los criptoactivos no son valores negociables.

A ello sumamos que, los criptoactivos presentan distintas variantes (ver al respecto lo que incáramos en el punto (II.- 1) Criptoactivos) del presente trabajo.

Por ello, entendemos que las modificaciones propuestas resultan, en principio contradictorias con el criterio de la CNV antes citado, insuficientes e imprecisas. En consecuencia, sería recomendable modificar la redacción del proyecto dándole mayor precisión.

### **3) Las leyes provinciales**

#### **a) Provincia de Misiones**

El 8 de julio del 2021 se sancionó el “Programa Misionero de Innovación Financiera con Tecnología Blockchain y Criptomoneda”, bajo el nro. de Ley VII - nro. 93, y que fuera publicado en el Boletín Oficial de la Provincia de Misiones el 11 de agosto del 2021.

La ley busca implementar el blockchain en la gestión de la información dentro y entre las diferentes áreas de la administración pública; crear una criptomoneda para Misiones que le permita a la provincia contar con otra herramienta de financiación y transacción con entes privados y públicos del país y el mundo, junto con la creación de un Bono o “Certificado Verde” mediante el cual la Provincia pueda poner en valor sus recursos naturales.

En este sentido, su artículo 1ro. determina que la ley “tiene por objeto establecer los lineamientos generales para la implementación y desarrollo del Programa Misionero de Innovación Financiera con Tecnología Blockchain y Criptomoneda, a fin de adaptar las nuevas tecnologías como herramientas para potenciar el desarrollo social y económico de la Provincia, como así también otorgar valor a sus recursos naturales”.

Asimismo, el artículo 3ro. determina como objetivos de la Ley:

“1) Crear herramientas para incrementar el desarrollo económico y social, fomentando la generación de valores, eficacia y transparencia en las transacciones, planificación de ahorros y alcance comunicacional entre los diferentes actores, todo ello en un ámbito sostenible y sustentable;

2) Brindar trazabilidad, seguridad, inalterabilidad y transparencia a cualquier tipo de datos y procesos mediante algoritmos de consensos y criptografías, para validar las transacciones que se desarrollen en el marco del presente programa;

3) Promover políticas ambientales activas y transformadoras de cuidado del ambiente, creando conciencia acerca de los desafíos del cambio climático;

4) Abordar a través de diferentes proyectos la digitalización integral, la simplificación y agilización de los procedimientos administrativos a través de herramientas inteligentes de

gobierno, estandarizando los procesos y contribuyendo a reducir la utilización de papel en los organismos del estado”.

Estará a cargo la Autoridad de Aplicación Provincial, “dictar normas aclaratorias y complementarias que resulten necesarias para el adecuado funcionamiento de la presente ley” y “elaborar plataformas digitales con tecnología blockchain u otras para integrar servicios y aplicaciones” (conf. art. 5to. incs. 1 y2), donde se podrán realizar las operaciones con estos activos digitales.

## **b) Provincia de San Luis.**

El 19 de octubre del 2022 se sancionó la Ley de Innovación Financiera para la Inversión y el Desarrollo Económico<sup>2</sup>, nro. VII-1085-2022, y que fuera publicada en el Boletín Oficial de la Provincia de San Luis el 11 de noviembre del 2022.

Como establece su artículo 1ro., la ley tiene como objetivo “implementar tecnología blockchain para fomentar la Innovación Financiera permitiendo potenciar el desarrollo social, económico, cultural y de inclusión financiera en la Provincia”.

Ampliando el artículo 1ro., el artículo 3ro. determina como objetivos:

“a) Crear herramientas para incrementar el desarrollo económico, social y cultural de la Provincia, fomentando la generación de valores, eficacia y transparencia en las transacciones y planificación de ahorros entre los diferentes actores, todo ello en un ámbito sostenible y sustentable;

b) Brindar trazabilidad, seguridad, inalterabilidad y transparencia a los distintos tipos de datos y procesos mediante algoritmos de consenso y criptografía, para validar las transacciones que se desarrollen en el marco de la presente Ley;

c) Abordar a través de diferentes proyectos la digitalización integral, la simplificación y agilización de los procedimientos administrativos a través de herramientas inteligentes de gobierno, estandarizando los procesos y contribuyendo a reducir la utilización de papel en los organismos del Estado;

d) Crear, implementar y gestionar servicios transaccionales, de gestión y ejecución de pagos y/o cobranzas por cuenta y orden de terceros a través del uso de dispositivos electrónicos, de plataformas transaccionales o de cualquier otro medio”.

En la Ley se prevee la creación de activos digitales de ahorro para su atesoramiento, determinando que su valor unitario será de 1 dólar estadounidense convertible a la cotización tipo vendedor, publicada por el Agente Financiero del Estado Provincial, en oportunidad del canje. Dicho valor contará con una garantía del CIEN POR CIENTO (100%) en activos financieros del Estado Provincial realizables a corto plazo (art. 8vo).

De acuerdo con lo expresado en el párrafo anterior, nos encontramos frente a una *stablecoin*.

También se dispone la creación de activos digitales de arte (NFT) que “serán colecciones de arte de la Provincia, dando la posibilidad a los artistas locales a digitalizar su obra y que

sean lanzadas al mercado digital mediante una plataforma web interna para su compra y venta” (arts. 11 y 12).

Estará a cargo la Autoridad de Aplicación Provincial, “elaborar plataformas digitales con tecnología blockchain u otras para integrar servicios y aplicaciones” (conf. art. 4to. inc. a), donde se podrán realizar las operaciones con estos activos digitales.

A partir de esta La Provincia podrá emitir deuda en una criptomoneda propia. Aunque en el art. 9no. determina que “el Poder Ejecutivo podrá disponer la creación de “ACTIVOS DIGITALES SAN LUIS DE AHORRO” por un monto que no supere el DOS POR CIENTO (2%) del Presupuesto Anual para la Administración Central Provincial, para dar cumplimiento a la Ley N° VIII-0719-2010 Promoción de la Cultura del Ahorro en Estampillas y Desarrollo de la Actividad Filatélica y la Ley N° VIII-0752-2011 De Estímulo Educativo y Concientización del Ahorro “Estampillas Escolares de Ahorro para Mi Futuro”, y lo dispuesto en el Artículo 7° de la presente Ley.

Es de tener presente que, respecto de las 2 leyes provinciales, recordemos que el BCRA, como fuera indicado, no reconoce a las criptomonedas como moneda de curso legal o moneda extranjera y que prohíbe a las entidades financieras realizar o facilitar a sus clientes la realización de operaciones con activos digitales (conf. Com A 7506).

## **V.- LAS MONEDAS DIGITALES**

### **1) Desarrollo e implementación de las monedas digitales**

Existen muchos bancos centrales que están evaluando la posibilidad de emitir monedas digitales<sup>64</sup> y otros que ya se encuentran haciendo pruebas o ya las han emitido.

En la actualidad 114 países, que representan el alrededor del 95% del PBI mundial están evaluando o desarrollando CBDC<sup>65</sup>.

Así, en el año 2020, el Banco Popular de China emitió su propia moneda digital: el e-CNY, también llamado criptoyuan. En los primeros años se encontró en fase de prueba y solo se aplicó en 4 ciudades por algunos bancos comerciales (estatales).

Para finales del 2021, más de 260 millones de personas tenían cuentas de e-CNY. En el año 2022 el criptoyuan debutó para usuarios de todo el mundo durante los Juegos Olímpicos de Invierno.

---

<sup>64</sup> Consultar por ejemplo, la página del Banco Central de Canadá, donde se evalúa bajo que circunstancias sería conveniente emitir CBDC. Disponible en inglés <https://www.bankofcanada.ca/2020/02/contingency-planning-central-bank-digital-currency/>

<sup>65</sup> Conf. Rastreador de monedas digitales (en inglés “*Central Bank Digital Currency Tracker*”). Disponible en el sitio del “Atlantic Council”, <https://www.atlanticcouncil.org/cbdctracker/>

Con anterioridad al lanzamiento del criptoyuan, en octubre del 2020, el Banco Central de las Bahamas puso en circulación la moneda digital llamada “dólar de arena” (*sand dollar*), que se encuentra disponible para que sus ciudadanos realicen operaciones de compra y venta o se envíen dinero entre sí. Esta nueva moneda facilita las operaciones en un país con alrededor de 700 islas, pues se requieren menos cajeros automáticos o sucursales físicas. Para usar el “dólar de Arena” no es necesario ser titular de una cuenta bancaria. La transacciones se pueden realizar a través de un monedero virtual instalado en el teléfono móvil u otro dispositivo. En abril del 2021 se ha sumado el Banco Central del Caribe Oriental (ECCB) que lanzó su moneda digital “DCash” aplicable a Granada, San Cristóbal, y Nieves, Antigua y Barbuda y Santa Lucía.

En octubre del 2021 Nigeria se convirtió en la primera nación africana en lanzar una moneda digital: la “eNaira”.

En Europa, en julio del 2020, el Banco Central de Lituania lanzó el LBCoin (*Digital collector coin*), aunque no es una moneda de curso legal. Además, el Banco Central de Suecia ha realizado pruebas con su moneda digital, el “e-krona” y el Reino Unido viene evaluando desde hace un par de años crear su propia moneda digital (Bitcoin).

En cuanto, al Banco Central Europeo (BCE) se encuentra analizando y evaluando la creación del euro digital que se regularía en el año 2023 y entraría en funcionamiento entre los años 2025 y 2026 como complemento del efectivo.

En América del Sur, el Banco Central de la República Bolivariana de Venezuela lanzó, en el año 2018, el “Petro” (PTR) que tiene por respaldo el petróleo de ese país y donde un “Petro” es igual al precio de un barril de petróleo venezolano en el mercado internacional.

Asimismo, el Banco Central de Brasil está trabajando en el “Real digital” donde, tienen proyectado realizar una prueba piloto en el presente año 2023 y lanzarlo al mercado en el 2024.

## **2) El Banco de Pagos Internacionales y las plataformas multilaterales**

### **a) El proyecto mBridge**

Entre el 15 de agosto y el 23 de septiembre de 2022, 20 bancos comerciales, la Autoridad Monetaria de Hong Kong (por sus siglas HKMA), el Banco Popular de China, el Banco Central de los Emiratos Árabes Unidos (por sus siglas CBUAE), el Banco de Tailandia (por sus siglas BOT) y el Centro de Innovación del Banco de Pagos Internacionales (BIS por sus siglas en inglés), realizaron una prueba piloto de transacciones transfronterizas de valor real con monedas digitales (CBDC) a través de la plataforma mBridge.

mBridge es una plataforma única (una DLT basada en blockchain), de acceso directo y con una infraestructura técnica común que permite a los participantes de múltiples jurisdicciones realizar, mediante CBDC emitidas por los bancos centrales, pagos



transfronterizos, entre pares y en tiempo real y transacciones de divisas a través del mecanismo de liquidación Pvp<sup>66</sup>.

MBridge tiene como objetivo servir como una plataforma para pagos transfronterizos con múltiples CBDC. Cada banco central puede incorporar sus bancos locales a la plataforma. Una vez a bordo, los bancos locales pueden realizar transacciones en nombre de sus clientes, ampliando el alcance de la plataforma.

## **b) El informe del BIS de enero del 2023 sobre las plataformas multilaterales**

En enero del 2023, el BIS junto con El Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional (FMI) y el Comité de Pagos e Infraestructuras de Mercado (CPMI por sus siglas en inglés y que desarrolla sus actividades en la sede del BIS), presentaron un informe sobre las plataformas multilaterales por las que se habilitan los sistemas de pago transfronterizos, denominado “Explorando plataformas multilaterales para pagos transfronterizos”<sup>67</sup>.

La presentación del informe responde a la hoja de ruta aprobada por el G20 en octubre del 2020 para mejorar los pagos transfronterizos y que fuera elaborada por el Consejo de Estabilidad Financiera (Financial Stability Board, por sus siglas FSB)<sup>68</sup> en coordinación con el CPMI.

En este documento se definen y describen las características de diseño de las plataformas multilaterales, se analizan sus costos junto con los beneficios potenciales y cómo podrían aliviar las fricciones de pagos transfronterizos. Para ello se analizan como alternativas,

---

<sup>66</sup> Pvp es un mecanismo de liquidación que asegura que la transferencia definitiva de una moneda si y solo si tiene lugar la transferencia definitiva de otra moneda, eliminando el riesgo de que la entidad financiera entregue la moneda vendida pero no reciba la comprada (riesgo de principal).

“Los acuerdos de Pvp no garantizan la liquidación puesto que, bajo tales acuerdos, la transacción será liquidada sólo si la entidad financiera y su contraparte pagan el monto correcto. Si la contraparte no paga el monto correspondiente, la entidad financiera recibirá nuevamente la moneda vendida, contando así con protección contra el riesgo de principal. No obstante, no obtendrá la moneda que quiere comprar, por lo que estará sujeta a los riesgos de liquidez –por el monto total en esa moneda– y de costo de reposición” (Conf. BCRA T.O. “Gestión de riesgos asociados a la liquidación de operaciones de cambio”, punto 3.1.2).

<sup>67</sup> En inglés “*Exploring multilateral platforms for cross-border payments*”. Disponible en inglés en el sitio del BIS a través del link <https://www.bis.org/cpmi/publ/d213.htm>.

<sup>68</sup> El Consejo de Estabilidad Financiera, es un organismo internacional que monitorea y hace recomendaciones sobre el sistema financiero global. Fue fundado en el 2009 como sucesor del Foro de Estabilidad Financiera (FSF). En la Cumbre de Pittsburgh, los Jefes de Estado y de Gobierno del G20 aprobaron la Carta original del FSB del 25 de septiembre de 2009, que establece los objetivos y el mandato del FSB, así como la estructura organizativa. Reúne a los principales responsables de la formulación de políticas de los ministerios de finanzas, los bancos centrales y las autoridades de supervisión y regulación de los países del G20, además de otros cuatro centros financieros clave: Hong Kong, Singapur, España y Suiza. Además, incluye organismos internacionales, incluidos los emisores de normas y organismos regionales como el Banco Central Europeo y la Comisión Europea. El FSB no es una organización basada en tratados. Las políticas acordadas por el FSB no son legalmente vinculantes, ni pretenden reemplazar los procesos regulatorios nacionales y regionales normales. En cambio, el FSB actúa como un organismo coordinador, para impulsar la agenda política de sus miembros para fortalecer la estabilidad financiera. Establece políticas acordadas internacionalmente y estándares mínimos que sus miembros se comprometen a implementar a nivel nacional. Para mayor información ver, <https://www.fsb.org/about/>

aumentar el alcance de una plataforma multilateral ya existente (enfoque de crecimiento) o establecer una nueva plataforma multilateral (enfoque greenfield), estableciendo sus características, ventajas y desventajas.

#### b.1) Ventajas y desventajas de las plataformas

Entre los distintos aspectos abordados podemos destacar la enunciación de las ventajas y riesgos en todos los tipos de plataformas multilaterales

Entre las ventajas de las plataformas multilaterales se mencionan:

- a) Una nueva plataforma multilateral sin partes preexistentes ni dependencias anteriores aborda directamente la fricción de las plataformas heredadas, ya que brinda la oportunidad de utilizar la última tecnología.
- b) La reducción de los costos de financiamiento en múltiples monedas.
- c) El acortamiento de las cadenas de transacciones en la medida en que permitan a los participantes enviar y recibir pagos directamente en lugar de transmitir pagos a través de múltiples intermediarios.
- d) Que los proveedores de servicios de pago (bancos esencialmente) que participen en la plataforma puedan ofrecer servicios transfronterizos en forma directa sin establecer corresponsalías ni expandirse a múltiples jurisdicciones y/o participar en varios sistemas de pago nacionales.
- e) La plataforma podría proporcionar herramientas integrales de monitoreo y detección de transacciones para agilizar los procesos de cumplimiento utilizando una visión general más amplia de la cadena de transacciones.
- f) Las plataformas multilaterales, en particular aquellas con un alcance global previsto, pueden optar por operar casi las 24 horas del día, los 7 días de la semana, los 365 días del año desde el principio para evitar cualquier posible desajuste de las horas de funcionamiento entre zonas horarias.

Como riesgos más importantes se mencionan:

- a) Jurídico:  
El riesgo legal es el riesgo de una aplicación inesperada de una ley o reglamento y también puede surgir si la aplicación de la ley es incierta.  
Las plataformas multilaterales pueden encontrar que sus jurisdicciones participantes tienen diferentes protecciones para conceptos legales como la firmeza de la liquidación y la compensación. También las leyes y reglamentos que rigen el acceso a los sistemas de pago varían según las jurisdicciones.  
Otros inconvenientes o barreras que se pueden presentar son los controles sobre las inversiones extranjeras directas y las tenencias de moneda extranjera por parte de los residentes, particularmente cuando se trata de múltiples monedas.  
A todo ello se suma que los cambios en las leyes de las diversas jurisdicciones en las que opera una plataforma multilateral (o en las que se encuentran sus participantes) podrían cambiar la evaluación del riesgo legal de una plataforma.
- b) Operativo:

El riesgo operativo se relaciona con las deficiencias en los sistemas de información, los procesos internos y el personal, las interrupciones o los ataques cibernéticos, que dan como resultado la reducción, el deterioro o la interrupción de los servicios prestados por una infraestructura de mercado financiero (IMF)<sup>69</sup>, en este caso la plataforma común que se este utilizando.

c) Financiación ilícita:

Todos los sistemas de pago corren el riesgo de ser utilizados para la financiación ilícita, incluido el blanqueo de capitales, la financiación del terrorismo y la evasión de sanciones y las plataformas multilaterales, como una modalidad de sistemas de pagos donde participan muchos tipos de entidades, se encuentran expuestas a estos riesgos.

d) Cambiario y de liquidez:

Puede suceder que la volatilidad de una moneda provoque una variación inesperada en los tipos de cambio y que esa variación provoque que los participantes no puedan responder con los pagos acordados en la moneda pactada. Asimismo, la capacidad de una plataforma multilateral para gestionar el riesgo de liquidez puede verse limitada en relación con determinados sistemas nacionales. Por ejemplo, debido a restricciones legales u operativas locales.

Para mitigar estos riesgos, en el informe se sugiere que en una plataforma unilateral se puede optar por efectuar las liquidaciones a través de unas pocas monedas muy líquidas<sup>70</sup>.

e) Comercial general

Este riesgo se relaciona con los costos de plataforma y, por consecuencia, con su viabilidad como negocio en marcha. Los grandes costos iniciales y la falta de una gran red de participantes podrían dificultar el lanzamiento de una nueva plataforma multilateral.

## b.2) Conclusiones del informe

Luego de un exhaustivo tratamiento del tema se concluye las plataformas multilaterales podrían desempeñar un papel clave para aliviar las fricciones de los pagos transfronterizos y lograr los objetivos globales de costo, velocidad, transparencia y acceso. Sin embargo, los riesgos, las barreras y los desafíos podrían limitar su potencial o incluso dificultar su funcionamiento.

Al respecto es de mencionar que en el punto 5 del informe se indica que cualquier decisión o acción para aumentar el papel de las plataformas multilaterales debe basarse en una consideración prudente de todas las ventajas y desventajas pertinentes, incluidos no solo los riesgos adicionales relacionados con los sistemas nacionales, sino también el alcance total de los beneficios y riesgos relacionados con los sistemas transfronterizos existentes.

---

<sup>69</sup> Una IMF es un sistema multilateral que reúne a las instituciones participantes, incluido el operador del sistema utilizado, con la finalidad de compensar, y liquidar pagos y valores Conf. T.O. del BCRA al 25/11/21 sobre “Principios para las infraestructuras de mercado financiero”.

<sup>70</sup> Ver punto 4.4 del informe.

En las conclusiones se recomienda una mayor participación del sector público de los diferentes países para ayudar a abordar algunos de los riesgos, barreras y desafíos que se puedan plantear. Especialmente en la fase inicial, donde una nueva plataforma multilateral requerirá un liderazgo público decisivo

También se recomienda que las autoridades realicen trabajos analíticos, experimentales y de políticas sobre nuevos acuerdos de pago para mejorar la comprensión de las eventuales mejoras técnicas que se podrían realizar. Entre los ejemplos que se mencionan para estas actividades se encuentran expandir una plataforma multilateral existente a jurisdicciones, monedas y participantes adicionales, o construir una nueva plataforma multilateral para pagos rápidos entre monedas o pagos de CBDC en una región específica o globalmente

Otro aspecto que se menciona es el intercambio de información y experiencia entre las partes interesadas para obtener una comprensión más profunda de los elementos clave a tener en cuenta para mejorar las plataformas multilaterales existentes o para el desarrollo de las nuevas.

## **VI.- EL FUTURO – ALGUNAS CONSIDERACIONES**

### **1) El camino a la convergencia.**

Nos encontramos ante fuertes cambios en el sistema financiero que se están produciendo a partir de la combinación de distintos factores como la innovación tecnológica, el desarrollo de los medios de comunicación, la rápida y constante aparición de nuevas alternativas para realizar operaciones electrónicas y la evolución de las conductas de la sociedad.

En este último caso, se pueden mencionar el descenso del uso del efectivo en algunos países, la búsqueda de nuevas alternativas a las ofrecidas tradicionalmente por los bancos y el mayor empleo de los criptoactivos para distintas funciones<sup>71</sup>. Pues, más allá de la volatilidad que pueden tener estos últimos o los múltiples inconvenientes y peligros que generan, su crecimiento es exponencial.

En este sentido, se ha considerado que el desarrollo de las CBDC es una manera de agilizar las redes de pago tradicionales y brindar una mayor transparencia en las transacciones minoristas, mayoristas y transfronterizas<sup>72</sup>. A ello debemos agregar que en forma paralela existe una carrera por el liderazgo de las monedas digitales (la moneda digital que tenga más aceptación podría convertirse en la moneda de referencia) y la necesidad de no perder

---

<sup>71</sup> Entre los ejemplos nuevas alternativas para realizar operaciones con criptomonedas, encontramos la que brinda Mercado Pago a sus clientes de Brasil, México y Chile, quienes tienen la opción de comprar y vender las criptomonedas bitcoin (BTC) y ethereum (ETH) a través de la app de este prestador de servicios de pago.

<sup>72</sup> Conf. lo indicado en la introducción del informe presentado en noviembre 2022 por Digital Dollar Project (DDP) y Depositary Trust & Clearing Corporation (DTCC) sobre los resultados obtenidos en la prueba piloto sobre liquidación de valores ““Digital Dollar Project and DTCC: Security Settlement Pilot - Exploring Post-Trade Security Settlement with a U.S. Central Bank Digital Currency”). Disponible en inglés en [www.dtcc.com/-/media/Files/Downloads/WhitePapers/DDP-DTCC-Pilot-Report.pdf](http://www.dtcc.com/-/media/Files/Downloads/WhitePapers/DDP-DTCC-Pilot-Report.pdf)

el control de los medios de pago por parte de los bancos centrales frente al incremento en el uso de los criptoactivos estables (*stablecoins*) que podrían pasar a ser el actor principal de los pagos digitales.

Sin embargo no debe dejarse de tener en cuenta que, la regulación de los criptoactivos y el desarrollo de las CBDC podría generar un enorme poder de quien los administre o de las autoridades supervisoras, con sus consecuentes riesgos, y comprometer potencialmente la privacidad.

Tengamos presente por ejemplo, que en una CBDC, como no se puede ver físicamente la moneda, será necesaria la intervención de un tercero (función que cumpliría un Banco Central) para validar la moneda digital y que ese tercero tendría que tener acceso a la información de los participantes. ¿Qué pasaría si el intermediario fuera hackeado?

Al mismo tiempo, el tercero intermediario, además de la operación en curso, podría rastrear todas las operaciones anteriores realizadas con esa moneda (trazabilidad) o, como consecuencia de sus facultades de validación, hasta podría bloquear pagos para determinadas operaciones o limitarlos fijando así cuando y para que se pueden utilizar las CBDC, atentando de esta manera contra la libertad de elección de los ciudadanos. Por ello, será muy importante su regulación siendo recomendable la sanción de leyes y no solo reglamentaciones administrativas.

Otro aspecto a considerar sería la eventual desconfianza hacia los Bancos Centrales por su facultad de emitir moneda sin límites claros. Este aspecto podría hacer fracasar la aceptación de la CBDC por el público en general.

Dado el nivel de desarrollo en la actualidad, es posible aventurar como un futuro probable la desaparición paulatina del dinero físico y su reemplazo por las CBDC o por criptomonedas (en particular los *stablecoins*). En nuestro parecer no sería prudente que esta evolución lleve a la eliminación del dinero físico por las razones sociales y culturales antes mencionadas. Las CBDC y las criptomonedas pueden ser otra alternativa como medio de pago pero no la única. No se trata de disminuir las distintas alternativas para realizar operaciones sino de generar nuevas alternativas seguras sobre las que se pueda optar.

Por otro lado, no podemos dejar de tener en cuenta que gran parte de los habitantes del mundo no utilizan criptoactivos o no están bancarizados y que el reemplazo del dinero físico puede dificultar el pago o cobro a los sectores mas precarios, las ventas al menudeo y las operaciones de bajo valor. También, dentro del factor social, podemos incluir aspectos culturales de distinto tipo (por ejemplo, considerar al dinero físico como una reserva de valor) o las habilidades digitales bajas, que dificultan la aplicación de medios digitales pago (personas mayores por ejemplo).

A su vez, la fuerte evolución de la economía hacia sistemas de intercambio globales ha acentuado la necesidad establecer reglas comunes (supranacionales) que permitan un desarrollo armónico de la economía mundial y que la consideren como un sistema integrado. Por ello, el nivel de armonización jurídica juega un papel relevante.

El propio Banco de Pagos Internacionales confirma en su informe de enero del 2023, citado anteriormente, que cualquier decisión para aumentar el papel de las plataformas multilaterales debe basarse en una consideración prudente de todas las ventajas y desventajas pertinentes, incluidos no solo los riesgos adicionales relacionados con los sistemas nacionales, sino también el alcance total de los beneficios y riesgos relacionados con los sistemas transfronterizos existentes.

Frente a estas situaciones disruptivas que marcan una nueva dimensión de la actividad económica, nos encontramos ante la disyuntiva de aunar los esfuerzos para alcanzar una regulación jurídica que comprenda esta nueva dimensión a través de normas supranacionales prudentes, surgidas de la aplicación de distintas técnicas de unificación jurídica (el *softlaw* por ejemplo). Normas supranacionales que permitan al sistema financiero evolucionar a la par de los nuevos desafíos.

**El mayor éxito o fracaso de este conjunto de normas dependerá del grado de confianza que puedan generar y de su aplicación efectiva a nivel local (respetando sus matices) y transfronterizo.**

A título de esbozo, creemos que estas normas deben partir de tres principios que facilitan el tráfico comercial desde antaño y que deben mantenerse en un justo equilibrio: a) Rapidez (celeridad) en la concreción de las operaciones. b) Certeza en la existencia misma del negocio jurídico y en sus alcances. c) Seguridad entendida como la certidumbre sobre las consecuencias jurídicas de las acciones pasadas, presentes y futuras de los hombres. A ello, deberá aplicarse el mayor respeto posible a la privacidad de las operaciones pues, a menor privacidad probablemente habrá mayor rechazo a utilizar estas monedas.

Asimismo, para la aplicación efectiva de las normas supranacionales será necesario lograr el consenso, que únicamente podrá ser conseguido a través de la sanción de leyes locales que adhieran a estas normas expresamente o donde se establezca un marco normativo general.

Principios a los que deberá agregarse el mayor respeto posible a la privacidad de las operaciones pues un CBDC o una *stablecoin* podrán ser rastreados por estar en una red y eso provocaría el rechazo de muchas personas a utilizar estos medios. Por el contrario, cuanto más se asegure la privacidad mas fuerte será el criptoactivo o la CBDC.

## **2) La República Argentina, un rompecabezas para armar**

En la República Argentina, si bien se han presentado varios proyectos de ley, la regulación nacional actual es de carácter reglamentario e, incluso, con distintos criterios administrativos.

Las leyes sancionadas por Misiones y de San Luis son insuficientes pues su localía.

A su vez, no podemos llegar a un criterio común sobre la naturaleza jurídica<sup>73</sup> de los criptoactivos, pues su variedad es muy amplia. ¿Es dinero, un título valor u otro tipo de activo?

En principio, entendemos que en algunos supuestos nos encontramos frente a la evolución del concepto tradicional del dinero. Pero creemos que, más allá del criterio doctrinario al que podríamos adherir, es de significativa importancia el dictado de una ley donde se fije un marco regulatorio básico y los organismos a cargo de la supervisión y regulación.

Para ello, sería recomendable tener en cuenta la definición del GAFI sobre criptoactivos, lo dispuesto en el “Reglamento sobre los Mercados de Criptoactivos” (MICA) y la recomendación sobre la insolvencia del custodio (Principio 13) en el borrador presentado por UNIDROIT junto con las experiencias internacionales antes descriptas.

De hecho, una regulación nacional permitiría dar un marco general que sirviera como guía tanto para las operaciones que se pudieran realizar en el país como para las leyes provinciales donde se disponga la creación de criptoactivos o se los habilite como métodos alternativos de pago (por ejemplo, la provincia de Mendoza desde agosto del 2022 para cancelar los tributos provinciales).

Por último, también resultaría de suma importancia determinar las funciones de los organismos de regulación y supervisión teniendo en cuenta las distintas funciones que pueden tener los criptoactivos y evaluar una posible modificación a los artículos 30 y 31 de la Carta Orgánica del BCRA si se tuviera la intención de emitir monedas digitales (CBDC) en el futuro.

---

<sup>73</sup> Sobre el particular se pueden consultar, entre otros autores, Mora, Santiago J, "*Monedas virtuales. Una primera aproximación al Bitcoin*", LA LEY, 2016-A, 717. Cita online AR/DOC/3860/2015 y Fernández Madero, Nicolás, Recondo, María, Minerva, Diego N. y Krüger, Cristian, "*Oferta pública de archivos digitales*", La Ley 2019-D, Enfoques 2019 (julio), 106 • RDCO 298, 1293, Cita: TR LA LEY AR/DOC/2111/2019; Fernández Madero, Nicolás y Minerva, Diego N., "*Stablecoins: Dólares digitales*", RDCO 304, pág. 3 y sigtes., sept-octubre 2020 y Favier Dubois, Eduardo M. "Naturaleza jurídica de las criptomonedas y sus consecuencias", elDial.com, biblioteca jurídica online, Suplemento de Derecho Empresarial del 29/10/2021, disponible en <http://favierduboisspagnolo.com/trabajos-de-doctrina/derecho-comercial/naturaleza-juridica-de-las-criptomonedas-y-sus-consecuencias/>



## **“Exclusión del cómputo de las mayorías del acuerdo preventivo concursal y cuestión de género”**

**-a propósito del antecedente de la CNCom Sala F “G.B., M.L. s/ concurso preventivo”-  
por Darío J. Graziabile**

*No es más que un placer y un enorme honor participar en este homenaje al Dr. Héctor Alegria.*

*Y si bien muchos ya conocen esta anécdota, es agradable compartirla aquí, para quienes, no.*

*Me conocí con al maestro de una manera peculiar, y por ello, le estoy siempre agradecido.*

*A principio del año 2002, cuando apenas tenía publicados un par de artículos en la antigua revista Doctrina Judicial, publico en la misma, un comentario sobre la ley 25.563, aquella fallida ley de emergencia que debió ser modificada a los pocos meses. Se trató de un comentario, con el vigor que uno tiene en sus primeras y jóvenes publicaciones, tratando de llamar la atención de aquellos que verdaderamente saben del tema. A los pocos días de salido el artículo, recibo un llamado telefónico en mi casa en Bahía Blanca. Atiende mi esposa y me dice, “es el Dr. Alegria”, por supuesto que creí que era una broma, pero no, era el mismísimo maestro. No me acuerdo mucho de que hablamos, estaba medio shockeado, pero recuerdo que me halagó por el artículo, seguramente más de lo merecido y que luego me dijo que me iba a citar en el comentario que estaba preparando sobre la misma ley. Dos cosas que pintan al maestro generoso que todos conocemos, una leer a un desconocido y otra citarlo.*

*Luego de este momento seguimos en contacto, pero siempre por teléfono, hasta que nos conocimos personalmente, casi 5 años después, en la calle, en Rosario, y ahí viene la segunda parte de la anécdota.*

*En 2006, en el Congreso de Rosario, cuando estaba yendo a la apertura del mismo, a la vuelta de la Bolsa de Comercio, donde se realizaba el inicio del evento, me para un señor y me pregunta, “¿sabe dónde queda la Bolsa de Comercio?” y le digo, “Dr. Alegria” y él contesta “Dr. Graziabile”, claro, nos*



# DECONOMI

*conocíamos las voces, pero no las caras. En aquella época no existía la posibilidad aun de googlear y conocer a alguien por fotos, o no era lo suficientemente común. Y allí, una más, me dice “entre conmigo así lo presento”, y bueno, allí conocí a unos cuantos otros amigos actuales.*

*Así que, maestro, infinitamente gracias.*

## I. INTRODUCCIÓN

Hace no mucho tiempo hemos tomado conocimiento de un fallo de la CNCom, sala F, que toca un espinoso e importante tema de actualidad como es la exclusión de un acreedor concursal del cómputo de las mayorías del acuerdo preventivo, principalmente desde una perspectiva de género.

Se trata de una cuestión que ha preocupado mucho al Dr. Alegria, quien temía el problema que producía la ley tan cerrada en el tema frente a la realidad jurídica. En alguna oportunidad ha afirmado, que la taxatividad legal, en relación a lo que antes se llamaba exclusión de voto, no era un *numerus clausus*, sino que había que analizar cada caso en particular, sosteniendo que no debe reconocerse el derecho de voto a aquel que tenga un interés relativo a su vinculación con el deudor que pueda influenciar decisivamente sobre el resultado del acuerdo. Reconociendo también, que ello ha hecho que las diferentes leyes hayan ampliado los supuestos de exclusión, anteriormente reconocidos por la jurisprudencia.

En otras palabras, ante una situación no prevista por la ley, los jueces podemos consentir la situación en relación a no estar prevista por la regla o por el contrario buscarle una solución, pero siempre con un norte normativo no pudiendo ser antojadizo, la *ratio legis* de la exclusión debe ser el fundamento de las previstas jurisprudencialmente. Ello porque los jueces, no podemos ejercer competencia legislativa, sino que debemos decidir de manera justa, argumentando con el fundamento basado en la ley, principio general del derecho.

Ya no hay dudas de que la orientación actual busca dejar de lado la taxatividad de la ley, aplicando normas de derecho común y excluir del cómputo



de las mayorías, otros supuestos abusivos del deudor a través de los acreedores complacientes, pero hay una más peligrosa orientación que se basa en la abusividad del acreedor hostil, casos que no se encuentran previstos expresamente por la ley en ningún supuesto, por lo que no formarían parte de su fundamento, por lo que su exclusión sería aún más excepcional, debiendo ser mucho más cuidadosa la argumentación judicial para producirla.

También queda fuera de discusión que hay que abrir el abanico legal de las exclusiones, pues atento a la restricción interpretativa que imponen las normas prohibitivas de este tipo, parecería imposible con el actual texto legal que el juez pueda resolver como correspondería. En general, la doctrina y jurisprudencia admiten los casos de acreedores que no tienen libertad para rechazar el acuerdo y las de aquellos que pueden llegar a obstaculizar la obtención de las mayorías de manera irrazonable o abusiva.

Lo cierto es que estas cuestiones no pueden ser resueltas en abstracto, sino que debe analizarse cada caso en particular, recordando que la exclusión es una excepción, siendo la regla la participación en la conformación del acuerdo de todos los acreedores verificados y declarados admisibles en la oportunidad del art. 36 LCQ.

## II. **RATIO LEGIS DE LAS EXCLUSIONES**

Nadie discute que se está ante una situación de excepción, y en principio, la ley debe interpretarse como taxativa en este punto y con un criterio de restricción que debe imperar; no podrá extenderse la prohibición legal a otros supuestos no previstos legalmente. La interpretación restrictiva de los supuestos no permitiría aplicar la analogía. Ello, sólo en principio, para los supuestos comunes u ordinarios que se pueden presentar en un concurso preventivo.

No desconozco que esa es la interpretación ineludible que surge *de lege lata*, pero atendiendo a la historia jurisprudencial que fue admitiendo otros casos de exclusiones no contemplados legalmente, los que dieron lugar a que las posteriores reformas concursales los incluyeran dentro de las prohibiciones,



# DECONOMI

y atendiendo a que la ley actual también falla al respecto, sería conveniente *de lege ferenda* se deje un margen discrecional al juez para resolver al respecto cuando la participación en el cómputo de las mayorías se vea afectada, ya sea por la conveniencia personal del acreedor en que el deudor logre el acuerdo, o por la renuencia de aquél a prestar conformidad en virtud del ejercicio desleal de la competencia, a fin de lograr siempre la imparcialidad.

A ello debe sumársele la verdadera imprecisión legislativa que en varios casos no ha llevado a aplicar la analogía por compartir la misma *ratio legis* (vgs. caso del conviviente). Atento que la realidad avanza mucho más rápidamente que la legislación que le va de atrás, pareciera que en este supuesto para no violar la legalidad del art. 45 LCQ, debiera disponerse una norma abierta. Entonces como excepción, en casos especiales, la norma pierde su taxatividad y se convierte en una previsión abierta meramente enunciativa.

En la primera hipótesis excepcional, cerrada la legitimación para participar en la conformación del acuerdo por la sentencia del art. 36 LCQ, lo que el juez concursal podrá ponderar, al momento de decidir sobre la homologación del acuerdo (art. 52 inc. 4º LCQ), es la existencia de “voto complaciente” y no homologar el acuerdo en resguardo del derecho de los acreedores por existir lo que la norma denomina como fraude a la ley. Pero también preocupa, como otro supuesto, el tema del llamado “acreedor hostil” o el acreedor con interés contrario al concurso, donde en protección del concursado debiera evitarse el abuso del derecho (art. 10 CCivCom) o un acto de arbitrariedad, aunque dicha evaluación judicial debe ser no sólo muy estricta sino excepcional para no convertirse en una decisión *contra legem*.

La forma de dejar de lado la taxatividad de la norma prohibitiva y ampliarla es analizada el supuesto en relación al ordenamiento jurídico en su totalidad, por lo que lleva a exorbitar el régimen concursal, en casos donde la cuestión es ostensible y manifiesta. También debe evitarse que el juez se convierte en legislador, y debe ponderarse el derecho del acreedor –no excluido por la norma- por sobre el del deudor que pretende su exclusión. Es preferible permitir una maniobra espuria, que el deudor pudo neutralizar de otra manera, a excluir a un acreedor cuya situación es dudosa y privarlo de un derecho inherente a su crédito.



# DECONOMI

Es más que claro que el *numerus clausus* legal defeca frente a la realidad fáctica. El fundamento de la exclusión no prevista legalmente, cuando se la admite excepcionalmente como lo viene haciendo cierta jurisprudencia, debe encontrarse en el interés del concurso en su conjunto, independientemente del interés personal del deudor y del acreedor involucrado, lo contrario desvirtúa el sistema e impone ajustarse a la taxatividad legal. En otras palabras, si bien la ley no prevé el caso expresamente, el supuesto debe estar incluido en la *ratio legis* de la norma, que impone la exclusión del cómputo del voto complaciente o en su caso del acreedor hostil.

La verdad es que, en estos supuestos, los hechos se desarrollan por sobre la ley, es decir que la inventiva y las nuevas situaciones que se presentan no pueden ser de antemano previstas y prohibidas por el legislador, eso hace que la taxatividad de las prohibiciones previstas en la norma, de la manera en que está planteada, cae en saco roto. A ello debe adunarse la tendencia a flexibilizar la normatividad de sistema y dotar a los jueces de facultades en la aplicación del derecho positivo, sin embargo, esto encuentra otro valladar que es más difícil de flanquear y ya no es la enunciación del texto legal sino el hecho de que se trata de una posición prohibitiva que debe estar expresamente prevista, máxime cuando la *ratio legis* es permitir, en principio, la participación de todos.

Los casos previstos por la ley de manera expresa, son todos referidos a lo que se llama acreedores complacientes, es decir aquellos que defectiblemente prestarán conformidad al acuerdo, es decir que jurisprudencialmente, frente a tal circunstancia, no sería muy difícil excluir un acreedor complaciente no previsto por la ley, el caso paradigmático es el de la controlante que está previsto por la ley, que fácilmente puede extenderse a la controlada, no incluido en la norma. De la misma manera que el controlante formará dar conformidad para obtener el acuerdo de su controlada, formará la voluntad de esta, para que preste conformidad en el caso de que el concursado sea el controlante. En definitiva, todos los supuestos de control societaria se tratan de acreedores complacientes, excluidos por la *ratio legis* de la regla legal.

Por el contrario, la ley no prevé las situaciones que se conocen como acreedor hostil o con interés contrario y eso es fundamental, porque



# DECONOMI

generalmente el acreedor concursal tiene un interés contrario a su deudor, salvo caso el supuesto de ostensible abuso de su posición.

En la ley se trata de todos casos de acreedores complacientes o connivientes, es decir que la exclusión viene impuesta en tutela de la minoría disidente. Todas las exclusiones previstas expresamente por la ley llevan una estrecha vinculación palpable, ostensible y manifiesta entre deudor y acreedor, ya sea por cuestiones personales o por cuestiones societarias. Se entiende que todos ineludiblemente serían acreedores que prestarían conformidad a cualquier oferta de acuerdo que haga el concursado. Y sin dudas la connivencia es el fundamento de la norma.

Entonces, la *ratio legis* actual es la exclusión del acreedor complaciente y no así neutralizar la participación del acreedor con interés contrario a la concursada.

En dicho orden no se excluyen los casos de acreedores en competencia desleal con la concursada, entre otros casos de acreedores en interés contrario, o también el supuesto de exclusión de la AFIP. Estos casos de exclusión no se constituyen ya en interés de la minoría disidentes, sino en exclusivo beneficio del deudor o en su caso, a la minoría de acreedores que prestaron conformidad al acuerdo.

Hay que reconocer, que en algunos varios casos prácticos que han abundado últimamente en nuestra justicia, los concursados han usado valiosos artilugios buscando la exclusión del cómputo de las mayorías de aquel acreedor que, de ante mano saben que no va a presentar conformidad a la propuesta que se le haga por tener un interés contrario al de la concursada y pretende ante todo que la misma caiga en quiebra. Bajo el pretexto de que el acreedor desempeña una conducta ilegítima y hasta abusiva con la sola intención de impedir el acuerdo, y frustrar el concurso preventivo para que su deudor quiebre, se pretende la exclusión del cómputo de las mayorías.

Es más que claro que el supuesto de acreedor hostil no viene previsto por la ley y no puede entenderse contenido en su *ratio legis*, porque en todo caso, el concursado debe neutralizar la negativa de la conformidad antojadiza de un acreedor a través de la categorización o buscando en su caso, si ello no fuese



suficiente cuanto menos para lograr las mayorías en la clase donde se incluyó este acreedor, promover que el juez imponga el acuerdo en los términos del art. 52 inc. 2º apart. b LCQ.

La verdad es que entender la cuestión en relación al abuso del derecho para el acreedor que no preste conformidad, por la razón que sea eso no le conviene, provoca una limitación concreta del derecho a voto de dicho acreedor, el cual, debe ser reconocido en forma amplia y las excepciones deben ser estrictamente admitidas. Los intereses ajenos al concurso no se constituyen en un supuesto de exclusión y ni cerca se encuentra de la *ratio legis* supresora de la ley actual. Además, el deudor se relacionó económicamente con su acreedor con interés contrario y no puede pretender luego sacarlo de la negociación del acuerdo. De la misma manera que tiene derecho a prestar la conformidad, lo tiene para negarla. Lo contrario abriría la puerta a la arbitrariedad y bombardearía constantemente la seguridad jurídica, ya muy vapuleada en nuestros tiempos. Ello sin perjuicio de que la misma ley admite estas prácticas, pues de alguna hostilidad crediticia debemos hablar cuando los acreedores pretenden por un lado o tomar el control de la concursada capitalizando sus créditos (art. 43, 2º párr. LCQ) o incluso apropiarse de ella a través del sistema del salvataje (art. 48 LCQ).

### III. FUNDAMENTOS DEL FALLO EN CUESTIÓN

Adelanto que no comparto la decisión, en especial los fundamentos de la solución dada, aunque de alguna manera comprendo la resolución, aunque seguramente la cuestión, debieron pasar por otros tópicos más adecuados a los que refleja la realidad concursal y los elementos fácticos que pueden verse en la sentencia.

#### 1. Exclusión de la conformación del acuerdo por ser acreedor hostil





# DECONOMI

En lo medular y central, el fallo referido excluye del cómputo de las mayorías del acuerdo a un acreedor hostil, principalmente por cuestiones de género, atento tratarse de una deudora mujer y un acreedor varón, entre otras argumentaciones tangenciales.

Dejando la cuestión de género para más adelante, analizaré primero algunos fundamentos dados para sostener la exclusión, donde se entiende que “la negativa cerril del ex letrado de la concursada trasluce -cuanto menos- una actitud abusiva de su parte, que no merece respaldo jurisdiccional (arg. art. 10 CCyCom.)”. Aunque no puede haber duda alguna de que la negativa a prestar conformidad a una propuesta de acuerdo, sea por las razones que sea, es una potestad exclusiva del acreedor concursal, incluso con el sólo fin de llevar a la quiebra a su deudor, y ello no se constituye en un abusivo ejercicio de tal derecho, sino de una clara posibilidad legal.

Argumentan los jueces para sostener ello, que “más allá de la negativa formal efectuada por el acreedor en cuestión sobre las diversas aseveraciones efectuadas por la deudora, lo cierto es que no puede dejarse de lado que nos encontramos frente a una mujer -la deudora-, ciertamente abogada y con trabajo estable..., quien en su hora confió, al menos en el ámbito profesional, en el Dr. B. para efectuar ciertos reclamos contra su ex cónyuge, en los que no se habrían obtenido los resultados esperables y cuyo trámite se encontraba atrasado, lo que conllevó hacia fines del año 2015 a la revocación del poder en su hora otorgado; siendo luego demandada en un juicio ejecutivo en base a cierto reconocimiento de deuda que habría sido firmado en el año 2016, en el cual fue condenada, encontrándose actualmente en trámite un juicio ordinario de nulidad de acto jurídico referido a ese documento”. Esto, como situación fáctica concursal, es algo más que común y cotidiano, en el ámbito tribunalicio. Lo que quizás no sea tan ordinario, y juega en contra a los fundamentos expuestos, es que tanto acreedor como deudor, sean profesionales de la abogacía, porque esa experticia le da a la deudora una posición privilegiada, a los fines de entender la situación jurídica transitada judicialmente, por supuesto con una gran diferencia, de si se tratara de un cliente lego.

A ello el tribunal agrega que “no puede obviarse la conducta asumida en el trámite por el Dr. B. quien luego de la apertura del concurso preventivo...



# DECONOMI

apeló dicho decisorio ... y señaló que: "... el concurso fue presentado al sólo fin y efecto de dilatar -sin ningún otro propósito- el pago de mi crédito; ... el resto del teórico pasivo fue generado al sólo fin y efecto de "justificar" la existencia de más acreedores y forzar la apertura del concurso que aquí estoy cuestionando... vaya a saber uno que más "inventará" y/o sumará a su fábula ya desenmascarada en sede Civil y Penal, luego que concluya este expediente, para patear la pelota hacia adelante...". Y agregó ... "De más está decir que la Dra. G. B., de continuarse esta verdadera "aventura procesal", no llagará -jamás- a las mayorías de ley". Concluyen que "se trasluce que el Dr. B. ha adoptado en este proceso concursal una conducta hostil, siendo que desde el inicio de este proceso adelantó su oposición a la tramitación de este concurso y el rechazo a cualquier propuesta (aún sin saber los términos de la misma), pretendiendo sustraerse de un procedimiento que es lícito, habiendo en su hora la concursada confesado su estado de cesación de pagos, habiéndose reconocido varios otros acreedores, persiguiendo únicamente -además, claro está, de saldar su pasivo en los términos propuestos- resguardar el inmueble donde habita con sus hijos menores de edad.... Por todo lo dicho, entendemos entonces que la conducta del mencionado acreedor ha sido desplegada hostil y abusivamente con miras a impedir la obtención de las mayorías necesarias para el acuerdo y con ello frustrarse la solución preventiva.". El acreedor hizo lo que todo acreedor hace en un concurso preventivo y lo hace más patente aquél acreedor que tiene un importante crédito a cobrar y que vio frustrado su cobro ejecutivo por el concursamiento de la deudora. Todo acreedor en un concurso busca cobrar la mayor parte de su crédito en el menor tiempo posible, lo que generalmente se produce, evitando el juicio universal manteniendo la preferencia de la acción individual, más allá de que exista o no estado de cesación de pagos. Con esa peligrosa posición de los jueces, puede ser excluido el acreedor que se opone al concurso preventivo porque prioriza su acción individual y a todo aquél que se opone al acuerdo porque pretende cobrar su crédito, sin quitas ni espera. Supuesto también que compromete a todo concurso preventivo y a todo acreedor que pretenda defender su crédito ante un deudor concursado.



# DECONOMI

En principio, estos argumentos ensayados en el fallo, permitirían considerar hostiles y excluidos, a un gran número de acreedores concursales, y en algunos casos, a todos.

Luego de introducir la cuestión de género, al pasar exponen un argumento que puedo decir que aparece como anticoncursal, y es el hecho de que, si bien el crédito en cuestión “ha sido declarado admisible y se encuentra en trámite de revisión, por lo que ese derecho está sujeto o condicionado en cuanto a su perdurabilidad a un hecho futuro e incierto que es la eventual desestimación de la demanda de nulidad promovida en su contra por la Sra. G. B. Tal circunstancia tiene incidencia a la hora de decidir, por cuanto esa acreencia está sujeta a una condición resolutoria (arts. 343, 347 y 348 CCyCN)”. Una argumentación contraria a todo principio concursal y al texto expreso de la ley en el último párrafo del art. 36 LCQ donde se dispone que la sentencia dictada en el trámite de la verificación tempestiva, contiene resoluciones que “son definitivas a los fines del cómputo en la evaluación de mayorías y base del acuerdo”, sin perjuicio de la posibilidad de revisión. Es decir que no importa que el crédito no esté definitivamente incorporado al pasivo concursal, siendo suficiente el carácter de admisible obtenido en la sentencia del art. 36 LCQ. Interpretar como lo hace el fallo, es antojadizo y pondría en duda la posibilidad de prestar fehacientemente conformidad todos aquellos acreedores declarados admisibles y sometidos a revisión, principalmente por la concursada, quien con el solo planteo de revisión tendría abierta la vía para pedir la exclusión.

Otra peligrosa argumentación, porque pondría en tela de dudas, la participación en el acuerdo de cualquier acreedor declarado admisible y revisionado por la concursada. Ya la sentencia del art. 36 LCQ no haría cosa juzgada en la conformación del acuerdo, como expresamente lo dispone la ley concursal.

Hasta aquí no advierto en los fundamentos dados por el tribunal, uno válido para justificar exclusión y por el contrario, son explicaciones que llevarían o posibilitarían la exclusión de cualquier acreedor en cualquier concurso, algo muy arbitrario para que sea avalado por la jurisprudencia ya que permitiría soluciones antojadizas.



# DECONOMI

Luego en la ampliación de fundamentos, se sostiene que “tanto en el supuesto de ‘acreedores complacientes’ como en el de ‘acreedores hostiles’, la situación que se plantea es básicamente la misma: se trata de titulares de acreencias reconocidas en el concurso que resultan claramente diferentes del resto, en el sentido de que no ejercerán su derecho de voto regularmente, de modo libre e independiente...”. Se habilitaría dogmáticamente o de manera abstracta, estas posibilidades de exclusión, pero lo que falta, para darle razones jurídicas a ello, es hacer su análisis en concreto, es decir, si realmente estamos ante un acreedor verdaderamente hostil, en relación a lo que entendemos por ello, dentro de un concurso.

En lo especial del supuesto, no creo que el hecho de que el recupero del crédito del acreedor no sea lo primordial, sino que sería perjudicar al deudor e impedir la homologación de su acuerdo y provocar la posterior quiebra, convierta al acreedor en hostil *per se*, como ya dije está dentro de las potestades de todo acreedor concursal que participa de la conformación del acuerdo preventivo. Además, si el ofrecimiento impone quita y espera de la acreencia y como se ha reconocido en la misma sentencia, que el activo es más importante que el pasivo, claramente no se está ante un acreedor hostil, porque de manera patente busca objetivamente el cobro de su crédito, que entiende cobrará en mayor proporción en la quiebra que lo que se ofrece en la propuesta de acuerdo. Ello más allá de las particularidades que pueda haber en la composición del activo, en principio, desapoderable.

Los mismos fundamentos dados para afirmar la hostilidad del acreedor, juegan en contra y excluyen tal posibilidad. En primer lugar, la apelación de la apertura del concurso preventivo, donde el acreedor ya deja ver que elípticamente no daría conformidad a la eventual propuesta de acuerdo que se le presente, ya que él entiende que el pasivo puede cubrirse con el activo líquido e ilíquido de la concursada. Es decir que exteriorizó que existe, para él, la posibilidad de pago del 100% de su acreencia y todas las que componen el pasivo concursal. Y más allá del reconocimiento de ser, ante el estado de cesación de pagos, el concurso preventivo la herramienta adecuada, ello no cambia y no puede hacer cambiar la creencia, si bien subjetiva, que tiene el



acreedor sobre el asunto, lo que ha hecho ostensible expresamente en el expediente.

No veo más que un supuesto de un acreedor concursal típico, claro que hostil, pero con el grado de hostilidad que encontramos de manera más que común en todos los concursos preventivo y no con las cualidades que se han desarrollado doctrinaria y jurisprudencialmente en rededor de lo que concursalmente conocemos como acreedor hostil.

## **2. Nulidad de la sentencia que es causa del crédito**

Y al final de la exposición de la ampliación de los fundamentos, se hace mención a lo que me parece primordial en el asunto, aunque se lo toma de manera tangencial, teniéndose en cuenta que se menciona individualmente y no en los fundamentos principales expuestos de manera impersonal por los jueces. Es el punto basal para el juzgamiento de la relación jurídica entre concursada y acreedor, y no le encuentro una solución sencilla ni unívoca, por lo menos desde el punto de vista del juez concursal.

Estoy hablando de un hecho nuevo, es decir posterior a la sentencia del art. 36 LCQ, que es la que permite participar al acreedor en la conformación del acuerdo. En el fallo se lo exterioriza afirmando que “la sentencia de primera instancia dictada en sede civil..., decidió declarar la nulidad absoluta del convenio de honorarios... y el posterior reconocimiento de deuda...que la concursada allí solicitó. Es que, en definitiva, tal es la causa en sentido material de la acreencia con la que el acreedor pretende ahora frustrar el éxito de la propuesta concordataria”. Como se afirma, la verificación se sustentó en la sentencia ejecutiva de aquel reconocimiento de deuda, originado en el convenio de honorarios del cual se declaró la nulidad absoluta, por violación del art. 4º de la ley 21.839, que prohíbe hacer pactos de cuota litis sobre temas vinculados a familia y alimentos.

Y como bien se expone, no se discute, “la inescindible vinculación - por sus relevantes efectos- que existe entre el crédito verificado y el expediente



# DECONOMI

civil en cuestión. Ciertamente, a nadie escapa que el crédito del letrado resulta determinante de la suerte de este juicio universal y que, en caso de confirmarse en aquélla sede la nulidad absoluta decidida en primera instancia, ya no tendrá la 'llave de bóveda' del concurso...tanto esto es así que el juez concursal de primera instancia suspendió el incidente de revisión promovido por la concursada a las resultas de la decisión a adoptarse en la causa civil, y que ello no fue objeto de apelación por el acreedor”.

Ahora bien, este me parece el hecho primordial que impone de alguna manera una posibilidad verdaderamente seria de excluir al acreedor, en principio, en el cómputo de las mayorías, por la alta posibilidad o verosimilitud de que el crédito quede definitivamente excluido del pasivo concursal, y no sólo eso, sino la eventual exclusión directa del concurso, desapareciendo su carácter de acreedor concursal. Esto ya no por la existencia de un acreedor hostil, sino por la gran probabilidad de que ese acreedor desaparezca del pasivo concursal.

En verdad hay pasajes de la ampliación de fundamentos que el hecho es tratado como si estuviéramos ante una resolución que ya ha adquirido firmeza, porque “la cerrada posición del acreedor lleva al peligroso escenario de que a futuro pueda, en su caso, declararse eventualmente la nulidad de la sentencia de quiebra por el voto nulo del acreedor –en caso de confirmarse en segunda instancia la nulidad decidida-, con los evidentes efectos perjudiciales que ello traería aparejado tanto para la concursada como para los restantes acreedores concurrentes”. Pero el problema central para resolver la cuestión, es que la nulidad, no está firme, pero se la trata como si lo estuviese, advirtiendo en el relato que no lo está. En otras palabras, no está firme, pero por las consecuencias que pueda haber cuando quede firme, resuelven como si lo estuviera.

Además, se endilga al acreedor una omisión que desde mi punto de vista debió ser atribuida a la deudora que es a la que beneficiaba. Se dice en la ampliación de fundamentos que “no encuentro razonable la actitud del acreedor cuando, habiendo sido dictada una sentencia civil que decidió, en definitiva, la nulidad absoluta de la causa de su crédito, nada dijo en esta sede sobre la posibilidad de suspender el concurso y, por el contrario, guardó absoluto silencio”. Y me pregunto, por qué atribuirle tal actitud al acreedor, cuando la



# DECONOMI

sentencia en sede civil fue favorable a la deudora, a quien, además, beneficiaría la suspensión del concurso, o al menos, del período de exclusividad. Y me hago otra pregunta fundamental, qué beneficio obtendría el acreedor si hubiese asumido la actitud que pretende la alzada haya asumido, denunciando la existencia de la sentencia en su contra.

Más allá de ello, en la realidad, la cuestión llega así al periodo de exclusividad, pero no me caben dudas, de que fundamentalmente la deudora tuvo la oportunidad de ocuparse de un acreedor con estas particularidades, debiendo ser parte de la estrategia concursal. Por un lado, lograr la exclusión del concurso del acreedor y por otro, debió, en principio categorizándolo separadamente, claro que con el conocimiento previo de que no iba a dar conformidad, pero con la posibilidad siempre de imponerle el acuerdo, si los números dieran conforme el art. 52 inc. 2º apart. b LCQ y si no existiese tal posibilidad -como puede advertirse de los antecedentes fácticos- también, frente a la contingencia importante de que la causa del crédito sea declarada nula, antes que dicha decisión judicial adquiera firmeza, pudo suspenderse el tratamiento de la categoría formada por el acreedor único hasta que aquel fallo sea en su caso confirmado o revocado por la alzada y seguirse el trámite del período de exclusividad con el resto de los acreedores que hubieran logrado homologar el acuerdo.

No desconozco que en esto hay riesgos, no lo niego, pero todo corre por cuenta de la estrategia concursal y la existencia de un juez comprometido y activo que vea el problema y busque la solución judicial más conveniente. Si tenemos un acreedor que va a conformar el acuerdo y hay un alto grado de posibilidad de que quede excluido del concurso preventivo, y rechazada, en definitiva, su calidad de acreedor, el juez frente a esa realidad debe tomar la decisión más útil para el concurso.

Si la sentencia queda firme, la solución es sencilla, el acreedor queda excluido del concurso definitivamente, y con él fenece su categoría y su participación concursal. Y si, por el contrario, aquella nulidad fuese revocada, el acreedor quedaría incorporado definitivamente al concurso y a su respecto se continuaría el trámite homologatorio, con un resultado cantado, frente a su negativa a dar conformidad, se declarararía la quiebra, con los efectos respecto de





# DECONOMI

los restantes acreedores como si se tratara de una quiebra indirecta por incumplimiento del acuerdo. Es una consecuencia normal y común en un concurso frente la falta de pago de un crédito, y la disidencia del acreedor, y máxime, cuando es el más importante dentro del concurso preventivo.

Este es el hecho particular, que cualifica al acreedor y constituye la situación en una especial que debe ser tratada particularmente. Es decir, nula la causa del crédito no hay acreedor concursal.

Reconozco también que, en el supuesto, tenemos dos lados de la vara, si triunfa la deudora en la nulidad, triunfa en su concurso, si pierde, arriesga su concursamiento. Es tan hostil la deudora al plantear la nulidad como el acreedor en no dar conformidad al acuerdo, se encuentran ambos dentro del ejercicio de sus derechos. Es claro que frente a la ejecución del crédito la deudora eligió suspenderlo a partir de su concurso preventivo, cuando también pudo optar por su suspensión a través de una medida cautelar a partir del juicio de nulidad. Optar por el concurso preventivo fue el camino elegido y debe desempeñarse en ella con sus beneficios y perjuicios, sin poder pretender valerse de sus favores y soslayar sus detrimentos.

Entiendo que acá está lo medular del tema y ha sido tratado sólo de una manera secundaria, casi al pasar, porque tampoco pareciera que haya sido introducido procesalmente por la deudora como en defensa de sus intereses, lo que de alguna manera ha encorsetado también a los jueces al momento de decidir.

Quizás el concurso preventivo no haya sido la vía óptima para solucionar la cuestión, atento tratarse de un acreedor con un crédito que manejaría el juicio universal, pero electo dicho camino, se han soslayado todas las herramientas a disposición de la deudora para de alguna manera neutralizar a dicho acreedor dentro del concurso, cuando se desconoce el crédito, por el planteo de nulidad de la causa del mismo.

### **3. Especial consideración a la cuestión de genero para considerar la hostilidad**



# DECONOMI

Y como la cuestión no pudo o no se supo superar dentro del ámbito concursal se buscó la elíptica exclusión del acreedor introduciendo la espinosa cuestión de género.

No niego, como se dice en el fallo, “que la obligatoriedad de utilizar la perspectiva de género en el análisis de cada caso surge del mandato constitucional...Constituye una de las medidas especiales destinadas a eliminar la desigualdad fáctica entre hombres y mujeres, a fin de garantizar una igualdad real por sobre lo meramente formal...”. Con ello se busca “modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres con miras a alcanzar la eliminación de prejuicios y prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basadas en la idea de superioridad o inferioridad de cualquiera de los sexos, o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres”. Todas estas se constituyen en reglas para dar soluciones a una realidad que hemos tardado mucho tiempo en reconocer, no sólo desde el ámbito judicial, sino que, en toda la sociedad, y de alguna manera un importante y esperado empujón ha dado la legislación tanto nacional como internacional. No desconozco tampoco que la Ley 26485 de Protección Integral a las Mujeres, define en el art. 4 lo que se entiende por violencia contra las mujeres, la que queda constituida por “toda conducta, por acción u omisión, basada en razones de género, que, de manera directa o indirecta, tanto en el ámbito público como en el privado, basada en una relación desigual de poder, afecte su vida, libertad, dignidad, integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, participación política, como así también su seguridad personal...Se considera violencia indirecta, a los efectos de la presente ley, toda conducta, acción, omisión, disposición, criterio o práctica discriminatoria que ponga a la mujer en desventaja respecto del varón”. Concuero en su totalidad en que “el enfoque de género persigue la igualdad real, sustancial y efectiva entre varones y mujeres...De lo que se trata es de hacer relecturas, resignificaciones y reconceptualizaciones que permitan un análisis diferenciado del mundo y de la realidad; de la aplicación de las normativas e instrumentos internacionales de derechos humanos, para poder actuar sobre ella y transformarla mediante la práctica de relaciones iguales y no discriminatorias”.



# DECONOMI

Pero más allá de reconocer y concordar con lo que nos imponen a los jueces normas internacionales y locales, de dar una solución a los casos sometidos a nuestra jurisdicción con perspectiva de género, todo ello no lo veo plasmado fácticamente en el caso en cuestión. Aun mirándolo minuciosamente con la perspectiva especial referida, a los fines de evitar situaciones que produzcan divergencias y desigualdades por cuestiones de género, no se advierte elemento alguno que permita de alguna manera hacer ostensible un caso de tal naturaleza. No se ha exteriorizado una posición de superioridad de un varón produciendo una desigualdad respecto de una mujer.

Tampoco puedo negar el tenor desagradable, impetuoso y de muy mal gusto de los mails enviados por el Dr. B (varón) a su cliente la Dra. G. B. (mujer). Ello sin entrar a discutir aquí la incorporación procesal de dicha prueba documental y el alcance de su confirmación procesal, porque ello es cuestión de la materia procesal, en la cual no quiero meterme en este momento. Y más allá de que, como afirma la sentencia, las expresiones contenidas en los correos electrónicos dejen ver de alguna manera, una “la relación de poder asimétrico habida entre el ex letrado (Dr. B.) y la entonces clienta de aquél (Dra. G. B.) debiendo en tal sentido tenerse en cuenta las posibilidades de autodeterminación que pudo haber tenido aquélla al momento de optar por llevar a cabo los pleitos contra su ex cónyuge y la suscripción de ciertos ‘papeles’ en blanco como ella alude”, se trata de una relación que no se manifiesta, por lo menos de lo que surge de la sentencia, como una cuestión de género, sino en una perfectamente advertible y muchas veces vista, relación entre cliente y su abogado, y en el caso aun con menos impacto por tratarse de dos profesionales abogados, con un *plus*, que ambos tuvieron una relación personal anterior, ya sea como amigos o incluso más íntima, la que no se ha plasmado con certeza. No veo una sola manifestación que exteriorice desigualdad del Dr. B, por su condición de varón, en relación a la Dra. G. B. por tratarse de una mujer. Además, la relación entre abogado y su cliente debe ser encausada por los carriles legales, ya sea de responsabilidad profesional o civil. La concursada como abogada conoce o debió conocer los caminos que pudo haber tomado para neutralizar las consecuencias negativas de la relación profesional con su letrado.



# DECONOMI

No se dejan ver que las expresiones vertidas sea consecuencia de estereotipos o de patrones socioculturales que por conductas del varón produzcan desigualdades con relación a la mujer que impliquen, por dicha diferencia de género, que exista idea de superioridad entre uno y otro. Tampoco, si lo manifestado por el acreedor varón en relación a su deudora mujer se constituye en cierta especie de violencia económica, la misma no se hace ostensible por el hecho de constituirse entre dos sujetos de diverso género sino se trata de una situación, que puede ser considerada típica entre acreedores y deudores concursales, independientemente de que se traten de sujetos, en este caso, de distinto sexo. Y ello mucho más ostensible cuando el acreedor, por su dimensión crediticia, tiene el poder de decisión dentro del concurso preventivo.

Se trata de una situación que se constituye entre abogado y cliente, pero no tiene particularidades exteriorizadas por tratarse de un varón y una mujer. Se agrega también que la concursada manifestó que “su entusiasmo con el tema era manifiesto y de esa manera, aprovechado su fama de denunciante profesional, comenzó a ejercer sobre mí un importante manejo emocional, a punto tal no de advertir que la versión que me daba ....no tenía el menos andamiaje legal ...”. Vemos un claro aprovechamiento del abogado sobre su cliente, por la condición misma existente en tal relación, donde el profesional ejerce su labor en defensa de los derechos de su cliente, quien necesita del abogado para poder acceder a la vía judicial, pero eso, se ve minimizado, por el hecho de que la clienta es también de una abogada y no una persona leiga, y no se ven situaciones por las cuales la cuestión deba maximizarse por ser el abogado varón y la clienta mujer.

Y si bien podría decirse, como lo hace la sentencia, que “aparece antojadiza y abusiva la pretensión del Dr. B. de ver cancelada su obligación tal como si la Sra. G. B. se encontrara *in bonis*”, lo cierto es que se encuentra, como ya dije, dentro de las potestades de los acreedores concursales, es decir, prestar o no conformidad a una propuesta de acuerdo. Lo contrario, nos metería, en una peligrosa situación donde la justicia, de manera antojadiza podría excluir acreedores que no presten conformidad, por el sólo hecho de que los jueces creen conveniente la propuesta hecha y así entender que también lo debe ser para el acreedor. Ello, se constituye en una visión parcializada, con una sola



# DECONOMI

finalidad, desde una posición objetiva y en un momento dado, sin tener en cuenta las subjetividades que se fueron desarrollando en la relación entre el deudor y el acreedor.

O acaso el acreedor no tiene derecho a negar su conformidad bajo la creencia de que cobrará más en la quiebra, o acaso el acreedor no tiene derecho a negar su conformidad porque pretende cobrar más de lo que se le ofrece, o de hecho procura cobrar la totalidad de su crédito. Los jueces concursales, no evaluamos la conveniencia de la propuesta del acuerdo, es una potestad exclusiva de los acreedores, salvo supuestos de abusividad o fraude a la ley, de la misma manera no examinamos las razones por las cuales los acreedores prestan o no conformidad. En la máxima, un acreedor puede encontrar conveniencia en la propuesta, cuando la misma contiene un pago íntegro, y cuando no lo es, puede negar su conformidad y eso no lo convierte en acreedor hostil.

Pareciera que no encuadrando la actitud del acreedor estrictamente en un ejercicio abusivo de sus derechos concursales, se endereza la cuestión a la perspectiva de género, aprovechando la condición de varón del acreedor y de mujer de la deudora. Pero para ello, solamente se hace referencia a una exposición dogmática de las normas involucradas, un detalle de las actitudes del acreedor, tanto dentro del concurso como extrajudicialmente, pero no existe una sola línea que integre una cosa con la otra, es decir que la perspectiva de género, en la lectura de las expresiones del acreedor, permita ver un aprovechamiento o una desigualdad en la relación entre las partes por parte del varón por sobre la mujer. Véase que luego de hacerse este relato en el fallo, se vuelve a la situación del acreedor hostil por abuso del derecho y no por la cuestión de género anteriormente introducida.

Luego ligeramente se expresa que la quiebra llevaría a la liquidación del único bien de la deudora, donde convive con sus hijos menores, lo que sería inviable por tratarse de una situación de vulnerabilidad, cuestión que no sólo se constituiría en un adelantamiento de opinión, sino también es ajena al trámite del período de exclusividad del concurso preventivo. Y si con ello se quiere dejar ver que la actitud del acreedor es caprichosa, porque en la quiebra no lograría cobrar su crédito, siendo en principio y dentro del concurso preventivo, el bien afectado



# DECONOMI

eventualmente por el desapoderamiento falencial, la cuestión no puede ser tratada de otra manera hasta que no exista pronunciamiento en contrario dentro de la eventual quiebra, por lo que a su respecto las expectativas del acreedor devienen intactas. Hay que reconocer también que en la ampliación de fundamentos se dice todo lo contrario, es decir que la concursada en su eventual quiebra “se vería desapoderada del inmueble donde habita con sus hijos menores de edad para saldar el pasivo de un crédito que -en función de lo que se decida finalmente en sede civil- podría ser declarado inexistente”.

No desconozco tampoco que la cuestión de género sería una razón jurídica para resolver un caso donde la misma exista, y en su caso tampoco desconozco que podría hacer considerar a un acreedor como hostil y producir su exclusión, lo que digo es que no advierto el caso de género en el supuesto analizado. De lo contrario, toda cuestión que relacione un acreedor varón y una deudora mujer, o viceversa (o situación dada con cualquier otra identidad de género -Opinión Consultiva 24/17 CIDH-), podría peligrosamente convertirse en una cuestión de género y esa no es la visión tenida ni en los tratados internacionales ni en las leyes internas, porque claramente si fuese así, se destruiría la posibilidad de protección pretendida, produciendo el efecto contrario, es decir una patente desigualdad por género. Los fundamentos del espectro protectorio de las cuestiones de género, claramente es resguardar las desventajas producidas por estereotipos sociales que llevan a una sociedad sin perspectiva de género, y en su caso a una justicia, como parte de la misma sociedad, sin soluciones jurisdiccionales con perspectivas puestas en esa problemáticamente, pero también es manifiesto que no busca producir una injustificada desigualdad en todas las relaciones jurídicas que involucren a varones y mujeres con intereses contrapuestos.

Y si bien también, podría decirse que las expresiones vertidas por el Dr. B contra su deudora, son violentas y que tal violencia podría producir desigualdad, ello ocurre sin importar el género de los involucrados, pareciera, por lo menos de lo que surge de la sentencia, una cuestión neutral en este punto. Lo demás que pueda desprenderse de esto, para introducir una cuestión de género, es meramente conjetural.



No advierto que el varón se haya aprovechado de la situación, por tratarse su deudora de una mujer, sino esa cuestión de poder, se advierte de manera bidireccional, por un lado, por tratarse de un abogado y su cliente (también abogada) y por otro, el fundamental en el ámbito concursal, y es, en la negociación del acuerdo, el poder del acreedor principal con relación al deudor. Y si esas relaciones convierten al acreedor en hostil, nos quedaríamos sin acreedores computables en un concurso preventivo típico.

#### 4. El *obiter dictum* oculto

Lo que voy a exponer ahora no es más que producto exclusivo de mi imaginación, y uso esta herramienta para darle sentido a la sentencia en crítica, por el simple hecho de que fue emitida, a mi criterio, por un prestigioso tribunal. Solo hago meras especulaciones, ya que ello no surge del fallo.

Y en ese imaginario, sospecho que la cámara buscó con el fallo, “arreglar” desinteligencias judiciales producidas en la etapa de verificación tempestiva, que no se encuentran manifestadas en la sentencia. Se trata de un *obiter dictum* oculto, es decir algo que quiso “decirse de paso” pero no pudo decirse, porque claramente ello, no podía formar parte de la *ratio decidendi* del acto jurisdiccional.

Lo que llamo desinteligencias judiciales se pudieron dar de manera bifronte, desde la dirección letrada de la concursada y desde el juez concursal, quien se constituye en el director del proceso. Un mal manejo del concurso desde el punto de vista de la concursada más allá de la conveniencia o no del concursamiento y también desde el lado del juez, con errores ostensibles de juzgamiento.

Por un lado, desde la dirección técnica del concurso, pudo haber falta de observación del crédito por parte de la concursada en la oportunidad del art. 34 LCQ, para lograr la declaración de inadmisibilidad en la sentencia del art. 36 LCQ, atento la importancia de ella, y el principal problema que produjo en el concurso; o en su caso, la deficiente revisión intentada luego de que el crédito





# DECONOMI

fue admitido en la verificación tempestiva. Puede decirse que los desaciertos imaginados pudieron seguir en el período de exclusividad e incluso en el juicio tramitado extraconcurzalmente.

Y por otro, desde lo judicial, el entendimiento de que el crédito en cuestión debió ser declarado inadmisibile en oportunidad de la sentencia de verificación tempestiva, porque de lo que se tiene en el fallo -más allá de lo que puede haber aconsejado el síndico en la oportunidad de emitir su informe individual-, no se ve tan lineal la admisibilidad de un crédito basado en una sentencia ejecutiva lograda a partir de un acuerdo cuestionado en su validez a través de la nulidad en otro fuero, salvo, y no pareciera, que la demanda de nulidad se haya iniciado luego de la verificación tempestiva. La prudencia judicial, en este contexto, debió, si así fue, llevar a que tal crédito sea declarado inadmisibile en la oportunidad del art. 36 LCQ y de tal manera el acreedor no participaría de la conformación del acuerdo. No debemos olvidar para ello que la verificación de créditos es un proceso causal.

En otras palabras, y esto es una opinión muy personal y quimérica, elípticamente la Cámara con la exclusión del acreedor pretende corregir deslices judiciales anteriores que no pudo solucionar temporalmente por la imposibilidad de intervención de la alzada en momento oportuno, atento la apelabilidad restringida que rige en la materia. La sentencia no permite participar del acuerdo de un acreedor que no debió estar habilitado para ello por parte del juez de primera instancia, porque en su oportunidad debió ser declarado inadmisibile.

Y estas consecuencias que se han desatado en este concurso preventivo son el corolario propio al reconocimiento de que el director del proceso concursal, es el juez de primera instancia y no la Cámara al conocer en las apelaciones.

Y siguiendo con el derrotero imaginario, si debiera desempeñarme como abogado de la deudora, primero con la magnitud cualitativa y cuantitativa del acreedor en cuestión, el concurso preventivo sería la última opción, el manotazo de ahogado, primero intentaría poder evitar la ejecución de la sentencia dictada en el juicio ejecutivo a partir del juicio de conocimiento que



# DECONOMI

importa la nulidad de la causa del crédito, los planteos posibles son varios, pero seguramente el más sencillo pudo haber sido lograr una medida cautelar.

Luego, sin suerte en esto o cuando no exista otro remedio que el concurso preventivo, por todos los medios debería tratarse de evitar la declaración de admisibilidad del crédito, especialmente a través de una adecuada observación del pedido de verificación y si ello no se logra, como ha ocurrido, tendría que transitar dos caminos, uno en relación al crédito y otro con respecto a la participación del acreedor. Por un lado, la revisión de la admisibilidad, que frente a las consecuencias de la sentencia del art. 36 LCQ para la conformación del acuerdo sería irrelevante para el supuesto comentado, pero algo que creo que pudo haber sido fundamental, es discutir la causa de la acreencia en la verificación de crédito, de la cual no podemos negar su naturaleza de juicio causal y no hacerlo en un juicio extraconcursal. Por otro lado, debió ser mejor atendido por la deudora el manejo del acuerdo, como ya expuse, a través de la más conveniente categorización y sin ella, o sin posibilidad para ello, ante la sentencia de primera instancia que declara la nulidad de la causa del crédito, solicitar la suspensión del período de exclusividad hasta que la misma adquiera firmeza o sea revocada, en especial atención a la importancia que tiene el acreedor para la conformación de dicho acuerdo.

Y si finalmente no se tuviese suerte con todo eso, recurrir a la exclusión, pero ya no por abuso del derecho o por cuestión de género sino por el alto grado de posibilidad de que el acreedor, principal partícipe del acuerdo preventivo, sea excluido definitivamente del pasivo concursal.

Desde el lado judicial, y también de manera ficticia, porque no se puede opinar seriamente sin estar en el lugar procesal exacto donde se encuentra el juez que tomó la decisión, desde mi óptica, sería muy difícil, en la oportunidad de la sentencia de verificación tempestiva (art. 36 LCQ), considerar como procedente y declarar admisible, en un juicio causal como es la verificación de créditos, una acreencia cuya causa ha sido demandada como nula, cuanto menos, para admitirlo, debiera advertir que la acción nulidicente, con un grado importante de probabilidad, *prima facie*, será rechazada. Sin entrar a discutir aquí tampoco, la cuestión de la prueba de la causa en la verificación de créditos, ya que resulta un tópico que requiere una atención cuidadosa y particularísima.



Finalmente, desde la posición del juez concursal, y sin un planteo concreto de la concursada, ya veo mucho más difícil lograr la exclusión como se ha hecho, por argumentos que no logran convencimiento e incorporando otros como si se tratara de una exclusión producida casi *ex officio*.

Y aquí queda otro interrogatorio propio de otro tema, pero que vale la pena exponer para meditarlo. Y me refiero en especial, al el accionar de la justicia y sus delimitaciones dentro de la jurisdiccionalidad, frente a la labor de los abogados y sus yerros profesionales dentro del proceso, y la incidencia del accionar de otros sujetos involucrados en la administración de justicia. Entonces me pregunto, hace al acto jurisdiccional la enmienda judicial de divergencias producidas por otros sujetos, supliendo su actividad procesal, aun con resoluciones sin sustento en nuestro sistema normativo, o ello queda reservado a las responsabilidades profesionales de cada uno. El error técnico de una de las partes siempre beneficia a otra, porque así se desarrolla el proceso judicial, con contrapartes -reconozco que soslayado en los concursos-, y en su caso, la corrección judicial de ello, no vendría afectado de parcialidad, porque si se hace en favor de uno, se constituye en contra de otro. Un tema muy álgido, para recapacitar, porque se está constituyendo en algo común en nuestro sistema judicial.

#### IV. CONCLUSIONES

1. No veo que exista posibilidad de excluir al acreedor por considerarlo hostil, por el sólo hecho de ejercer sus derechos concursales.
2. Lo fundamental debió ser la nulidad de la causa de la acreencia admitida en la verificación tempestiva que permitió al acreedor participar del acuerdo.
3. La solución pretende ser justa, pero sin argumentos jurídicos válidos, tratando de solucionar desavenencias en el manejo del concurso, tanto por parte de la deudora como desde la labor del juez del concurso.



# DECONOMI

4. No advierto que la cuestión pueda resolverse introduciendo la materia de género, por el sólo hecho de ser la deudora una mujer y el acreedor un varón.
5. El tema de género, podrá llegar a excluir acreedores concursales del cómputo de las mayorías cuando exista una discriminación entre un varón y una mujer, por cualquier causa, que lleve al juez a recomponer la igualdad, juzgando con necesaria perspectiva de género.

La inexistencia de cuestión de género y el juzgamiento enmascarado en perspectiva de género, produce, por el contrario, la discriminación, desigualdad inversa y logra la exclusión del acreedor, por el sólo hecho de ser varón en el concurso preventivo de una mujer, sin más.



## **“La liquidación falencial y los terceros vulnerables: nuevos desafíos de la concursalidad”**

por Ángel Luis Moia

**SUMARIO:** Introducción I.- Los intereses alcanzados por la quiebra. II.- Los terceros en la ley concursal III.- La vulnerabilidad como criterio de valoración en el proceso concursal IV.- Los terceros vulnerables en la quiebra: análisis de un caso. V.- Conclusiones

Introducción.

Ha sido causal de júbilo y un honor recibir la invitación a participar en este homenaje al Profesor Héctor Alegria, maestro indiscutido de quienes se avocan al estudio del derecho comercial, y de la materia concursal en particular. Sus enseñanzas han trazado la guía de la legislación y la jurisprudencia nacional, convocando al debate continuo sobre los horizontes de estas materias.

Tuve el gusto y el privilegio de conocerlo personalmente merced a la generosidad de mi maestro y amigo, el Dr. Ricardo S. Prono. En diversos encuentros compartió sus inquietudes y su constante búsqueda de un derecho comercial más realista y humano, ordenado al bien común y orientado por la justicia.

En esta senda, a partir de un señero escrito “Humanismo y Derecho de los negocios”<sup>155</sup>, escogimos el tratamiento de algunas de sus proyecciones en el escenario concursal. Allí apuntaba el homenajado que *“podemos focalizar nuestro análisis del humanismo en las condiciones y consecuencias que derivan de la contemplatio hominem dignitate . La extensión de estas derivaciones no se limita al elenco concreto de los derechos que surgen de los textos expresos humanistas de la Constitución sino de todos los que emanan de una interpretación de tal dignidad según las circunstancias de tiempo, lugar y persona, como resulta de la sana epiqueya. Por tanto y desde este ángulo, que nos interesa, el humanismo puede entenderse como más amplio que la*

---

<sup>155</sup> ALEGRIA, HÉCTOR; Humanismo y derecho de los negocios, LL 2.004-E-1.206



# DECONOMI

*enunciación concreta de ciertos derechos humanos y puede recibir mayor consagración según el grado de progreso socioeconómico y cultural de los pueblos. Para finalizar esta parte de la exposición, podríamos decir que las normas jurídicas que eventualmente violenten los derechos derivados de la dignidad de la persona, no pueden postergar a éstos. En consecuencia, esas normas concretas serán, para algunos, un no derecho y para otros, más propiamente, un derecho inválido . Claro está que desde el prisma del derecho natural esta conclusión es fácilmente deducible, pero ella tampoco es forzada en cualquier otra visión que parta de la dignidad de la persona”*

Desde esta óptica, trataremos una innovadora variante de tutela de derechos fundamentales que aparece en la jurisprudencia: la situación de los terceros no acreedores, afectados por las decisiones tomadas en el proceso liquidativo.

## I.- Los intereses alcanzados por la falencia

La especial nota de universalidad que caracteriza a los procesos concursales (art. 1 LCQ), irradia sus efectos a partir del patrimonio falente, alcanzando directa o indirectamente a un grupo de personas que trasciende holgadamente a los acreedores actuales. Estos últimos están convocados a la modalización de sus acreencias según se trate de una reestructuración negociada o, directamente de su percepción en moneda de quiebra.

Esta premisa se resume en el mandato contenido en el art. 125 LCQ *“Declarada la quiebra, todos los acreedores quedan sometidos a las disposiciones de esta ley y sólo pueden ejercitar sus derechos sobre los bienes desapoderados en la forma prevista en la misma.”* La forma prevista por la ley transita por un único juzgado, que concentra los reclamos y vicisitudes derivadas de la insolvencia, según las consecuentes soluciones especiales.

Más allá de la tradicional referencia a los acreedores, la concursabilidad alcanza a otras situaciones jurídicas, sin que se establezcan soluciones en la actualidad para todas ellas. Basta reparar en las problemáticas derivadas de los derechos de propiedad intelectual, los intangibles para reparar en la insuficiencia



# DECONOMI

del catálogo de disposiciones falenciales. Aún de las situaciones contempladas, existe un vacío especial para las situaciones jurídicas plurales.

En lo sustancial, el legislador ratificó su definición de las relaciones jurídicas comprendidas como sólo obligacionales al regular la solidaridad y algunos casos de concurrencia. En lo procesal, se incorporó la previsión de los distintos litisconsorcios.

En cualquiera de estos escenarios, la magistratura está llamada a dar respuesta desde la situación de excepción de la insolvencia aplicando el sistema normativo en su integralidad y dentro de la racionalidad del sistema. Actualmente, la consideración de un sistema permeable, complejo y ordenado por principios plantea un desafío constante al juez concursal.

Sintetiza estas circunstancias Rouillón cuando afirma que *“los distintos intereses afectados por la insolvencia, las graves repercusiones de ésta y los plurales sujetos involucrados que aspiran a la tutela legal, la necesidad de realizar justicia de tipo distributivo ante la imposibilidad de llevar a cabo la justicia conmutativa, así como los principios orientadores elaborados a través de la historia a los que nos hemos referido, explican la existencia de una legislación diferenciada -la ley concursal- que da respuestas distintas de las del derecho común a los conflictos intersubjetivos que se plantean cuando hay estado de cesación de pagos o insolvencia patrimonial”*<sup>156</sup>

Tradicionalmente la legislación concursal argentina ha oscilado entre los polos de la relación creditoria alcanzada por la concursabilidad. Maffía relata las vicisitudes de las sucesivas leyes, alternando entre la protección del deudor y la preferencia por los derechos de los acreedores. En este pendularismo se han debatido principalmente nuestras leyes de concursos<sup>157</sup>.

La revalorización de los intereses colectivos, que trascienden a las partes de la obligación, fue un factor dirimente de la ley 19.551. Sin embargo, la nota distintiva del humanismo que señalaba Alegria exige la consideración de la

---

<sup>156</sup> ROUILLÓN, ADOLFO A.N.; Régimen de concursos. Ley 24.522, Buenos Aires, Astrea, 2.017, pág. 14

<sup>157</sup> MAFFÍA, OSVALDO J. y B. de MAFFÍA, MARÍA OFELIA; *Legislación concursal. Introducción histórico-crítica*, Buenos Aires, Víctor P. de Zavalía, 1.979, pp. 99 y ss; RIVERA, JULIO C. (Dir.), *Derecho concursal*, T. I, Buenos Aires, La Ley, 2.010, pp. 89 y ss para una visión del derecho comparado y 172 y ss. en cuanto al derecho nacional posterior a 1.972





persona humana en cuanto tal, más allá de su rol concreto en una relación jurídica y por sí mismo. Su dignidad, como título eminentísimo valida y justifica el arte del derecho. Por ello sostiene Hervada que *“el fundamento del derecho - de todo derecho-, y en consecuencia el fundamento de la justicia, estriba en el hecho de que el hombre es persona”*<sup>158</sup>

El derecho concursal, así, no ha sido ajeno al proceso de *personalización* del derecho privado y su constitucionalización. En los fundamentos del anteproyecto que hoy es código civil y comercial, se puso de manifiesto que estos dos procesos de los que la reforma es tributaria resultaron basilares para la definición de soluciones concretas.

## II.- Los terceros en la ley concursal

En la economía de la ley concursal, los terceros no tienen mayores consideraciones autónomas.

Los terceros, definidos desde una óptica del proceso, tienen un tratamiento definido en la quiebra. Dado que no participan de determinada etapa del trámite el legislador dispone un grado determinado de afectación consecuente con el desarrollo de la liquidación.

De un rápido relevamiento de las previsiones sobre terceros contenidas en el trámite de la quiebra podemos mencionar: el requerimiento para que entreguen a la sindicatura los bienes del fallido que tengan en su poder (art. 88 inc. 3 LCQ); la definición de los alcances de la ineficacia concursal (arts. 115, 119, 120 y 122), la modalización del recupero de los bienes de terceros en poder del fallido (arts. 138 y 188), la readquisición de la posesión (art. 139), el régimen de contratos con prestaciones recíprocas, la promesa de contrato y los derechos del tercero contratante (art. 146) el tratamiento del contrato de comisión (art. 148), la responsabilidad de terceros (arts. 173 y ss.), la situación de los bienes del fallido en poder de terceros ante la incautación (arts. 177, 179).

El art. 142 LCQ fija un principio rector en la materia. La quiebra importa necesariamente una serie de incumplimientos derivados del estado de

---

<sup>158</sup> HERVADA, JAVIER; Introducción crítica al derecho natural, Pamplona, Eunsa, 2.001, pág. 64



insolvencia. Las soluciones de excepción que consagra la ley concursal no generan derecho a resarcimiento alguno. Se trata de daños legitimados por el ordenamiento.

Al margen de estas disposiciones que integran el texto original de la ley 19.551, conservados por la reforma de la ley 24.522, la última reforma introdujo una mención adicional al tercero ante la quiebra. Se trata del rediseño del instituto de la continuación de la explotación en la quiebra (art. 189 y ccdtes.). Allí se establece como criterio valorativo *“la ventaja que pudiera resultar para terceros el mantenimiento de la actividad”*.

El cambio de rol en la consideración del tercero resulta palpable. Mientras que tradicionalmente se lo identificó como un sujeto pasivo de las consecuencias de la liquidación, en este supuesto se lo significa como pauta valorativa para avalar judicialmente la continuidad de la actividad de la fallida<sup>159</sup>.

La inserción de este nuevo parámetro resulta un emergente de una relectura de los márgenes de la falencia como tributaria de derechos supraleales que informan al ordenamiento nacional. Como lo apunta Vítolo, el bloque de constitucionalidad ha provocado que la legislación concursal -en concreto se refiere al régimen de privilegios pero sus conclusiones son trasladables a la generalidad del sistema-<sup>160</sup> se ha tornado porosa y se roto su rígida estructura, abriéndose a nuevas fuentes.

III.- La vulnerabilidad como criterio de valoración en el proceso concursal.

La paridad de trato como principio basilar del derecho concursal ha experimentado distintos embates que ponen en duda su irrestricta vigencia. Más allá del cuestionamiento estructural que importó la admisión de la categorización de acreedores y la consecuente posibilidad de ofrecer propuestas diferenciadas,

---

<sup>159</sup> Una aplicación de esta pauta es la admisión de la continuación ante la incidencia que la actividad de la fallida tiene en el mercado lácteo local y su posible distorsión, cf. J.C.C. y C. n° 9 de Paraná, 30.12.22; COTAPA S.A. S- PEDIDO DE QUIEBRA PROMOVIDO POR ACREEDOR S/ QUIEBRA (Prom. por ALLIAUD JUAN CARLOS Y OTROS) Expte. N° 4641

<sup>160</sup> VÍTOLO, DANIEL R.; *Privilegios concursales y derechos humanos*, Buenos Aires, *La Ley*, 2.022, pp. 61 y ss



# DECONOMI

la creciente difusión de las tutelas diferenciadas en el ámbito falencial ha aumentado las dudas sobre su plena vigencia<sup>161</sup>.

A partir de la incorporación de los Tratados de Derechos Humanos al bloque de constitucionalidad la jurisprudencia ha desarrollado una fecunda labor de armonización entre las disposiciones legales y los preceptos convencionales. Se trata, como lo consigna el Profesor Alegria, de una reafirmación del valor de la dignidad humana como eje del sistema jurídico<sup>162</sup>.

A lo largo del tiempo los tribunales han hecho mérito a la especial condición de los acreedores concurrentes para valorar la razonabilidad de las propuestas concordatarias homologadas. Así, la avanzada edad fue la pauta sobre la que giró el análisis en el reconocido caso “González, Feliciano”<sup>163</sup>, luego la condición de género se abrió camino en las distintas etapas del trámite<sup>164</sup> y, recientemente, ha justificado el redimensionamiento de los efectos del acuerdo homologado<sup>165</sup>

En materia de privilegios, la distribución falencial ha tenido diversas aperturas a partir de la aplicación de normas convencionales. En un reconocido precedente se sostuvo que *“La extrema situación de vulnerabilidad del incidentista-condición cuadripléjica irreversible desde el nacimiento que tuvo origen en una mala praxis médica- y la falta de recursos económicos suficientes para afrontar los tratamientos médicos adecuados, sumado a la especial protección que los instrumentos internacionales incorporados a nuestro sistema jurídico con igual rango constitucional (art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional) le otorgan a su persona, conducen a considerar inconstitucionales las normas concursales en juego -arts. 239, primer párrafo, 241, 242 parte general, 243 parte general e inc. 2° de la ley 24.522- ya que no dan respuesta adecuada,*

---

<sup>161</sup> MICELLI, MARÍA INDIANA, Una tutela concursal diferenciada, integral y efectiva, con perspectiva de género, RCCyC boletín de junio de 2.022, pág. 323;

<sup>162</sup> ALEGRIA, HÉCTOR; Humanismo y derecho de los negocios, op. cit.

<sup>163</sup> C.C. y C. de San Isidro, sala I, 18.5.04; González Feliciano c/ Microomnibus General San Martín S.A.C., LLBA 2.006-904; SCBA, 5.4.06; González Feliciano c/ Microomnibus General San Martín S.A.C., LLBA 2.006-904

<sup>164</sup> JCC y Familia 3 Nom. de Río Cuarto, 24.2.22; L., A.L. s/ pequeño concurso preventivo, LL ejemplar del 2.6.22, con nota de BOQUÍN, G. y FERNÁNDEZ ANDREANI, P.; Verificación de género y perspectiva de género. Comentario al fallo cordobés “L., A.L. s/ pequeño concurso preventivo”

<sup>165</sup> CNCCom., sala F, 15.12.21; Fundación Educar s/ concurso preventivo; RCyC ejemplar de junio de 2.022, pág. 321



*definitiva y acorde con la situación al no prever privilegio o preferencia de pago alguno que ampare y garantice el goce de los derechos constitucionales”<sup>166</sup>*

El mismo Tribunal ha sostenido oficialmente que *“Admitir el reconocimiento judicial de derechos preferentes no previstos en la ley concursal traería aparejados serios inconvenientes que excederían el ámbito propio de los concursos. La ruptura del régimen legal de privilegios y la creación de un sistema paralelo, contra legem, discrecional y casuístico puede conllevar un fuerte impacto negativo para la seguridad jurídica en general”<sup>167</sup>.*

Igualmente, el trámite falencial, ha sido replanteado a partir de su coherencia con las promesas convencionales con respecto a los acreedores laborales<sup>168</sup>.

Como puede apreciarse, las razones y los argumentos empleados por la Corte y los demás tribunales que han aplicado estas categorías parten del plano legal, pero ensayan un test de compatibilidad con las previsiones constitucionales y convencionales. Las sentencias señaladas guardan la excepcionalidad de la declaración de inconstitucionalidad,

#### IV.- Los terceros vulnerables en la quiebra: análisis de un caso

La dimensión tradicional de la concursabilidad se ha visto desbordada por nuevos planteos que interpelan a la magistratura a dar una solución. Si bien partiendo de las previsiones de la ley concursal, la respuesta debe conjugar estas premisas con el resto del ordenamiento jurídico (arg. art. 1 C.C. y C.).

Los terceros, no partícipes del proceso pero afectados por su desarrollo, pueden presentarse ante los tribunales concursales a fin de solicitar

---

<sup>166</sup> Del voto del Ministro Maqueda en Fallos 342:459

<sup>167</sup> Fallos 341:1.511

<sup>168</sup> Fallos 336:908, donde el Tribunal sostuvo que *Cabe dejar sin efecto la sentencia que rechazó la petición de la Fiscal General de Cámara, de notificar personalmente o por cédula a los acreedores laborales el último proyecto de distribución en la quiebra y desestimó asimismo el planteo de inconstitucionalidad de los arts. 218 y 224 de la ley 24.522, en su aplicación a los acreedores laborales, dado que la propia ley autoriza la publicidad del proyecto de distribución de fondos por otros mecanismos alternativos -aunque en determinadas circunstancias- de modo que el tribunal debió examinar la incidencia de dicha cuestión a la luz de la normativa referida respecto de los acreedores laborales que cuentan con una especial tutela, a fin de procurarles la real satisfacción de los créditos adeudados que revisten carácter alimentario.”*



el amparo de sus derechos. Las soluciones que se han dictado dan cuenta de la necesidad de armonizar la situación de escasez propia de la insolvencia, con los derechos fundamentales en juego y los distintos actores que deben garantizarlos.

## 1.- Un emergente del debate: el tercero condómino en la liquidación

Los ajustes que la realidad de los Derechos Humanos y la vulnerabilidad plantean al sistema concursal encuentran una aplicación concreta en un reciente caso que se resolviera en la primera instancia concursal. En la quiebra de una persona humana -que no ejercía actividad comercial- su ex pareja, condómina con él en un inmueble en el que habitaba, cuestiona la subasta de la mitad indivisa. Alega en su presentación la condición de vulnerabilidad del núcleo familiar conviviente -todos hijos mayores de edad- y del desamparo que produciría la subasta, privándola de la vivienda. Presenta diversas constancias que dan cuenta de la situación de pauperidad y riesgo social en la que vive la familia, señalando que el inmueble en cuestión es su vivienda única<sup>169</sup>.

El planteo se originó como un incidente de pedido de suspensión de la subasta, pero el curso del trámite reconfiguró la pretensión hacia la no aprobación de la subasta realizada.

Tradicionalmente la cuestión habría sido considerada como ajena a la materia concursal, avocada principalmente a la pronta liquidación del patrimonio ejecutable en función de los intereses de los partícipes en el proceso. Nótese que, como se apuntó previamente, la discusión no se plantea con respecto a las partes de relaciones jurídicas sustanciales alcanzadas por la concursabilidad, a acreedores o al deudor. Se trata de la familia del deudor fallido, que no participó en el concurso ni resultaba acreedora concurrente.

---

<sup>169</sup> J.C. y C.nº 9 de Paraná, 8.3.23; ALARCON JOSE GABRIEL S-PEDIDO DE QUIEBRA PROMOVIDO POR ACREEDOR S-QUIEBRA (Promovido por COOPERATIVA AGRÍCOLA GANADERA LTDA. GUILLERMO LEHMANN) -Expte. N 3142 S/ INCIDENTE DE SUSPENSION SUBASTA Expte. Nº 4625.



# DECONOMI

2.- Una primera cuestión: la existencia de un perjuicio actual y la afectación de la vivienda.

El planteo en el caso partía de la invocación de la tutela de la vivienda en distintas convenciones internacionales y en la constitución nacional. Se alegaba que la realización de la mitad indivisa provocaría la privación de la vivienda de la familia del fallido.

Este razonamiento adolecía de una inconsecuencia. Dada la condición de condómina de la peticionante, en el caso de autos la aprobación de la subasta de la parte indivisa realizada en la quiebra principal no alteraría la condición de uso y goce del bien que habita. En efecto, a diferencia de otros supuestos donde la jurisprudencia se ha expedido en función de la desposesión material de la vivienda, en el presente supuesto, la situación fáctica de la incidentante no variará por el hecho de la subasta, sólo cambiando la identidad de su condómino.

A tenor del régimen vigente, cada condómino puede usar y gozar de la cosa conforme su destino (arg. art. 1.986 C.C. y C.). En la causa se realizaron relevamientos sociales en la quiebra en la que se produjo la subasta y en otros procesos remitidos como prueba. De estos surge que el inmueble era una vivienda modesta, cuya ocupación fue debidamente publicitada en aquella causa.

La aprobación de la subasta de la parte indivisa correspondiente al fallido, entonces, no afecta per se el uso y goce que la condómina incidentante tiene en la actualidad. De ahí que no resulte razonable plantear la existencia de una tensión real y concreta entre el derecho de los acreedores y la tutela de hogar familiar.

El perjuicio que sustenta la pretensión resulta eventual ante la subasta y no difiere de la situación jurídica actual. Según se deriva del relato de la causa, la incidentante al individualizar la potencial situación de desamparo que *"si este inmueble se llegara a subastar en un 50%, a la suscripta se le generaría una enorme dificultad, porque, sin lugar a dudas, el supuesto comprador, podría pedir, en cualquier momento, la división del condominio, y con ello la subasta total del inmueble."*



# DECONOMI

La situación jurídica de la incidentante no cambia con la sustitución de un condómino por otro, ya que tanto el fallido como el adquirente cuentan con idénticas facultades. A su vez, la eventualidad de una división de condominio por parte del nuevo copropietario es una contingencia eventual, entre otras variantes no liquidativas, que carece de actualidad.

La invocada "situación de total desprotección" alegada no se verifica en el caso de autos, en atención a las razones expuestas. Así, no existe una tensión real entre el interés de los acreedores del copropietario fallido y la situación de la condómina incidentante.

El mentado derecho a una vivienda digna, con carácter fundamental, *"está íntimamente relacionado con otros derechos humanos fundamentales, dado que un individuo que no tiene un lugar donde instalarse para pasar sus días y sus noches y debe deambular por las calles no sólo carece de una vivienda, sino que también ve afectadas su dignidad, su integridad y su salud, a punto tal que no está en condiciones de crear y desarrollar un proyecto de vida, tal como lo hace el resto de los habitantes."*, según lo apuntara el Ministro Petracchi.

La aprobación de la subasta no privará a la incidentante del uso y goce del bien, ni generará ciertamente la situación de desamparo que se relata. A su vez, al igual que sucede con el fallido como condómino, el régimen del derecho real común prevé alternativas tutelares concretas para conjurar una eventualidad como la apuntada y la consideración de la situación de vulnerabilidad denunciada.

En otras palabras, el cambio de condómino no altera la situación actual de la incidentante. El mismo temor a la partición del condominio que se invoca como perjuicio que sustenta la pretensión existe igualmente hoy con respecto al fallido.

Este sería otro escenario, sobreviniente a la liquidación, donde podría plantearse el perjuicio actual. Esta misma situación de desamparo y vulnerabilidad podría analizarse como una causal de "nocividad", según las previsiones del art. 2.001 C.C. y C. Así se habilitaría el diferimiento de la división.





3.- Los fundamentos constitucionales y convencionales. Un replanteo de la argumentación de la magistratura concursal.

La cuestión en debate evidencia un replanteo del modo de resolver y justificar las decisiones en el caso. No sólo se encuentran en juego normas legales, sino también constitucionales y convencionales. No sólo normas, sino también principios. Esto revela la necesidad de una argumentación más compleja que la sola subsunción en las previsiones de la ley concursal.

Que, en atención a la configuración de la situación concreta, se decidió que no correspondía imponer a los acreedores concurrentes un sacrificio excepcional, como la sustracción del producido de la liquidación de la parte indivisa de titularidad del fallido. La ponderación de la situación concreta permite admitir la liquidación de esta porción ideal -no del inmueble en su totalidad como confusamente se afirma en la demanda-, sin afectar actual y ciertamente el goce de la vivienda por parte de la incidentante. En este sentido, la Corte Suprema ha puesto de relieve la necesidad de realizar una interpretación tendiente al equilibrio de los derechos en juego, superando la aparente tensión excluyente<sup>170</sup>.

En la misma senda Kemelmajer de Carlucci señalaba tempranamente que la magistratura debe actuar las previsiones constitucionales y convencionales <sup>171</sup> Sostiene esta autora que, en el marco de la constitucionalización del derecho privado -criterio informante del código común vigente *"la nueva visión del tema obliga al juez a interpretar los preceptos legales conforme a las pautas constitucionales, aun en contra de lo que podrían ser pautas sólidamente arraigadas en la sociedad. Este modo de interpretar es muy importante pues la realización de la graduación jerárquica entre la norma y un texto constitucional representa un instrumento para garantizar la continuidad y estabilidad de determinadas políticas que, en la elección, se consideran de interés preeminente"*

Desde esta óptica, se ratifica que la realización de la mitad indivisa del fallido no afecta significativamente el derecho invocado por la incidentante, según las pautas constitucionales y convencionales vigentes (arg. arts. 14, 14

---

<sup>170</sup>Fallos 330:855

<sup>171</sup>KEMELMAJER DE CARLUCCI, AÍDA R.; Protección jurídica de la vivienda familiar, Buenos Aires, Hammurabi, 1.995, pp 50 y ss.



bis y 28 C.N.). Como lo explica Toller, *"en resumen, parece claro que en la práctica constitucional no deben existir jerarquías de derechos tasadas previamente ni facturadas con miras al caso, sino que en cada litigio debe realizarse la mejor composición posible de los bienes que parezcan en juego determinando cuál tiene realmente la razón."*<sup>172</sup>

Aún desde la propuesta armonizadora planteada por este autor, sintetizada en la afirmación de que *"La tarea consistiría en convertir en una norma hipotética la pretensión y ponerla a prueba del test de razonabilidad, contemplando seis pasos o tests, que luego se exponen con más detalles: existencia y legitimidad del fin, adecuación, necesidad y proporcionalidad de los medios, sumando a estos cinco pasos (que son desglose de los tres subprincipios alemanes) un test más, el del respeto a la garantía del contenido esencial."*, la conclusión resulta idéntica. La subasta derivará en la sustitución de un condómino por otro, sin afectar el contenido esencial del derecho invocado por la incidentante en el caso concreto<sup>173</sup>.

En resumidas cuentas, como lo apunta la misma Kemelmajer de Carlucci, la constitucionalización del derecho privado exige una nueva manera de razonar en los casos que requieren ponderación y no sólo la subsunción<sup>174</sup>.

#### 4.- El rol del estado y la subsidiariedad de la intervención particular.

La situación de la incidentante y su tratamiento excede holgadamente las posibilidades de la resolución de la pretensión que nutre al caso en estudio. Se trata de una situación compleja que compromete la vida de la incidentante y sus hijos, mayores de edad. En palabras de Úrsula Basset *"no solo puede pensarse que hay una continuidad entre la potencialidad y la condición, en el sentido de que un riesgo de daño vulnera al sujeto que está constantemente*

---

<sup>172</sup>TOLLER, FERNANDO; Metodologías para tomar decisiones en litigios y procesos legislativos sobre derechos fundamentales, en RIVERA, JULIO C. (h); Tratado de los derechos constitucionales, T I, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2.014, pág. 121

<sup>173</sup>Sostiene Toller que, en definitiva, "siempre que parezca que se está ante un conflicto de derechos, en rigor lo único que habrá es que el ámbito formal de un derecho —es decir, el verdadero derecho a tutelar— ha sido estorbado o interferido por el ámbito meramente material de otro derecho." Ibidem, pág. 158

<sup>174</sup>KEMELMAJER DE CARLUCCI, AÍDA R.; *Pautas para interpretar el código*, en ZANNONI, EDUARDO A. et al; Código Civil y Comercial; Buenos Aires, Astrea, 2.015, pág. 6



*expuesto, sino que también que como el significado de vulnerabilidad se desliza de la noción puntual de riesgo o amenaza externa a la condición interna de la víctima, supone un cambio de perspectiva de naturaleza ontológica. Es pasar de un riesgo abstracto a un sujeto concreto que se ve fragilizado existencialmente. Más aún, es un paso intermedio hacia la consideración de la vulnerabilidad como un concepto que describe una condición concreta de un sujeto amenazado hacia la noción de la vulnerabilidad como una condición inherente de la naturaleza humana, que eventualmente puede ser compartida por todos”<sup>175</sup>*

En el caso se señala que el magistrado no puede eludir la ostensible situación de vulnerabilidad de la incidentante y su núcleo familiar, lo que lo interpela a tenor de mandatos constitucionales y convencionales.

Afirmó el Ministro Lorenzetti que *“La razonabilidad significa que sin perjuicio de las decisiones políticas discrecionales, los poderes deben atender a las garantías mínimas indispensables para que una persona atraviese y supere las situaciones de extrema vulnerabilidad; esta interpretación permite hacer compatible la división de poderes, la discrecionalidad política del Poder Ejecutivo y del Congreso, con las necesidades mínimas de los sectores más desprotegidos cuando estos piden el auxilio de los jueces”<sup>176</sup>*. Concepto que se reitera en el voto de los Jueces Maqueda y Rosatti al afirmar que *“a partir de la reforma constitucional de 1994, cobra especial énfasis el deber del legislador de estipular respuestas especiales y diferenciadas para los sectores vulnerables, con el objeto de asegurarles el goce pleno y efectivo de todos sus derechos y dicho imperativo constitucional resulta transversal a todo el ordenamiento jurídico”<sup>177</sup>*

Que, como señeramente ya se planteara en la jurisprudencia de la provincia de Entre Ríos<sup>178</sup>, la concreción de estos derechos económicos, sociales y culturales, deben ser garantizados por el estado y, solo, subsidiariamente por los particulares. De ahí que, más allá de las

---

<sup>175</sup> BASSET, ÚRSULA; en BASSET, ÚRSULA y SANTIAGO, ALFONSO (Dirs.); *Tratado de derecho constitucional y convencional de derecho de familia y de las personas*, T I, Buenos Aires, La Ley, 2.022, pág. 351

<sup>176</sup> Disidencia del Ministro Lorenzetti en Fallos 345:1.481

<sup>177</sup> Fallos 344:1.788 y que la Corte adopta en pleno en Fallos 344:983

<sup>178</sup> S.T.J.E.R., en pleno, 9.4.03; Defensor del Superior Tribunal c/ Estado provincial s/ amparo; Expte. 2704/02, con fallo de primera instancia del J.Familia n° 1 Sec. 4, a cargo entonces del Dr. Roberto O. Parajón



consideraciones formuladas previamente sobre la imposibilidad de que sean los acreedores concurrentes lo que deban soportar un sacrificio singular con respecto al planteo del presente incidente.

Sostuvo claramente el Ministro Petracchi que *“el reconocimiento del derecho a una vivienda digna importa el deber concreto e inmediato del Estado de reglamentarlo e implementarlo para garantizar su efectividad, reglamentación que debe respetar tanto la finalidad como los límites impuestos por las normas de jerarquía superior, debiendo el Estado realizar el mayor esfuerzo posible para lograr, en forma progresiva y dentro de sus reales capacidades y limitaciones económicas, la plena efectividad de tal derecho a todos sus habitantes.”*<sup>179</sup>

Con sentido de generalidad, más allá de la situación de grupos determinados, la doctrina ha postulado la implementación de una perspectiva de vulnerabilidad como vector de interpretación y ejercicio de la función jurisdiccional. Afirma Basset que, a partir de los Tratados de Derechos Humanos y desde la misma Constitución, *“básicamente, la vulnerabilidad tiene una triple función: a) Función de sensibilización y detección...b) Función de perspectiva o enfoque: permite evaluar el contexto y no solo el texto de una situación de inequidad. c) Función de fortalecimiento o resiliencia”*<sup>180</sup>

Desde esta perspectiva, que comprende y contextualiza a otros como la llamada de “género”, corresponde a la magistratura el contribuir al abordaje de las circunstancias que pudieran afectar a las personas vulnerables. El magistrado señala que se ha reconocido pacíficamente en nuestra jurisprudencia la posibilidad de que las sentencias judiciales exhorten a los poderes públicos a la atención de determinadas situaciones<sup>181</sup>.

A partir de estas premisas, la sentencia dispone librar oficio a los organismos públicos encargados del tratamiento de la temática de familia e infancia a fin de que se avoque al tratamiento del tema.

---

<sup>179</sup> Del voto del Ministro Petracchi en Fallos 335:452, en criterio compartido por el resto de los Jueces

<sup>180</sup> BASSET, ÚRSULA; en BASSET, ÚRSULA y SANTIAGO, ALFONSO (Dirs.); *Tratado de derecho...* op. cit., T I, pág. 383

<sup>181</sup> Fallos 345:50; 343:1.853, entre otras SAGUÉS, NÉSTOR P.; Las sentencias constitucionales exhortativas ("apelativas" o "con aviso") y su recepción en Argentina, LL 2.005-F-1461



## V.- Conclusiones

Hace casi veinte años sostenía el Profesor Alegría que *“si la comunidad social fuera imaginada como una nave en medio del océano de los tiempos históricos, el derecho no es a su respecto un ancla, que brinda seguridad, pero impide su movimiento, sino más bien debería vérselo como una gran vela, que absorbe los distintos vientos y con adecuado pilotaje lo lleva también con seguridad hacia el próximo puerto. El futuro dirá cuántos nuevos itinerarios deberá abordar, cuáles serán sus puertos y las inclemencias del viaje. Es la aventura de trasegar una comunidad en dirección a su porvenir”*<sup>182</sup>

La situación que tomamos como muestra del proceso de constitucionalización y convencionalización del derecho privado encarna esta dicotomía que avizoraba el Profesor Alegría y que interpela a los operadores del derecho a buscar soluciones razonables en cada caso.

Los “nuevos vientos” que agitan la nave exhortan a la magistratura a comprender que su labor excede la sola aplicación de la ley especial, que necesariamente debe enmarcarse en un sistema complejo y poroso. Esto no quiere decir abdicar de la particularidad de la materia concursal, donde debe realizarse el mandato preambular de afianzar la justicia en un marco de extrema escasez y atendiendo prioritariamente a las circunstancias del caso. Es la justicia distributiva, tan poco desarrollada en el campo del derecho privado clásico, la que debe guiar la disposición de las velas. Esto, sin olvidar la vigorosa presencia de la equidad, en tanto justicia correctiva<sup>183</sup>.

La inserción de los casos concursales en el sistema de derechos humanos replantea la forma de resolver y de argumentar las soluciones, introduciendo el desafío de armonizar su naturaleza con las distintas perspectivas sectoriales, que pueden resumirse en una “perspectiva de vulnerabilidad”. La decisión, en el complejo entramado de fuentes aplicables, no puede contentarse sólo con distribuir la escasez, sino que debe actuar los

---

<sup>182</sup> ALEGRIA, HÉCTOR; Humanismo y derecho de los negocios, ; LL 2.004-E-1.206

<sup>183</sup> MONTEJANO, BERNARDINO; *La equidad como justicia y la equidad como discreción*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1.971, pág. 50 y ss



# DECONOMI

mandatos y promesas que el constituyente ha realizado, obligando primordialmente al estado en su cumplimiento.

Este el puerto hacia el que debemos llevar la nave transitando los buenos vientos que empujan el velamen del derecho.



# **“La responsabilidad de los directivos en la proximidad de la insolvencia”<sup>1</sup>**

por Cecilio Molina Hernández<sup>2</sup>

**SUMARIO: I. Consideraciones generales. La proximidad de la insolvencia y la responsabilidad de los directivos. II. Los deberes de los directivos en las situaciones de proximidad a la insolvencia. 1. El deber de diligencia de los directivos. 2. El deber de lealtad de los directivos societarios. 2.1. Las obligaciones básicas derivadas del deber de lealtad. 2.2. El deber de evitar situaciones de conflicto de interés. III. La responsabilidad de los directivos en situaciones de proximidad a la insolvencia. IV. Conclusiones. V. Referencias bibliográficas.**

## **I. Consideraciones generales. La proximidad de la insolvencia y la responsabilidad de los directivos**

La insolvencia inminente es aquella en la que el deudor debe prever que no podrá cumplir sus obligaciones regular y puntualmente dentro de los tres meses siguientes, tal y como se establece en el artículo 2.3 del Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal.

La insolvencia inminente no es lo mismo que probabilidad de insolvencia. La insolvencia está más cercana cuando la sociedad se encuentra en situación de insolvencia inminente que cuando la insolvencia es sólo probable.

GUTIÉRREZ GILSANZ, A., «La buena conducta de los administradores sociales en la preinsolvencia», *Diario La Ley*, 2021, p. 2.

De esta manera, siguiendo nuestro Derecho concursal, cuando el deudor se encuentre en una situación de insolvencia probable, deberá acudir a un acuerdo de refinanciación, mientras que, si se halla en una situación de insolvencia inminente, el deudor deberá proceder a la declaración del concurso.

---

<sup>1</sup> El trabajo se integra en el marco de las investigaciones desarrolladas en el Proyecto de Investigación «Sostenibilidad corporativa y reestructuración empresarial» PID2021-125466NB-I00 (financiado por MCIN/ AEI / 10.13039/501100011033 / FEDER, UE), liderado por Ana Belén Campuzano y del que formo parte como miembro del equipo de investigación y en el marco de los trabajos desarrollados por los investigadores del Grupo de Investigación de la Universidad San Pablo CEU «Gobierno Corporativo y Gestión de Riesgos» (G20/1-01) y de la Cátedra de la Universidad San Pablo CEU y Mutua Madrileña.

<sup>2</sup> Profesor de Derecho Mercantil (Titular Acreditado) - Universidad Pontificia Comillas ICAI – ICADE



Esta estrecha línea entre la probabilidad de insolvencia y la insolvencia inminente encuentra su reflejo en la normativa de Derecho de sociedades. Ante la existencia de pérdidas por parte de la sociedad, como causa de disolución, los directivos estarán obligados a convocar la junta general en el plazo de dos meses para que adopte el acuerdo de disolución o, si la sociedad fuera insolvente, ésta inste el concurso, tal y como se establece en el artículo 365.1 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (en adelante, Ley de Sociedades de Capital).

Por todo ello, tal y como mantenemos a lo largo de este trabajo, la responsabilidad de los directivos en situaciones de proximidad a la insolvencia encuentra su reflejo en nuestra normativa societaria y no en el derecho concursal. Mantenemos esta postura toda vez que el legislador español, conocedor de la realidad de los deudores, establece una mínima diferenciación entre la insolvencia probable e insolvencia inminente. Esto es así porque, ante la primera circunstancia, plantea la necesidad de acudir a un acuerdo de refinanciación con los acreedores y si éste no prosperase, y, consecuentemente, la situación patrimonial del deudor no mejorase, se deberá acudir necesariamente al concurso. Aquí juega un papel fundamental el órgano de dirección de una sociedad de capital, ya que es su obligación, al hilo del cumplimiento de sus deberes, velar por los intereses de la sociedad, de los socios, y, ahora también, de los acreedores.

*El artículo 36 de la Propuesta de Directiva relativa a la armonización de determinados aspectos de la legislación en materia de la insolvencia, de 7 de diciembre de 2022, establece lo siguiente: Los Estados miembros velarán por que, cuando una entidad jurídica se convierta en insolvente, sus administradores estén obligados a presentar una solicitud de apertura de un procedimiento de insolvencia ante el órgano jurisdiccional a más tardar tres meses después de que los administradores hayan tenido conocimiento o quepa razonablemente esperar que hayan tenido conocimiento de que la entidad jurídica es insolvente.*

## **II. Los deberes de los directivos en las situaciones de proximidad a la insolvencia**

La crisis financiera de 2008 puso de manifiesto, de forma evidente, las deficiencias existentes en el régimen del buen gobierno corporativo de las sociedades de capital. En este sentido, y desde ese momento, se ha realizado una intensificación de la regulación legal de los deberes de diligencia y de lealtad de los directivos de las sociedades de capital.

El régimen de los deberes de los directivos de sociedades de capital está contemplado en los artículos 225 a 232 de la Ley de Sociedades de Capital. En concreto, estos preceptos

sufren una importante modificación como consecuencia de la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo, de forma que el contenido y alcance de los deberes de diligencia y de lealtad se intensifica.

Además, el previo Informe de la Comisión de Expertos en materia de gobierno corporativo (14 de octubre de 2013), creada por Acuerdo del Consejo de Ministros de 10 de mayo de 2013, consideró necesario y fundamental la reforma en la legislación española de sociedades de capital en lo relativo a los deberes de los directivos y su régimen de responsabilidad. Así, el referido Informe indicaba que era necesario actualizar y reforzar el régimen jurídico, entre otros, de los deberes de los directivos, en particular, del deber de lealtad y de su régimen de responsabilidad.

*Tal y como se extrae del Informe de la Comisión de Expertos en materia de gobierno corporativo, señalaba que necesario actualizar y reforzar su régimen jurídico. Es una vieja asignatura pendiente. De hecho, el Código Unificado recomendó al Gobierno, ya en el año 2006, reformar el régimen de responsabilidad de los administradores al objeto de hacerlo más severo y eficaz, a cuyo efecto preveía (en la recomendación al Gobierno número 6, contenida en su anexo II), la adopción, entre otras, de las siguientes medidas: (i) Una tipificación más precisa de los deberes de lealtad y de los procedimientos que se deberían seguir en caso de conflicto de interés. (ii) La extensión de los deberes de lealtad, y de su régimen de responsabilidad, a los accionistas de control, así como a los administradores de hecho, incluidos los ocultos. (iii) La legitimación directa de los accionistas para el ejercicio de la acción de responsabilidad por deslealtad; se podía configurar, tal vez, como un “derecho de minoría”. (iv) El establecimiento de un trámite de admisión de la demanda, de forma que el juez pueda rechazar aquellas que entrañen abuso de derecho. (v) La elevación de las sanciones, de forma que incluyan en todo caso la devolución del enriquecimiento injusto. Ninguna de ellas ha sido adoptada hasta el momento, aunque es cierto que buena parte han tenido cabida en la Propuesta de Código Mercantil, cuyas previsiones en este terreno (artículos 215-7 y siguientes) representan una mejora sustancial del régimen de los deberes de los administradores y de las condiciones precisas para la exigencia de responsabilidad.*

En el marco de la concreción del sistema de responsabilidad de los directivos, por incumplimiento de los deberes de diligencia y de lealtad, se contemplaba además la extensión del *régimen de responsabilidad de los administradores a personas asimiladas y a facilitar la interposición de la acción social de responsabilidad, reduciendo la participación necesaria para obtener legitimación y permitiendo, en los casos de infracción del deber de lealtad, su interposición directa, sin necesidad de esperar a que se pronuncie sobre ello la junta general.*

Esta motivada extensión del contenido del régimen legal de los deberes de los directivos en la normativa de sociedades de capital ha causado que otra de las normas reguladoras de las sociedades cotizadas, esto es, el Código de buen gobierno de las sociedades cotizadas de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, no dedique precepto alguno al régimen de los deberes de los consejeros de administración de las sociedades

cotizadas. Sin duda, ésta es una gran noticia en el marco de la exigibilidad en el cumplimiento de los deberes de los administradores de sociedades cotizadas, que, como sociedades de capital, han de cumplir también estas disposiciones, pues las referencias del citado Código de Buen Gobierno de las sociedades cotizadas están sujetas al principio de “cumplir o explicar”.

Véase COMISIÓN NACIONAL DEL MERCADO DE VALORES, *Código de buen gobierno de las sociedades cotizadas*, 2020, pp. 9-10, donde se explicitan las características de este Código y se justifica: *La utilización de códigos de buen gobierno de carácter voluntario junto con el principio de «cumplir o explicar» son un sistema útil para lograr parte de los objetivos del buen gobierno corporativo y es el sistema seguido de forma consistente tanto en los principales países de la Unión Europea como en otros países desarrollados, resaltando su flexibilidad en el modo de ser aplicado y la posibilidad de constituirse en una referencia de buenas prácticas de gobierno corporativo. Además, la Unión Europea ha recogido expresamente en su normativa la validez de este principio de actuación, confirmado recientemente en el Libro Verde de la Unión Europea sobre gobierno corporativo de las sociedades cotizadas.*

Aunque hemos aclarado que la Ley de Sociedades de Capital es de carácter obligatorio, también sigue, en cierta parte, este principio de “cumplir o explicar”, de modo que, cuando las sociedades no hagan cumplimiento de las recomendaciones que por parte de la Comisión Nacional del Mercado de Valores se hacen, deberán justificar las razones por las que no han entablado medidas para el seguimiento de las sugerencias establecidas.

MOLINA HERNÁNDEZ, C., «Gobierno corporativo y entidades de crédito. Especial referencia al deber de diligencia de los administradores en los contratos con cláusulas suelo», *La Ley Mercantil*, núm. 39 (2017), p. 2.

## 1. El deber de diligencia de los directivos

El deber general de diligencia queda consagrado en la actualidad en el artículo 225 de la Ley de Sociedades de Capital, en atención a los siguientes términos: *los administradores deberán desempeñar el cargo y cumplir los deberes impuestos por las leyes y los estatutos con la diligencia de un ordenado empresario, teniendo en cuenta la naturaleza del cargo y las funciones atribuidas a cada uno de ellos; y subordinar, en todo caso, su interés particular al interés de la empresa.* Originariamente, y en un claro equívoco del legislador, aparecían conjuntamente los deberes de diligencia y de lealtad, hasta que se desvincularon en la normativa actual, para proceder a la exigencia, como se ha visto, de una actuación responsable similar a la de un empresario.

GARCÍA MANDALONIZ, M., «Inconcreción del deber de diligente administración, disposición del régimen de responsabilidad e inclusión de la regla de la discrecionalidad empresarial (artículos 225 y 226 de la ley de sociedades de capital)», en MARTÍNEZ-ECHEVARRÍA Y GARCÍA DE DUEÑAS, A. (dir.), *Gobierno Corporativo: la Estructura del Órgano de Gobierno y la Responsabilidad de los Administradores*, Thomson Reuters-Aranzadi, Pamplona, 2015, pp. 368-369, donde la autora señala que tras una primera versión de la Ley de sociedades

de capital, desapareció la expresión de representante leal por la de ordenado empresario y, a su parecer, podrían haberse empleado otros términos, tales como gestor o administrador, que denotarían la cualificación necesaria para el desarrollo de sus funciones; DÍAZ ECHEGARAY, J. L., *Deberes y responsabilidad de los administradores de sociedades de capital*, Thomson Reuters-Aranzadi, Pamplona, 2006, pp. 137-138; ALONSO UREBA, A., «Presupuestos de la responsabilidad social de los administradores de una sociedad anónima», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 198 (1990), p. 667, donde el autor considera que convendría que la conducta de un administrador se diferenciase de la exigida a un empresario.

Se exige o se espera de ellos una actuación *responsable*, más allá de la de un buen padre de familia, quien se preocupa fundamentalmente por la conservación de un patrimonio, en la que fundamentalmente *ha de buscar el interés social*; interés social que, en las sociedades no cotizadas, quizá el interés del gestor no difiera en exceso a la de los propietarios de las acciones, pero que probablemente en las grandes sociedades podría ser distinto. Por tanto, en sentido estricto, se espera del directivo que sea un gestor prudente, actuando con cuidado, dedicación, previsión y pericia.

QUIJANO GONZÁLEZ, J., *La responsabilidad civil de los administradores de la sociedad anónima (aspectos sustantivos)*, Universidad de Valladolid, 1985, p. 224.

Esta subordinación del interés particular, en relación al interés de la empresa, se ha recogido específicamente en la Ley de Sociedades de Capital a raíz de la Ley 5/2021, de 12 de abril, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, y otras normas financieras, en lo que respecta al fomento de la implicación a largo plazo de los accionistas en las sociedades cotizadas.

Conscientes de las múltiples críticas que ha recibido este precepto, por considerarlo reiterativo al hilo del deber de lealtad, realizamos una reflexión de la oportuna incorporación que, sobre este precepto, se ha realizado y, a nuestro parecer, en conexión con la responsabilidad de los administradores en situaciones de insolvencia inminente, en consonancia con la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 (Directiva sobre reestructuración e insolvencia).

En este sentido, véase el Considerando 71, donde se establece: *En caso de que el deudor esté próximo a la insolvencia, es importante también proteger los intereses legítimos de los acreedores frente a las decisiones de los gestores que podrían tener un impacto sobre la constitución de la masa del deudor, en particular cuando tales decisiones podrían tener el efecto*

*de disminuir el valor del patrimonio disponible para los esfuerzos de reestructuración o para su distribución a los acreedores. Por lo tanto, es necesario garantizar que en tales casos los administradores sociales eviten toda actuación dolosa o gravemente negligente que resulte en beneficio propio en perjuicio de los interesados, y eviten aceptar transacciones a pérdida o tomando medidas conducentes a favorecer injustamente a uno o más interesados. Los Estados miembros deben poder aplicar las disposiciones correspondientes de la presente Directiva garantizando que las autoridades judiciales o administrativas, al evaluar si debe considerarse a un administrador social responsable de incumplimientos del deber de diligencia, tengan en cuenta las normas en materia de obligaciones de los administradores sociales establecidas en la presente Directiva.*

Asimismo, las obligaciones contenidas en el deber de diligencia, en el marco de la preinsolvencia, se concretan en las recomendaciones 255 y 256 de la Guía Legislativa UNCITRAL sobre el régimen de la insolvencia, y que señala lo siguiente: *Los administradores sociales, entre otros, quedarán obligados a tener debidamente en cuenta los intereses de los acreedores y demás interesados y a adoptar medidas razonables para: a) evitar la insolvencia; y b) cuando la insolvencia sea inevitable, reducir al mínimo su alcance.* A partir de ahí, en la recomendación 256, se recogen una serie de funciones, en el cumplimiento del deber de diligencia por parte de los directivos societarios, en el contexto de la preinsolvencia, que se asemejan a las señaladas en la Directiva y que, como estamos teniendo oportunidad de reflejar, ya están contempladas en nuestro ordenamiento jurídico.

En segundo lugar, el deber de diligencia establece que los directivos *deberán tener la dedicación adecuada y adoptarán las medidas precisas para la buena dirección y el control de la sociedad.* Esta interrelación entre el deber de asistencia y el deber de diligencia de los administradores se plasma en el Principio 13 del Código de Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas, donde se valora que la selección de los consejeros, en cualquier caso, debe garantizar que se efectúa teniendo en cuenta su disponibilidad para el desarrollo del cargo que asume desde su nombramiento.

MOLINA HERNÁNDEZ, C., «La incorporación de las nuevas tecnologías en los órganos de gobierno de las sociedades cotizadas», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 317 (2020), p. 268.

En tercer lugar, el deber de diligencia, en el artículo 225.3 de la Ley de Sociedades de Capital, procede al reconocimiento expreso de la doble vertiente del derecho/deber de información. Como sucedía con anterioridad, el alcance del derecho de información, por parte de los administradores, es muy amplio, pues, tal y como se deduce del contenido, podrá recabar toda la información necesaria en el cumplimiento de sus obligaciones. No obstante, se ha limitado, pues antes se refería a la marcha de la sociedad, por lo que ahora, entendemos, no podría solicitar información sobre cuestiones que no se

circunscriben a sus tareas, como podría ser la clientela, los secretos empresariales, entre otros.

Sobre esta cuestión, véase ENCISO ALONSO-MUÑUMER, M., «El deber/derecho de información del administrador», en AA.VV., *Derecho de sociedades. Cuestiones sobre órganos sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 722; QUIJANO, J., «El funcionamiento del consejo en las sociedades cotizadas (reglas legales, recomendaciones y autorregulación)», en JUSTE, J. y ESPÍN, C. (coords.), *Estudios sobre órganos de las sociedades de capital: liber amicorum*, Fernando Rodríguez Artigas, Gaudencio Esteban Velasco, Tomo II, Thomson Reuters-Aranzadi, 2017, p. 243.

## 2. El deber de lealtad de los directivos societarios

Tal y como se establece en el artículo 227.1 de la Ley de Sociedades de Capital, el deber de lealtad impone a los directivos la obligación de desempeñar el cargo con la lealtad de un fiel representante, obrando de buena fe y en el mejor interés de la sociedad. Como indica la *Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de septiembre de 2012*, dado el carácter fiduciario de la relación que vincula al administrador con la sociedad, el estándar de buena fe cumple importantes funciones como regla de integración de su regulación. En este sentido, además, añade el precepto, al determinar el parámetro general de conducta del administrador social, la exigencia de actuación en el mejor interés de la sociedad. El deber del administrador de actuar como un representante leal en el mejor interés de la sociedad -el interés social- implica la obligación del desempeño del cargo anteponiendo siempre el interés de la sociedad de la que es administrador al interés particular del propio administrador o de terceros.

CAMPUZANO, A. B. y MOLINA HERNÁNDEZ, C., «La infracción del deber de lealtad de los administradores sociales en la sección de calificación concursal», *Estudios de Derecho Empresario*, núm. 17 (2018), p. 49.

Podemos decir que el deber de lealtad, al igual que otros principios, se rige por las notas características de determinados principios, tales como: (i) no rige sin excepción; (ii) no comporta la pretensión de exclusividad; (iii) el principio despliega su verdadero contenido de sentido en un juego de recíproca complementación y limitación con otros principios; (iv) para su aplicación el principio requiere de concreción.

RIBAS FERRER, V., *Aproximación al estudio del deber de lealtad del administrador de sociedades*, Universitat Autònoma de Barcelona, 2004, pp. 85 y siguientes.

El deber de lealtad, como vamos a tener oportunidad de analizar, es un deber amplio y complejo que va desde el interés de la sociedad, pasando por la situación del administrador de evitar situaciones de conflictos de interés respecto de la sociedad, no incurriendo en situaciones de propio beneficio personal, así como otras obligaciones.

VELOSO CARO, J., «El deber de lealtad de los administradores (artículo 226 de la Ley de Sociedades de Capital)», en MARTÍNEZ-ECHEVARRÍA Y GARCÍA DE DUEÑAS, A. (dir.), *Gobierno Corporativo: la estructura del órgano de gobierno y la responsabilidad de los administradores*, Thomson Reuters-Aranzadi, Pamplona, 2015, pp. 441-442.

Aun cuando se ha producido un endurecimiento de la configuración legal de los deberes de los administradores de sociedades de capital, y, más concretamente, del deber de lealtad, lo cierto es que encontramos escasa litigiosidad en el marco general del citado deber.

En el asunto que nos ocupa, y en el marco de las situaciones de preinsolvencia, hay que reconocer que la infracción del deber de lealtad puede acarrear dificultades de cobro para los acreedores de la sociedad. En este sentido, la responsabilidad concursal del administrador debe reunir carácter indemnizatorio, toda vez que más allá del interés social, también hemos de tener presente los intereses de los acreedores. En todo caso, no hay que olvidar que la concreción de la responsabilidad concursal del directivo, como consecuencia de la desprotección de los intereses de los acreedores, tiene que venir perfectamente concretada; todo ello porque será el juez del concurso quien deba determinar que la participación del directivo debe provocar la insatisfacción total o parcial de los créditos, además de las otras causas que puedan haber motivado la situación de insolvencia de la sociedad. Por tanto, el interés de la sociedad debe aglutinar, más allá de los intereses de los socios, el interés de acreedores, a fin de eludir, en el marco del cumplimiento del deber de lealtad de todo directivo, concurrencia de motivos de culpabilidad, en sede societaria y en sede concursal.

Nos encontramos con un interesante debate jurisprudencial de nuestro Alto Tribunal acerca del carácter resarcitorio o sancionador de la responsabilidad concursal de los administradores. En nuestra opinión, tal y como se configura en nuestro ordenamiento, más allá de la culpabilidad necesaria para determinar la responsabilidad del administrador, el objetivo es la fijación de una cuantía económica, en aras de la fijación de una indemnización para la cobertura del déficit concursal.

Sobre esta cuestión, véase, entre otras, las Sentencias del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 2011, de 21 de mayo de 2012, de 14 de noviembre de 2012 y de 20 de diciembre de 2012.

### *2.1. Las obligaciones básicas derivadas del deber de lealtad*

En el diseño de la Ley de Sociedades de Capital, en concreto, en su artículo 228, se recogen lo que se denominan obligaciones básicas derivadas del deber de lealtad. En la medida en que el régimen del deber de lealtad es imperativo, no resultan válidas las disposiciones estatutarias que lo limiten o sean contrarias al mismo. No obstante, lo que si se prevé expresamente es la dispensa en casos singulares autorizados, y bajo



determinadas circunstancias, de algunas de estas prohibiciones. En concreto, se prevén dispensables algunas -no todas- de las obligaciones impuestas al administrador para evitar incurrir en situaciones de conflicto de interés (artículos 228 e) y 229.1, salvo el artículo 229.1.b) de la Ley de Sociedades de Capital). No pueden considerarse dispensables, por el contrario, la mayoría de las obligaciones básicas derivadas del deber de lealtad (artículos 228 a), b), c) y d) de la Ley de Sociedades de Capital).

Esa es la interpretación que se deriva de la literalidad legal que, tras contemplar las obligaciones básicas derivadas del deber de lealtad, con especial atención al deber de evitar situaciones de conflictos de interés, dispone la naturaleza imperativa de este régimen, no admitiendo disposiciones estatutarias limitativas o contrarias (artículo 230.1 LSC), pero admite posibles dispensas en casos singulares autorizados respecto a los supuestos previstos en el artículo 229, referido al deber de evitar situaciones de conflicto de interés. El precepto legal no extiende esta posible dispensa respecto a las obligaciones establecidas en el artículo 228 (excepción hecha de la contenida en la letra e) del artículo 228 -el deber de evitar situaciones de conflicto de interés- que es precisamente desarrollada en el artículo 229, al que si, con carácter general -que no absoluto- se extiende el régimen de dispensa singular autorizada).

En el ámbito de lo que la Ley de Sociedades de Capital denomina obligaciones básicas derivadas del deber de lealtad, en particular, éste obliga al directivo a no ejercitar sus facultades con fines distintos de aquéllos para los que le han sido concedidas. Las facultades derivadas de las competencias de gestión y representación que corresponden a los directivos de las sociedades de capital, han de ser ejercidas para desarrollar las actividades precisas para la consecución del objeto y fin social, de manera que, en particular, los directivos no pueden ejercer sus facultades para la consecución de intereses particulares o de terceros. En todos los casos de utilización de las facultades para fines distintos hay una infracción del deber de lealtad, ya que el directivo deja de actuar como un representante leal en defensa del interés social.

CAMPUZANO, A. B. y MOLINA HERNÁNDEZ, C., «La infracción del deber de lealtad de los administradores sociales en la sección de calificación concursal», *Estudios de Derecho Empresario*, núm. 17 (2018), p. 51.

También se exige al directivo guardar secreto sobre las informaciones, datos, informes o antecedentes a los que haya tenido acceso en el desempeño de su cargo, incluso cuando haya cesado en él, salvo en los casos en que la ley lo permita o requiera. La dicción legal incluye informaciones, datos, informes o antecedentes, aunque es lógico entender

que el deber de secreto recaiga sobre aquellos de carácter confidencial a los que se ha tenido acceso en el desempeño del cargo. La *Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de octubre de 2011* determina que para que exista deber de confidencialidad es precisa la concurrencia de los siguientes requisitos: 1) *Que la información de cualquiera que sea su naturaleza -datos, informes o antecedentes- sea confidencial.* 2) *Que el conocimiento de la información se haya adquirido "como consecuencia del ejercicio" del cargo, aunque no necesariamente "en el ejercicio" del mismo.* 3) *Que la comunicación o divulgación sea apta para provocar consecuencias perjudiciales de cualquier tipo para el interés social.* Y añade que para que se vulnere el referido deber de confidencialidad es preciso: 1) *Que la información se comuniquen o divulgue a terceros.* 2) *Que quien recibe la información no tenga derecho a ser informado.*

Véase también la *Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de diciembre de 1993*, que señala que las conductas que comportan una violación del deber de secreto por parte de los sujetos obligados son dos: la comunicación de la información confidencial a terceros, y la divulgación de la información confidencial.

La obligación de guardar secreto, incluso tras el cese del directivo en el cargo, se excepciona en aquellos casos en que la ley lo permita o requiera. Así, las excepciones afectan a aquellos supuestos en los que legalmente se permita su comunicación o divulgación a terceros y en los que se imponga la remisión de dicha información a la autoridad judicial o de supervisión.

En todo caso, la configuración legal actual del deber de diligencia de los directivos, en virtud del cual se establece el derecho-deber de informarse en el ejercicio de sus funciones puede motivar que, en ocasiones, el acceso a información sensible de la sociedad y, posteriormente, un mal uso de la misma, ocasione un perjuicio para el interés social de la entidad.

Además, el directivo debe abstenerse de participar en la deliberación y votación de acuerdos o decisiones en las que él o una persona vinculada tenga un conflicto de intereses, directo o indirecto. Se excluyen de esta obligación de abstención los acuerdos o decisiones que le afecten en su condición de directivo, tales como su designación o revocación para cargos en el órgano de dirección u otros de análogo significado.

La previsión recoge el deber de abstención inherente a la condición de directivo -que se extiende a las personas vinculadas - y que se encuentra relacionado con el artículo 190.1.e) de la Ley de Sociedades de Capital, que prohíbe al socio -simultáneamente directivo- el ejercicio del derecho del voto correspondiente a sus acciones o

participaciones, cuando se trate de adoptar un acuerdo que tenga por objeto dispensarle de las obligaciones derivadas del deber de lealtad, conforme al régimen establecido de imperatividad y dispensa.

El deber de abstención abarca tanto los conflictos de intereses directos como indirectos, aunque se excluye cuando el conflicto afecta al directivo en su condición de tal, como su designación o revocación para cargos en el órgano de administración, como miembro de una comisión del consejo o su destitución como consejero delegado, u otros de análogo significado. En este sentido, a nuestro parecer, y como ya ha mantenido parte de nuestra doctrina, esta abstención debería ir más allá, y hacer que el directivo no obtuviera información alguna sobre la deliberación y voto de la cuestión que le afecte.

*La Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de abril de 2016 establece que el precepto tiene por finalidad que la sociedad sea informada adecuadamente por el administrador de la existencia del conflicto de intereses que le afecta, de forma que la sociedad pueda adoptar las decisiones adecuadas para defender sus intereses, sin que el administrador en conflicto pueda intervenir en la adopción de tal decisión. en la redacción actual de la ley, también tiene por finalidad activar los mecanismos de dispensa en aquellos casos en que sea posible.*

SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., «La abstención del consejero en conflicto de intereses», en TOBÍO RIVAS, A. M., FERNÁNDEZ-ALBOR BALTAR, Á. y TATO PLAZA, A. (coords.), *Estudios de derecho mercantil. Libro homenaje al Prof. Dr.h.c. José Antonio Gómez Segade*, Marcial Pons, Madrid, 2013, p. 306.

Igualmente, se impone al directivo el desempeño de sus funciones bajo el principio de responsabilidad personal con libertad de criterio o juicio e independencia respecto de instrucciones y vinculaciones de terceros.

Por último, se establece que ha de adoptar las medidas necesarias para evitar incurrir en situaciones en las que sus intereses, sean por cuenta propia o ajena, puedan entrar en conflicto con el interés social y con sus deberes para con la sociedad. Lo relevante de este deber es que lo que se exige al directivo en cumplimiento de su deber de lealtad es adoptar las medidas necesarias para evitar incurrir en situaciones de conflicto de interés. Este deber, aunque se contempla como obligación básica derivada del deber de lealtad en la letra e) del artículo 228, se desarrolla específicamente en el artículo 229.1, que contempla actuaciones en particular que el directivo debe abstenerse de realizar. Éstas son las obligaciones -salvo la prevista en la letra b) del artículo 229.1- que pueden dispensarse en casos singulares autorizados y bajo determinadas circunstancias. En efecto, la sociedad podrá dispensar algunas de estas prohibiciones en casos singulares autorizando la realización por parte de un directivo o una persona vinculada (en puridad, la autorización debe ir referida al directivo, ya que es él quien tiene el deber de lealtad).

## 2.2. *El deber de evitar situaciones de conflicto de interés*

La lista de conflicto de intereses entre la sociedad y los administradores es de carácter abierto, de forma que únicamente suponen una enumeración ejemplificativa de posibles conductas en las que el directivo infringiría el deber de lealtad. En todo caso, vamos a realizar un análisis pormenorizado de todas estas cuestiones.

EMBID IRUJO, J. M. y GORRIZ LÓPEZ, C., «Artículo 127 ter», en ARROYO MARTÍNEZ, I., EMBID IRUJO, J. M. y GORRIZ LÓPEZ, C. (coords.), *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, vol. 2, Tecnos, Madrid, 2009, p. 1435.

En particular, las actuaciones que el directivo debe abstenerse de realizar, como concreción de su deber de evitar situaciones de conflicto de interés, son, en primer lugar, abstenerse de realizar transacciones con la sociedad, excepto que se trate de operaciones ordinarias, hechas en condiciones estándar para los clientes y de escasa relevancia, entendiendo por tales aquéllas cuya información no sea necesaria para expresar la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la entidad. La prohibición impide al directivo realizar transacciones con la sociedad - término deliberadamente amplio- por el conflicto que ello suscita entre el interés de la sociedad y el interés del directivo, salvo que se trate de operaciones ordinarias hechas en condiciones estándar para los clientes y de escasa relevancia.

Respecto a las sociedades de responsabilidad limitada, la Ley de Sociedades de Capital contiene otras prohibiciones específicas de autocontratación. Así sucede en relación con la concesión por la propia sociedad de asistencia financiera a sus administradores -artículo 162.1- y respecto al establecimiento o modificación de relaciones de prestación de servicios o de obra entre la sociedad y sus administradores -artículo 220-. En ambos casos, para su realización, deberá otorgarse autorización por la junta general.

BOLDÓ RODA, C., «Deber de evitar situaciones de conflicto de interés y personas vinculadas a los administradores: artículos 229 y 231», en HERNANDO CEBRIÁ, L. (coord.), *Régimen de deberes y responsabilidad de los administradores en las sociedades de capital*, Bosch, Barcelona, 2015, p. 251, donde la autora muy acertadamente defiende al respecto:

*Se trata de una manifestación de autocontratación y por eso lo que caracteriza a estas ventajas es que el administrador, al realizarlas, emite una declaración de voluntad por cuenta de la sociedad y otra por cuenta propia. La situación de conflicto de intereses en la que se encuentra el administrador que autocontrata tenderá a hacer prevalecer el interés propio sobre el interés de la sociedad por cuya cuenta contrata.*

La autorización para su dispensa en casos singulares deberá ser necesariamente acordada por la junta general si afecta a una transacción cuyo valor sea superior al diez por ciento de los activos sociales. En los demás casos, la autorización también podrá ser otorgada por el órgano de administración siempre que quede garantizada la independencia de los miembros que la conceden respecto del directivo dispensado y, además, se asegure la inocuidad de la operación autorizada para el patrimonio social o, en su caso, su realización en condiciones de mercado y la transparencia del proceso.

CAMPUZANO, A. B. y MOLINA HERNÁNDEZ, C., «La infracción del deber de lealtad de los administradores sociales en la sección de calificación concursal», *Estudios de Derecho Empresario*, núm. 17 (2018), pp. 53-54.

En segundo lugar, el deber de evitar situaciones de conflicto de interés obliga al directivo a abstenerse de utilizar el nombre de la sociedad o invocar su condición de cómo tal para influir indebidamente en la realización de operaciones privadas.

PORTELLANO DÍEZ, P., *Deber de fidelidad y oportunidades de negocio*, Thomson Reuters-Civitas, Pamplona, 1996, p. 23; QUIJANO GONZÁLEZ, J. y MAMBRILLA RIVERA, V., «Los deberes fiduciarios de diligencia y lealtad. En particular, los conflictos de interés y las operaciones vinculadas», en RODRÍGUEZ ARTIGAS, F. (coord.), *Derecho de sociedades anónimas cotizadas: (estructura de gobierno y mercados)*, Thomson Reuters-Aranzadi, Pamplona, 2006, p. 960.

Así, los actos de explotación de la condición de directivo o de cualquiera de los elementos a los que la misma da acceso, realizados por el mismo con fines privados deben considerarse prohibidos cuando son utilizados por el directivo para la satisfacción de un interés distinto al interés de la sociedad.

En tercer lugar, también debe el directivo abstenerse de hacer uso de los activos sociales, incluida la información confidencial de la compañía, con fines privados. La autorización para su dispensa en casos singulares podrá ser otorgada por el órgano de administración siempre que quede garantizada la independencia de los miembros que la conceden respecto del directivo dispensado y, además, se asegure la inocuidad de la operación autorizada para el patrimonio social o, en su caso, su realización en condiciones de mercado y la transparencia del proceso.

En cuarto lugar, el directivo tiene vedado aprovecharse de las oportunidades de negocio de la sociedad, se entiende, en beneficio personal.

*La Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de septiembre de 2012 señala que (...) el carácter fiduciario de la relación que vincula al administrador con la sociedad - en la que el estándar de buena fe cumple importantes funciones como regla de integración de su regulación - determina que, en ciertas circunstancias, aquel, no obstante haber cesado en el cargo y estar facultado, como regla, para emprender y desarrollar actividades en competencia con ésta, deba observar respecto de ella ciertos deberes de conducta impuestos por dicha buena fe (...). Uno de tales supuestos que la práctica ha permitido individualizar consiste en la intencionada preparación del aprovechamiento de la oportunidad de negocio por parte del administrador, mientras lo era, aunque no logre su propósito hasta después de dejar de serlo, en ejecución del plan concebido (...). Otro de los supuestos es el de la apropiación, en determinadas circunstancias contrarias al modelo de buena fe, por quien fue administrador de las oportunidades de negocio que se considera ya pertenecían prácticamente al activo de la sociedad.*

Esta previsión es consecuencia directa de la inclusión de los principios de gobierno corporativo en nuestro ordenamiento. Como en el supuesto anterior, la autorización para su dispensa en casos singulares podrá ser otorgada por el órgano de administración siempre que quede garantizada la independencia de los miembros que la conceden

respecto del directivo dispensado y, además, se asegure la inocuidad de la operación autorizada para el patrimonio social o, en su caso, su realización en condiciones de mercado y la transparencia del proceso.

En quinto lugar, el directivo está obligado a abstenerse de obtener ventajas o remuneraciones de terceros distintos de la sociedad y su grupo asociadas al desempeño de su cargo, salvo que se trate de atenciones de mera cortesía. En este sentido, supone un conflicto de interés pues el administrador puede atender preferentemente a las personas de las que obtenga un incentivo retributivo, más allá de los propios intereses o de personas vinculadas. En este caso, la autorización para su dispensa en casos singulares deberá ser necesariamente acordada por la junta general.

LLEBOT MAJÓ, J. O., *Los deberes de los administradores de sociedad anónima*, Thomson Reuters-Civitas, Pamplona, 1995, p. 117.

Por último, el deber de evitar situaciones de conflicto de interés obliga al administrador, a abstenerse de desarrollar actividades por cuenta propia o cuenta ajena que entrañen una competencia efectiva, sea actual o potencial, con la sociedad o que, de cualquier otro modo, le sitúen en un conflicto permanente con los intereses de la sociedad. La previsión contempla dos supuestos distintos. De un lado, desarrollar actividades por cuenta propia o cuenta ajena que entrañen una competencia efectiva, sea actual o potencial, con la sociedad. De otro lado, desarrollar actividades por cuenta propia o cuenta ajena que, de cualquier otro modo, le sitúen en un conflicto permanente con los intereses de la sociedad.

No se requiere coincidencia plena entre la actividad realizada por la sociedad y la desarrollada por el administrador. Así se pronuncia, de forma acertada, BOLDÓ RODA, C., «Deber de evitar situaciones de conflicto de interés y personas vinculadas a los administradores: artículos 229 y 231», en HERNANDO CEBRIÁ, L. (coord.), *Régimen de deberes y responsabilidad de los administradores en las sociedades de capital*, Bosch, Barcelona, 2015, p. 262.

La Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 26 de julio de 1988 consideró acertada para una sociedad anónima la norma estatutaria en virtud de la cual se prohibía a los socios, mientras ostentaran dicha condición, la dedicación a las mismas actividades que constituían el objeto social.

Esta obligación de no competir con la sociedad solo podrá ser objeto de dispensa en casos singulares, en el supuesto de que no quepa esperar daño para la sociedad o el que quepa esperar se vea compensado por los beneficios que prevén obtenerse de la dispensa. La dispensa se concederá mediante acuerdo expreso y separado de la junta general. A instancia de cualquier socio, la junta general resolverá sobre el cese del directivo que desarrolle actividades competitivas cuando el riesgo de perjuicio para la sociedad haya devenido relevante.

Sobre la cuestión de la dispensa en esta situación de conflicto de interés, véase la *Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de diciembre de 2008*, que fija como doctrina lo siguiente: *la prohibición de competencia desleal que impone a los administradores el artículo 65 SRRL, se infringe mediante la creación por parte de éstos, sin la autorización expresa de la sociedad, de una sociedad con idéntico objeto, salvo que se demuestre, valorando las circunstancias, que no existe contraposición de intereses.*

En la actualidad, como se puede apreciar del precepto, no sólo contempla la opción del desarrollo de una sociedad por parte del administrador, sino que es posible que realice las mismas actividades por cuenta ajena.

### **III. La responsabilidad de los directivos en situaciones de proximidad a la insolvencia.**

El análisis de la responsabilidad de los directivos en situaciones de proximidad a la insolvencia debe partir de la previsión que, al respecto, se hace en el artículo 19 de la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 (Directiva sobre reestructuración e insolvencia). En este sentido, en las situaciones de insolvencia inminente, en su consideración dentro de nuestra normativa concursal, los administradores sociales deben tomar debidamente en cuenta, como mínimo, lo siguiente: a) los intereses de los acreedores, tenedores de participaciones y otros interesados; b) la necesidad de tomar medidas para evitar la insolvencia, y c) la necesidad de evitar una conducta dolosa o gravemente negligente que ponga en peligro la viabilidad de la empresa.

En este contexto, véase el Considerando 70 de la misma norma, en virtud del cual se establece lo siguiente: *es importante garantizar que no se disuade a los administradores sociales de tomar decisiones empresariales razonables o asumir riesgos comerciales razonables, sobre todo cuando ello mejoraría las posibilidades de una reestructuración de empresas potencialmente viables. En caso de que la sociedad experimente dificultades financieras, los administradores sociales deben tomar medidas para minimizar las pérdidas y evitar la insolvencia, como las siguientes: buscar asesoramiento profesional, en particular en materia de reestructuración e insolvencia, por ejemplo utilizando las herramientas de alerta temprana cuando proceda; proteger el patrimonio de la sociedad a fin de incrementar al máximo su valor y evitar la pérdida de activos clave; examinar, a la luz de la estructura y las funciones de la empresa, su viabilidad y reducir gastos; evitar comprometer a la empresa en transacciones que puedan ser objeto de revocación, a menos que exista una justificación empresarial adecuada; seguir comerciando cuando sea adecuado hacerlo con el fin de maximizar el valor de la empresa en funcionamiento; mantener negociaciones con los acreedores e iniciar procedimientos de reestructuración preventiva.*

En nuestro ordenamiento concursal, a la hora de abordar la responsabilidad de los directivos, sólo contamos con la responsabilidad de estos representantes tras la finalización del concurso, esto es, la responsabilidad concursal o condena a la cobertura



del déficit concursal derivada de la calificación culpable del concurso. Para ello, partimos de la determinación normativa del concurso culpable, a tenor del artículo 442 del Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal, en virtud del cual *el concurso se calificará como culpable cuando en la generación o agravación del estado de insolvencia hubiera mediado dolo o culpa grave del deudor o, si los tuviere, de sus representantes legales y, en caso de persona jurídica, de sus administradores o liquidadores, de derecho o de hecho, directores generales, y de quienes, dentro de los dos años anteriores a la fecha de declaración del concurso, hubieren tenido cualquiera de estas condiciones.*

En este sentido, el concurso de acreedores, junto a las funciones solutoria y conservativa, cumple, también, una función represora o sancionadora del deudor concursado o de los directivos del concursado persona jurídica cuya conducta, positiva o negativa, hubiese generado o agravado el estado de insolvencia ocasionando así un perjuicio a los acreedores.

CAMPUZANO, A. B., «Sobre el tratamiento del crédito de condena a la cobertura del déficit concursal en el concurso de acreedores de las personas insolventes condenadas», *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 51 (2020), pp. 481-516.

Así se prevé, en concreto, a la hora de determinar la condena a la cobertura del déficit, en atención del artículo 456 del Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal, de forma que, encontrándonos con varios sujetos condenados, *la sentencia deberá individualizar la cantidad a satisfacer por cada uno de ellos, de acuerdo con la participación en los hechos que hubieran determinado la calificación del concurso.*

En definitiva, y tras un intenso debate doctrinal y jurisprudencial, del que no es posible tratar en este momento, la naturaleza de la responsabilidad concursal es indemnizatoria, mientras que la sanción deriva de la inhabilitación *de las personas naturales afectadas por la calificación para administrar los bienes ajenos durante un período de dos a quince años, así como para representar a cualquier persona durante el mismo período,* tal y como se establece en el artículo 455.2.º del Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal.

ALONSO UREBA, A., «Artículo 172 bis. Responsabilidad concursal», en PULGAR EZQUERRA, J. (dir.), *Comentarios a la legislación concursal*, Wolters Kluwer, Madrid, 2016, pp. 1837-1868; PULGAR EZQUERRA, J., «El deber y la responsabilidad de los administradores de sociedades de capital por la solicitud del concurso de acreedores», en BAJO FERNÁNDEZ, M. (dir.), *Gobierno corporativo y derecho penal: Mesas Redondas, Derecho y Economía*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2008, pp. 117-119.

Contra BELTRÁN, E., «En torno a la "naturaleza" de la responsabilidad concursal: (comentario de la sentencia de la Sección 28ª de la Audiencia Provincial de Madrid de 5 de febrero de 2008)», *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 14 (2008), pp. 329-371.

Hay que tener presente que el cambio de criterio, en cuanto a la naturaleza sancionadora o indemnizatoria de la responsabilidad concursal deviene de la reforma de la ley concursal del año 2014.

GONZÁLEZ CABRERA, I., «Deber de lealtad y responsabilidad concursal del administrador persona jurídica. Reflexiones a la luz de la STS de 20 de diciembre de 2017», *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 52 (2018), p. 14.

Por esta razón, y una vez que el ordenamiento español ha transpuesto la referida Directiva, nos encontramos con el encaje de la responsabilidad de los administradores en situaciones de insolvencia inminente en el marco de nuestro Derecho de sociedades. En lo concerniente a la responsabilidad solidaria de los administradores por concurrir causa legal de disolución, derivada del artículo 367 de la Ley de Sociedades de Capital, nos centramos en la causa de disolución por pérdidas que dejen reducido el patrimonio neto a una cantidad inferior a la mitad del capital social, a no ser que éste se aumente o se reduzca en la medida suficiente, y siempre que no sea procedente solicitar la declaración de concurso, prevista en el artículo 363.1.e) de la misma Ley.

*No obstante el previo acaecimiento de causa legal o estatutaria de disolución, los administradores de la sociedad no serán responsables de las deudas posteriores al acaecimiento de la causa de disolución o, en caso de nombramiento en esa junta o después de ella, de las obligaciones sociales posteriores a la aceptación del nombramiento, si en el plazo de dos meses a contar desde el acaecimiento de la causa de disolución o de la aceptación el nombramiento, hubieran comunicado al juzgado la existencia de negociaciones con los acreedores para alcanzar un plan de reestructuración o hubieran solicitado la declaración de concurso de la sociedad. Si el plan de reestructuración no se alcanzase, el plazo de los dos meses se reanudará desde que la comunicación del inicio de negociaciones deje de producir efectos.*

En el contexto que nos ocupa, la Sentencia del Tribunal Supremo 915/2019, de la Sala de lo Contencioso Administrativo, de 26 de junio, resuelve un recurso de casación presentado por la Tesorería General de la Seguridad Social, con el objetivo de determinar si para acordar la derivación de responsabilidad solidaria del directivo de una sociedad de capital, resulta necesario no sólo constatar una situación fáctica que habla a favor de la insolvencia de la sociedad y verificar que dicho administrador no ha cumplido los deberes legales a que se refiere el artículo 367.1 de la Ley de Sociedades de Capital, sino también y, además, justificar la efectiva existencia de una causa legal de disolución de la sociedad. La Sentencia, al tenor del precepto, extrae dos valiosísimas conclusiones: 1. Ninguna mención se hace a la situación de insolvencia, sino a las causas de disolución de las sociedades de capital. Para ello, hay que enlazar nuestro derecho de sociedades con el derecho de la insolvencia; en este sentido, el artículo 2.3 del Texto Refundido de la Ley Concursal distingue entre la insolvencia actual o inminente y, a partir de ahí, el deudor, en su deber de declarar el concurso, deberá

hacerlo en el plazo de dos meses desde que conoce la situación de insolvencia. Además, en segundo lugar, la otra conclusión a la que se llega es que debe precisarse también si la situación de pérdidas es o no insolvencia, es decir, si la situación de insolvencia permite integrar esas pérdidas y, por tanto, afirmar la concurrencia de la causa de disolución. A este respecto, comparte el criterio expresado por la Sala Primera del Tribunal Supremo en su sentencia de 15 de octubre de 2013: *El estado de insolvencia no constituye, por sí, una causa legal que haga surgir el deber de los administradores de promover la disolución de la sociedad. No cabe confundir (...) entre estado de insolvencia y la situación de pérdidas que reducen el patrimonio neto de la sociedad por debajo de la mitad del capital social, que (...) sí constituye causa de disolución. Aunque es frecuente que ambas situaciones se solapen, puede ocurrir que exista causa de disolución por pérdidas patrimoniales que reduzcan el patrimonio de la sociedad a menos de la mitad del capital social, y no por ello la sociedad esté incurso en causa de concurso. En estos supuestos opera con normalidad el deber de promover la disolución conforme a lo prescrito (...) en el artículo 365 de la Ley de Sociedades de Capital. Y a la inversa, es posible que el estado de insolvencia acaezca sin que exista causa legal de disolución, lo que impone la obligación de instar el concurso, cuya apertura no supone por sí sola la disolución de la sociedad, sin perjuicio de que pueda ser declarada durante su tramitación por la junta de socios y siempre por efecto legal derivado de la apertura de la fase de liquidación (art. 145.3 LC).*

Será, por tanto, cuando concurra la causa legal de disolución, haya o no insolvencia, y un incumplimiento de los deberes legales de los directivos ante esta causa, cuando se pueda exigir responsabilidad a los representantes sociales.

Por último, la crisis sanitaria del COVID-19 previó en nuestra práctica societaria y concursal una serie de medidas de carácter transitorio y temporal que pueden traer consecuencias para los directivos de sociedades de capital. En este sentido, la Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia, estableció que hasta el 30 de junio de 2022 el deudor que se encuentre en estado de insolvencia no tendrá el deber de solicitar la declaración de concurso, haya o no comunicado al juzgado competente la apertura de negociaciones con los acreedores para alcanzar un acuerdo de refinanciación, un acuerdo extrajudicial de pagos o adhesiones a una propuesta anticipada de convenio.

Y, además, en lo concerniente a los ejercicios económicos de 2020 y de 2021, no se tendrán en cuenta las pérdidas en relación a la causa de disolución del artículo 363.1.e) de la Ley de Sociedades de Capital.

*En la redacción original, respecto del ejercicio económico de 2021, se planteaba lo siguiente: Si en el resultado del ejercicio 2021 se apreciaran pérdidas que dejen reducido el patrimonio neto a una cantidad inferior a la mitad del capital social, deberá convocarse por los administradores o podrá solicitarse por cualquier socio en el plazo de dos meses a contar desde el cierre del ejercicio conforme al artículo 365 de la citada Ley, la celebración de junta general para proceder a la disolución de la sociedad, a no ser que se aumente o reduzca el capital en la medida suficiente.*

Por todo ello, se pretendían evitar las circunstancias imprevistas y extraordinarias derivadas del COVID-19, de forma que se penalicen a las empresas y a sus directivos, así como favorecer la viabilidad de las empresas evitando que deban verse inmediatamente abocadas a la disolución o al concurso. No obstante, si durante este período la sociedad carece de viabilidad y se abordan solicitudes de préstamos o la realización de contratos a crédito, podría entenderse que los directivos no están realizando una diligente administración de la compañía.

En este sentido, no hay que olvidar que la responsabilidad del directivo surge respecto de las obligaciones sociales surgidas con posterioridad al acaecimiento de la causa legal de disolución. Causa legal de disolución que queda inoperante durante estos ejercicios económicos pero que, sin duda, podría devenir con posterioridad. Y es aquí donde puede devenir el incumplimiento de los deberes de los directivos de cualesquiera sociedades de capital.

Está claro que el administrador no va a incurrir en la presunción de culpabilidad del artículo 444.1º del Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal, por haber incumplido el deber de solicitar el concurso, pero no se ha determinado que finalmente el concurso pueda ser calificado como culpable. Todo ello en cuanto a la eterna duda si las obligaciones sociales posteriores a la causa de disolución se refieren al nacimiento o a su devengo.

ALCOVER GARAU, G., «El concepto jurisprudencial de las obligaciones sociales posteriores al acaecimiento de la causa legal de disolución de las que son responsables solidarios los administradores de las sociedades de capital ex artículo 367 de la Ley de Sociedades de Capital. Comentario crítico a las sentencias del Tribunal Supremo 225/2019, de 10 de abril, y 420/2019, de 15 de julio», *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 58 (2020), 13 pp., donde se analizan estas dos importantes sentencias en función de la responsabilidad solidaria de los administradores sociales a tenor de contratos de tracto sucesivo y concurrencia de la causa legal de disolución. Tal y como se ha pronunciado nuestro Alto Tribunal, aunque el contrato se celebre con anterioridad a la causa legal de disolución, la obligación de pago, estipulada en el propio contrato, puede generar responsabilidad, tanto por el incumplimiento, así como por los intereses de demora.

Podemos concluir, por tanto, que esta norma transitoria y temporal podrá generar, sin duda alguna, responsabilidad de los directivos a tenor del artículo 367 de la Ley de Sociedades de Capital, antesala, en gran medida, de situaciones de preinsolvencia o insolvencia de las entidades a las que representan.

Por tanto, todo directivo, para evitar estas situaciones que pueden suponer el incumplimiento de las obligaciones básicas del deber de lealtad, así como del deber de evitar situaciones de conflicto de interés, deberían contar con la aprobación de la junta general para la realización de cualquier operación que incrementara el pasivo de la empresa y ante la existencia de dudas razonables sobre la viabilidad de la empresa, no deberían esperar para presentar el precurso o el concurso de acreedores sino que lo presenten inmediatamente con la finalidad de abrir negociaciones y ver si es posible alcanzar un convenio, salvando así la actividad de la empresa sin riesgo alguno de incurrir en cualesquiera supuestos de responsabilidad.

#### **IV. Conclusiones.**

Los directivos societarios deben buscar y velar, en todo momento, el mejor interés de la sociedad. Éste es el paradigma claro que se encuentra en nuestro Derecho de sociedades en el desarrollo actual de los deberes de diligencia y de lealtad de los directivos de sociedades de capital. Como hemos tenido oportunidad de abordar, la reciente reforma, en este sentido, del contenido del deber de diligencia es todo un acierto en la cuestión que nos ocupa.

Ya sea en cuestiones de probabilidad de insolvencia o de insolvencia inminente, en definitiva, en situaciones de proximidad a la insolvencia, las decisiones de los directivos de la sociedad han de conducir, necesariamente, a un respaldo de los intereses múltiples de la sociedad, de los socios y de los acreedores, en aras de alcanzar la viabilidad empresarial. En este contexto, primará en todo momento el interés de la sociedad, toda vez que el deudor, bajo la representación de los directivos, abordarán la situación de la mejor manera posible, en una diligencia y lealtad hacia la sociedad.

Es aquí donde el órgano de dirección puede eludir responsabilidad en el marco del derecho de sociedades, ya que, por el momento, no se ha llegado a la declaración del concurso, momento en el que se encontraría en situación de proximidad a la insolvencia. Será, por tanto, en este preciso momento en el que los directivos societarios, más allá

del interés social o de la empresa, deberá también hacer frente a los intereses de los acreedores, paradigma de su nueva responsabilidad en situaciones de proximidad a la insolvencia.

El Derecho español, a la hora de analizar la responsabilidad de los directivos societarios, en la esfera societaria y concursal, se decanta por mantener la responsabilidad en situaciones de proximidad a la insolvencia en la esfera societaria. Si el órgano de dirección no tomara las medidas suficientes, no sólo en defensa de los intereses de la sociedad, sino también de los acreedores, podrá ser calificado como culpable, a la finalización del concurso. Sin embargo, en todo momento, se podrá observar si en la fase inicial de pérdidas o de dificultades financieras, esto es, en una probable insolvencia que derive en una situación de insolvencia, los directivos societarios se han preocupado de adoptar cualesquiera medidas para evitar peores resultados para los acreedores de la sociedad a la que representan.

Al hilo de esto, y en el ámbito de la moratoria concursal, nos encontramos con las actuaciones que tienen que estar adoptando los directivos a fin de reducir e incluso eliminar su responsabilidad como consecuencia de esta medida. Sin duda, y por desgracia como está sucediendo, nos hemos encontrado *empresas zombies* que no hacen nada para evitar la insolvencia y, como consecuencia de ello, los directivos societarios no buscan revitalizar la situación económica de la sociedad a la que representan. Veremos, sin duda, en los próximos años, resoluciones jurisprudenciales dispares en este sentido.

## **V. Referencias bibliográficas**

ALCOVER GARAU, G., «El concepto jurisprudencial de las obligaciones sociales posteriores al acaecimiento de la causa legal de disolución de las que son responsables solidarios los administradores de las sociedades de capital ex artículo 367 de la Ley de Sociedades de Capital. Comentario crítico a las sentencias del Tribunal Supremo 225/2019, de 10 de abril, y 420/2019, de 15 de julio», *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 58 (2020), 13 pp.

ALONSO UREBA, A., «Artículo 172 bis. Responsabilidad concursal», en PULGAR EZQUERRA, J. (dir.), *Comentarios a la legislación concursal*, Wolters Kluwer, Madrid, 2016, pp. 1837-1868.

- «Presupuestos de la responsabilidad social de los administradores de una sociedad anónima», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 198 (1990), pp. 639-728.

BELTRÁN, E., «En torno a la "naturaleza" de la responsabilidad concursal: (comentario de la sentencia de la Sección 28ª de la Audiencia Provincial de Madrid de 5 de febrero de 2008)», *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 14 (2008), pp. 329-371.

BOLDÓ RODA, C., «Deber de evitar situaciones de conflicto de interés y personas vinculadas a los administradores: artículos 229 y 231», en HERNANDO CEBRIÁ, L. (coord.), *Régimen de deberes y responsabilidad de los administradores en las sociedades de capital*, Bosch, Barcelona, 2015, pp. 241-280.

CAMPUZANO, A. B., «Sobre el tratamiento del crédito de condena a la cobertura del déficit concursal en el concurso de acreedores de las personas insolventes condenadas», *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 51 (2020), pp. 481-516.

CAMPUZANO, A. B. y MOLINA HERNÁNDEZ, C., «La infracción del deber de lealtad de los administradores sociales en la sección de calificación concursal», *Estudios de Derecho Empresario*, núm. 17 (2018), pp. 47-69.

DÍAZ ECHEGARAY, J. L., *Deberes y responsabilidad de los administradores de sociedades de capital*, Thomson Reuters-Aranzadi, Pamplona, 2006.

EMBED IRUJO, J. M. y GORRIZ LÓPEZ, C., «Artículo 127 ter», en ARROYO MARTÍNEZ, I., EMBED IRUJO, J. M. y GORRIZ LÓPEZ, C. (coords.), *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, vol. 2, Tecnos, Madrid, 2009, pp. 1427-1445.

ENCISO ALONSO-MUÑUMER, M., «El deber/derecho de información del administrador», en AA.VV., *Derecho de sociedades. Cuestiones sobre órganos sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 715-745.

GARCÍA MANDALONIZ, M., «Inconcreción del deber de diligente administración, disposición del régimen de responsabilidad e inclusión de la regla de la discrecionalidad empresarial (artículos 225 y 226 de la ley de sociedades de capital)», en MARTÍNEZ-ECHEVARRÍA Y GARCÍA DE DUEÑAS, A. (dir.), *Gobierno Corporativo: la Estructura del Órgano de Gobierno y la Responsabilidad de los Administradores*, Thomson Reuters-Aranzadi, Pamplona, 2015, pp. 357-426.



GONZÁLEZ CABRERA, I., «Deber de lealtad y responsabilidad concursal del administrador persona jurídica. Reflexiones a la luz de la STS de 20 de diciembre de 2017», *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 52 (2018), 15 pp.

GUERRERO TREVIJANO, C., *El deber de diligencia de los administradores en el gobierno de las sociedades de capital*, Thomson Reuters-Aranzadi, 2014.

GUTIÉRREZ GILSANZ, A., «La buena conducta de los administradores sociales en la preinsolvencia», *Diario La Ley*, 2021, 18 pp.

LLEBOT MAJÓ, J. O., *Los deberes de los administradores de sociedad anónima*, Thomson Reuters-Civitas, Pamplona, 1995.

MOLINA HERNÁNDEZ, C., «La incorporación de las nuevas tecnologías en los órganos de gobierno de las sociedades cotizadas», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 317 (2020), pp. 243-280.

- «Gobierno corporativo y entidades de crédito. Especial referencia al deber de diligencia de los administradores en los contratos con cláusulas suelo», *La Ley Mercantil*, núm. 39 (2017), 15 pp.

PORTELLANO DÍEZ, P., *Deber de fidelidad y oportunidades de negocio*, Thomson Reuters-Civitas, Pamplona, 1996.

PULGAR EZQUERRA, J., «El deber y la responsabilidad de los administradores de sociedades de capital por la solicitud del concurso de acreedores», en BAJO FERNÁNDEZ, M. (dir.), *Gobierno corporativo y derecho penal: Mesas Redondas, Derecho y Economía*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2008, pp. 117-119.

PULIDO BEGINES, J. L., «Información, (Artículo 529 *quinquies*)», en Prendes, P. Martínez-Echevarría, A. y Cabanas, R. (dirs.), *Tratado de Sociedades de Capital. Tomo II, Comentario judicial, notarial, registral y doctrinal de la Ley de Sociedades de Capital (Arts. 317 a final)*, Thomson Reuters-Aranzadi, 2017, pp. 1108-1121.

QUIJANO, J., «El funcionamiento del consejo en las sociedades cotizadas (reglas legales, recomendaciones y autorregulación)», en JUSTE, J. y ESPÍN, C. (coords.), *Estudios sobre órganos de las sociedades de capital: liber amicorum*, Fernando

Rodríguez Artigas, Gaudencio Esteban Velasco, Tomo II, Thomson Reuters-Aranzadi, 2017, pp. 237-262.

- *La responsabilidad civil de los administradores de la sociedad anónima (aspectos sustantivos)*, Universidad de Valladolid, 1985.

QUIJANO GONZÁLEZ, J. y MAMBRILLA RIVERA, V., «Los deberes fiduciarios de diligencia y lealtad. En particular, los conflictos de interés y las operaciones vinculadas», en RODRÍGUEZ ARTIGAS, F. (coord.), *Derecho de sociedades anónimas cotizadas: (estructura de gobierno y mercados)*, Thomson Reuters-Aranzadi, Pamplona, 2006, pp. 915-990.

RIBAS FERRER, V., *Aproximación al estudio del deber de lealtad del administrador de sociedades*, Universitat Autònoma de Barcelona, 2004.

SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., «La abstención del consejero en conflicto de intereses», en TOBÍO RIVAS, A. M., FERNÁNDEZ-ALBOR BALTAR, Á. y TATO PLAZA, A. (coords.), *Estudios de derecho mercantil. Libro homenaje al Prof. Dr.h.c. José Antonio Gómez Segade*, Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 293-307.

VELOSO CARO, J., «El deber de lealtad de los administradores (artículo 226 de la Ley de Sociedades de Capital)», en MARTÍNEZ-ECHEVARRÍA Y GARCÍA DE DUEÑAS, A. (dir.), *Gobierno Corporativo: la estructura del órgano de gobierno y la responsabilidad de los administradores*, Thomson Reuters-Aranzadi, Pamplona, 2015, pp. 427-466.

## **“Crisis societarias y responsabilidad de administradores y socios de control”**

por Efraín Hugo Richard

1. La Universidad de Buenos Aires ha organizado una vez más un homenaje a su Profesor Emérito Dr. Héctor Alegría, nuevamente en torno a la organización societaria y responsabilidad, y el Prof. Héctor Osvaldo Chomer me ha solicitado una contribución al no poder asistir presencialmente, como lo hiciera en el año 2011 e inclusive se me encargara la *laudatio* ante la imposibilidad de Horacio Fargosi.

Nos une con Héctor la vocación ininterrumpida en torno a la organización empresarial, aunque nos conocimos en 1965 en ocasión de las Jornadas sobre Letra de Cambio, Pagaré y Cheque organizadas por la Universidad Nacional de Córdoba y buscáramos recíprocamente al desconocido que había escrito sobre el mismo tema.

2. Hoy recuerdo la temática “SOBRE LA CONSERVACIÓN DE LA EMPRESA (en torno a aspectos patrimoniales)\*, mi contribución a aquel homenaje\*\*, pues ambos colaboramos sobre ese eje en un libro colectivo en torno a “la empresa” dirigido por Ana Piaggi<sup>184</sup>. Él lo hizo sobre “La conservación de la empresa como centro principal del derecho concursal moderno (Evolución, Panorama actual y Cuestiones Modernas”<sup>185</sup>, a mi vez lo hice sobre “Empresa y Economía (La Unidad de Negocio, la Empresa, la Planificación y su

---

\*Este artículo se publicó en el II tomo página 1397 en *Derecho Económico Empresarial – Estudios en Homenaje al Dr. Héctor Alegría*, Coordinado por Diana Farhi y Marcelo Gebhardt, Ed. La Ley, Buenos Aires 2011, bajo el título equívoco de “Responsabilidad de socios por pérdida del capital social. Sobre la conservación de la empresa (en torno a aspectos patrimoniales”, introduciendo además de la referencia a Responsabilidad de socios por pérdida del capital social, un “Introito” que se correspondía a una ponencia con este último título presentada por el Autor a las Jornadas en Homenaje al Profesor Héctor Alegría, que se debatió en el mismo. Ese error material de unir dos trabajos puede haber generado (o generar) alguna perplejidad al lector y determinó –con la conformidad de los Coordinadores y del Autor- en su republicación en el tercer tomo de *Derecho Económico Empresarial*, con su título y contenido original.

\*\* El Autor, en las Jornadas en Homenaje a Héctor Alegría, además de su intervención en los debates, fue convocado a formalizar el cierre de las mismas y fundamentar el homenaje, ante la imposibilidad de concurrir del designado a tal fin, el Prof. Dr. Horacio Fargosi.

<sup>184</sup> *Tratado de la Empresa –II tomos-*, Ana Piaggi Directora, AAVV editado por Abeledo Perrot, Buenos Aires 2009/10.

<sup>185</sup> En libro colectivo citado en nota anterior, Buenos Aires 2009, tomo I pág. 1 a 32.



# DECONOMI

Persistencia”<sup>186</sup>, y ahora nuevamente deslizo algunas apostillas referidas al aspecto patrimonial, para evitar crisis económicas, financieras o patrimoniales.

No es este el segundo reconocimiento. El segundo lo hicimos en Santa Fe, en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral, y luego –un tercero- en Punta del Este en el seno de un Congreso del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal –con sede en México-.

3.En el homenaje en Santa Fe nos referimos a ¿ABUSOS EN EL PROCESO CONCURSAL?<sup>187</sup>, desde una visión integrada por la legislación general, societaria y concursal para afrontar abusos de derecho advertidos en la práctica y que hacen a la conservación de la empresa. Así la falta de tempestividad en asumir la crisis, al omitir disposiciones imperativas de la ley societaria o en presentación oportuna en concurso, en la falta de integración de la propuesta de acuerdo, incompleta, que debería rechazarse o integrarse, unida a la tendencia de intentar que se verifiquen la menor cantidad de créditos, y el gravísimo abuso: la cesión de créditos y derechos en el concurso y el *ius votandi*, con el *forum shopping*, y la no presentación de documentación contable ni libros, por diversas razones. Cerramos ese espectro con referencias a la propuesta predatoria, que es algo más que una propuesta abusiva, por su confiscatoriedad y por implicar las quitas y esperas un empobrecimiento de los acreedores y enriquecimiento de los socios, ajeno al esfuerzo compartido. Después la promulgación del Código Civil y Comercial, algunos fallos ratifican mi original posición.

---

<sup>186</sup> En libro colectivo citado en nota anterior, Buenos Aires 2010, tomo II pág. 824 a 926.

<sup>187</sup> Disertación del día **viernes 22 de agosto de 2008 en el Curso de Derecho Concursal Profundizado en Homenaje al Prof. Dr. Héctor Alegría, organizado por la Universidad Nacional del Litoral, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, bajo la Dirección del Prof. Dr. Ricardo S. Prono, publicado en** La Ley del 24 de diciembre de 2008, pág. 1 y ss., respetando el estilo coloquial. Referencias doctrinarias y bibliográficas podrán encontrarse en nro. libro *Insolvencia societaria*, Editorial Lexis Nexis, Buenos Aires 2007 y en trabajos posteriores incorporados a la página electrónica de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba [www.acaderc.org.ar](http://www.acaderc.org.ar) . Agradeceremos opiniones o comentarios: [ehrichard@arnet.com.ar](mailto:ehrichard@arnet.com.ar).



# DECONOMI

4.La empresa se ha convertido en eje de elucubraciones, en muchos casos teñidas de ideología. He tratado –y trataré- de centrar una visión exclusivamente jurídica<sup>188</sup>.

Para que la conservación de la empresa represente un principio debe tenerse presente el complejo de *intereses* que concurren en su mantenimiento – stakeholders-, que no son ya los mismos que generaron su advenimiento – limitados a la decisión empresaria que generó el aporte patrimonial para su fundación-. Se trata de los “intereses diversamente vinculados” a través de la conservación de la empresa: de los trabajadores, los proveedores, los clientes, la comunidad nacional, el mercado en su conjunto y el estado. Es que “Los intereses mencionados gradúan, en mayor o menor medida, según el caso el giro y el contenido de las modernas legislaciones concursales”<sup>189</sup>.

En esos ensayos destaque el pensamiento de Héctor particularmente en La Ley, intitulado “*Diálogo de economía y derecho y convergencias culturales y sociales en la insolvencia*”<sup>190</sup>, en el último capítulo (X) al referirse a los administradores de las sociedades en crisis (“El rol de los administradores ante la situación de insolvencia”), tiene a bien hacer una condescendiente referencia a algunos de mis trabajos en ese aspecto: “Un autor local que está trabajando el tema (Richard) dice: cuando se presenta la cesación de pagos o la insolvencia, el administrador tiene que variar su norte y ceñirse a una administración correcta de la empresa, a los pasos legales, administrativos o económicos financieros para la solución de la crisis, y si no lo hace responde ante los acreedores. No sólo a los accionistas que lo han nombrado sino también y fundamentalmente ante los acreedores”, referencia que sin ser textual representa mi posición ante

---

<sup>188</sup> En *Ensayos de Derecho Empresario*, Ed. Advocatus, publicación de FESPRESA para la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales –Instituto de la Empresa- y Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba –Departamento de Coordinación Docente de Derecho Comercial-, hemos hecho una serie en torno a la “empresa”: “Sobre la empresa” en el nº 1 pág. 55, “EN TORNO A LA CONSERVACION DE LA EMPRESA”, en nº 2, pág. 41; “La conservación de la empresa por asunción de la crisis en la organización societaria”, nº 3, pág. 192; “Notas en torno a la conservación de la empresa: ¿principio concursal o del derecho societario” nº 4, pág. 56;

<sup>189</sup> ALEGRIA, Hector, “Diálogo de economía y derecho y convergencias culturales y sociales en la insolvencia” en La Ley diario del 9 de mayo de 2007 pág. 1 a 10.

<sup>190</sup> Diario La Ley del 9 de mayo de 2007 pág. 1 a 10.



el evidente apartamiento de esas conductas que resulta del informe de los síndicos en concursos preventivos.

Mantengo esa, la misma preocupación que Héctor Alegría, por eso nuestro afán ha sido y es recordar el camino sencillo y de bajo costo que evita toda responsabilidad imputable a administradores societarios, e inclusive a socios de control.

Conforme al criterio legislativo preparado por Alegría en los artículos 125-1 y 125-2 de la ley 15551, luego eliminados en la reforma de 1995, los administradores debían formular un plan para afrontar la crisis. No se trata que tuvieran que solucionar la crisis, sino básicamente como buenos hombres de negocios llamar a los socios y mostrarles algún camino de salida, desde la reorganización, pasando por la capitalización por los mismos socios, terceros o de acreedores, expresamente prevista en la ley societaria y concursal, o la liquidación al existir como causal de disolución la imposibilidad sobreviniente de cumplimiento del objeto social. Desde múltiples ángulos encaramos tal sistemática.

4. Jamás deben preocuparse los administradores que actúan con lealtad y la diligencia de un buen hombre de negocios, ni aún ante la cesación de pagos o insolvencia de la sociedad, y menos frente a una mera crisis económico o financiera. No se espera de ellos que tengan necesariamente que superar ese estado patrimonial o financiero, sino meramente que lo afronten, en primer lugar frente a los socios –legislación societaria- y agotada ella –incluso la negociación privada con los acreedores- la concursal que, a través de la concurrencia obligatoria intenta la unificación de acciones de intereses –como también refleja Alegría con su extraordinaria versación e integral visión de jurista comprometido.

Apunto la responsabilidad de los directores. ¿Cuáles son los deberes del administrador si la sociedad es patrimonialmente inepta para el cumplimiento del objeto social? Deberá someter la situación orgánicamente a consideración de los socios. La sociedad es un sujeto de derecho –persona jurídica- que el sistema jurídico entrega (como técnica de organización) para que los fundadores



# DECONOMI

de una empresa puedan generar un centro de imputación autogestante<sup>191</sup> y con responsabilidad limitada. Esa funcionalidad es el bien jurídico tutelado por el sistema societario, que otorga a la autonomía de la voluntad la capacidad jurígena de concebir personas jurídicas. Así aparece fundamental la tutela de la propia sociedad. A su vez se ha venido gestando la tutela de los acreedores no profesionales a través de la información, perfilando claramente lo que son las obligaciones de los administradores<sup>192</sup>.

Los problemas concursales -o de crisis de empresa- no deberían solucionarse siempre dentro de la legislación concursal, y la problemática de la reparación de los acreedores debe ser afrontada integrando el análisis con las normas sobre responsabilidad general contenidas en el Código Civil y Comercial y las específicas de la ley societaria<sup>193</sup>, como forma de afrontar la crisis en forma privada y extrajudicialmente, atendiendo las posiciones doctrinarias más modernas, considerando a su vez los menores costes de transacción y reglas de equidad básicas en la asunción de las crisis societarias.

Si se concursa una sociedad será advertible si administradores y socios han protegido o no a la empresa, pues sin duda la situación se agravó, y lo que hubiera podido afrontarse con una mera y corta espera –como era normal en décadas anteriores-, se plantea en una donación del pasivo a favor del

---

<sup>191</sup> Centros de imputación no autogestantes lo constituyen los patrimonios destinados a un específico negocio incorporado en Italia (BIANCA, Mirzia *La riforma italiana al régimen de sociedades comerciales* LL 20 junio 2005), y que se encuentran regulados en la mal llamada sociedad accidental o en participación en el art. 361 de la ley de sociedades argentina. Lo recordó Alegría en la obra colectiva coordinada por Ana Piaggi citada en pág. 1, y lo hemos hecho nosotros con Jorge Fernando FUSHIMI EN Libros del X Congreso Argentino de Derecho Societario y VI Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, tomo 1 “*Negocios en participación gestados por sociedad anónima como forma de financiamiento de negocios específicos*” pág. 481.

<sup>192</sup> SPOLIDORO, Marco Saverio “Il capital sociale”, en “Il Diritto delle società per azioni: Problema, Esperienze, Progetti” collana della Rivista delle Società, Ed. Giuffrè 1993 pág. 99.

<sup>193</sup> Los acreedores débiles nacidos con posterioridad a la fecha en que la sociedad continuó operando en cesación de pagos, legitimados por la contratación dolosa de los administradores, podrán iniciar una acción individual de responsabilidad contra los mismos, en los términos previstos por la ley societaria. Las acciones de responsabilidad, como la de imputabilidad aditiva (muchas veces denominada como de inoponibilidad de la personalidad jurídica), no requieren -- como las acciones revocatorias concursales o de extensión de la quiebra- de un presupuesto de insolvencia o de declaración de quiebra para ampliar la legitimación pasiva o autorizar la promoción de acciones especiales. La limitación de responsabilidad de los administradores está basada en el supuesto de un comportamiento leal.



# DECONOMI

patrimonio de la sociedad, o sea en beneficio directo de los socios que usaron peligrosamente de la técnica societaria.

Ello evidencia que los administradores y socios no usaron de los recursos impuestos por la ley societaria sino que tampoco presentaron tempestivamente en concurso a la sociedad administrada, y que generaron daño a los acreedores.

El interés a tutelar está vinculado a una axiología de la empresa y del sistema jurídico societario y particularmente el concursal como solución residual, sobre lo que me he expedido<sup>194</sup>. El valor es restituir a la empresa –o la sociedad– su viabilidad funcional.

El valor (principios, estándares, bienes, objetivos, reglas con exigencia de justicia, equidad) a proteger a través del sistema jurídico de crisis económico-financiera no es el patrimonio por su valor de reparto (o adjudicación) sino evitar la disociación del mismo en cuanto conjunto de bienes organizados para el cumplimiento de un objeto –causa del negocio de organización–.

“El principio de conservación de la empresa como razón de orden social y en especial en lo atinente al mantenimiento de las fuentes de trabajo y de riqueza, constituye un presupuesto insoslayable en una interpretación finalista de la ley. Dicho de otro modo, sin actividad o –cuanto menos– potencial efectivo y evidente para el giro, no habría empresa que tutelar, ni fuente de trabajo que conservar”. Esta frase es de Lidia Vaiser, ex Presidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal con sede en México y actual Presidente del Capítulo Argentino y Miembro del Comité Académico.

Esta referencia a la empresa acota también la reflexión en torno a concursos de sociedades que desenvuelven un objeto social como empresa, sumado a concursos de organizaciones con actividades que se entienda

---

<sup>194</sup> Perspectiva del Derecho de la Insolvencia, Ed. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba 2010, particularmente el capítulo “ AXIOLOGIA DEL DERECHO CONCURSAL”, donde se reproduce la Comunicación al II Congreso Colombiano de Derecho Concursal, organizado por el Capítulo Colombiano del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal (Valle de Leyva, Colombia, Agosto de 2008), y RDCO Ensayo sobre la axiología del derecho concursal en RDCO pág. 313 a 380 n° 235, Marzo/abril 2009





conveniente conservar (entidades deportivas, sociales y/o comunicacionales), con clara distinción de otro grupo de concursos de consumidores donde el principal objetivo es liberar un patrimonio ínfimo de las consecuencias de un endeudamiento inapropiado.

## 5. Centro la atención en la crisis del patrimonio social.

El empresario social afronta en su actividad un riesgo típico e inmanente, sujeto a la eventualidad de errores de gestión o de eventos externos más o menos previsibles comprometiendo el pleno y correcto desenvolvimiento del programa empresario adoptado y el alcance de los resultados esperados. Cuando el riesgo acaece, y no se pone pronto remedio, es inevitable que la actividad vaya hacia su propia declinación. Y justamente el derecho concursal se ocupa de la empresa en crisis y el presupuesto de activación de los procedimientos concursales se basa en la incapacidad, actual o en algunos casos sólo potencial, del empresario de asumir regularmente las obligaciones contraídas<sup>195</sup>. Se trata, como titulan esos autores, una crisis de la organización.

En estado de insolvencia o cesación de pagos, apuntan Araya y Olivera García, cualquiera sea el origen que afecta la funcionalidad patrimonial de la sociedad, no deberían continuar su actividad o deberían afrontar soluciones si patrimonialmente no resisten un “insolvency test” (equity insolvency test, balance sheet-based test, bankruptcy test)<sup>196</sup>.

Esos administradores, ante una dificultad financiera o económica general, o el estado de cesación de pagos, tienen la obligación interna de convocar a los socios y proveer las medidas necesarias y, ante su imposibilidad, afrontarla externamente, sea con la liquidación o la convocatoria de de la sociedad.

---

<sup>195</sup> ABRIATTI, N.; CALVOSA, L.; FERRI jr, G.; GIANNELLI, G.; GUERRERA, F.; GUIZZI, G.; MOTTI, C.; NOTARI, M.; PACCIELLO, A.; PISCITELLO, P.; REGOLI, D.; RESCIO, G.A.; ROSAPEPE, R.; ROSSI, R.; STELLA RICHTER jr, M. y TOFFOLETTO A. *Diritto Fallimentare*, Ed. Giuffré, 2008, págs. 3/4..

<sup>196</sup> ARAYA, MIGUEL C. “Responsabilidad de los administradores de la Sociedad Anónima” en *DERECHOS PATRIMONIALES Estudios en homenaje al Profesor emérito Dr. Efraín Hugo Richard*, Editorial Ad Hoc, Buenos Aires 2001, bajo la dirección de Laura Filippi y María Laura Juárez, página 639 tomo II, especialmente pág. 647.; OLIVERA GARCÍA, Ricardo “Estudios de Derecho Societario” Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe 2005, los capítulos en torno al capital social, particularmente el XI *La crisis del concepto de capital social* Pág. 247 y ss..



# DECONOMI

Afrontar las causales de disolución, importa una verdadera preconcursalidad privada, prevista en la legislación societaria, particularmente en el contenido de la Memoria –art. 66 LGS- que luego ampliaré.

La empresa que no es autosustentable no es empresa<sup>197</sup>. Apunto roles de sujetos. Ahora paso a lo estructural.

La tensión aumenta cuando el valor patrimonial de la sociedad no permite satisfacer su pasivo. Aquí retorno al tema del interés a tutelar: los accionistas pierden interés en la gestión, y los acreedores en cambio pasan a tener interés fundamental en la prosecución exitosa de la actividad. Los acreedores de una empresa en crisis se encuentran en la misma situación de inversores sin derecho<sup>198</sup>, que no tuvieron en cuenta cuanto contrataron sin información de esa situación o antes que se produjera. Los deberes del administrador societario aumentan en tales casos frente a los acreedores y terceros. Y ante la existencia de una causal de disolución, anticipo se imponen las opciones imperativas del art. 99 LGS.

En el derecho argentino se ha potenciado que las situaciones sean irreversibles, pese a facilitar herramientas al administrador societario<sup>199</sup>, generándose la idea de que los administradores societarios pueden continuar ininterrumpidamente la actividad de la sociedad pese a estar en insolvencia, sin planificación coherente, tratando de obtener más créditos o reciclar el existente, con la misma modalidad que los administradores públicos argentinos afrontaron la deuda externa en la década pasada. “Se encuentra vinculada esa finalidad de

---

<sup>197</sup> Obviamente que una empresa puede integrar su flujo operacional con subsidios, particularmente si explota servicios públicos, lo que es connatural a la apreciación política sobre su rol en el bienestar general y la asignación de fondos operativos al restringir, por ejemplo, su libertad de fijar tarifas.

<sup>198</sup> STANGHELLINI, Lorenzo *Proprietà e controllo dell'impresa in crisi* Rivista delle Società anno 49º 2004 settembre-ottobre fascicolo 5º, Editorial Giuffrè Milano, pág. 1079. Los socios minoritarios, ajenos al grupo de control y dirección de la sociedad están casi en la situación de inversores, hasta pudiendo constituir una clase de socios, pero siempre tienen derecho a una información sobre el estado de la sociedad y una preferencia ante el aumento del capital, directamente vinculado a su derecho al resultado social; sobre este punto puede verse SPOLIDORO, “Il capital sociale”, pág. 59 y especialmente pág. 67 citado, en “Il Diritto delle società per azioni: Problema, Esperienze, Progetti” collana della Rivista delle Società, Ed. Giuffrè 1993.

<sup>199</sup> Sobre acuerdos extrajudiciales ALEGRÍA, Héctor *Acuerdo preventivo extrajudicial (Caracterización, problemas y acuerdos privados)* en Revista de Derecho Privado y Comunitario 2002-3 Concursos 1 p. 145; JUNYENT VÉLEZ, Francisco *El acuerdo preventivo extrajudicial: ley 25.589*, en la misma Revista p. 189.



absolver el estado de cesación de pagos el interés general de impedir que prosigan actividades en cesación de pagos, aumentando geoméricamente los perjuicios y los riesgos en la colectividad en que actúa”.<sup>200</sup>

Adviértase los sistemas que en situaciones semejantes permiten a los administradores emitir acciones sin autorización de los socios<sup>201</sup>. La tutela de los acreedores ante la continuidad de la empresa en cesación de pagos, aumentando la posibilidad de pérdidas ante una prospectiva incierta, la tutela de acreedores impone pensar en la responsabilidad de los administradores<sup>202</sup>, afirmándose la utilidad que revisten en general “los remedios tempestivos e idóneos a la primera señal de crisis”<sup>203</sup>. Responsabilidad siempre de base subjetiva, por accionar culposo o doloso generando daño.

Al no existir normas claras que impidan la continuación de la empresa en crisis –en nuestro país la imposibilidad sobreviniente de cumplimiento del objeto social- aumentando la posibilidad de fracaso ante una prospectiva incierta, la tutela de los acreedores resulta de imputar responsabilidad de los administradores sociales, por no haber actuado debidamente, generando daño por su específica acción u omisión<sup>204</sup>.

Me apoyo en la “absolute equity rule”<sup>205</sup> –recordada por Lorente<sup>206</sup>-, para sostener la necesidad de aplicar el art. 197 2º LSA, sobre capitalización del pasivo si es que los socios no quieren capitalizar, antes de pensar en presentarse en concurso. Y que las propuestas son abusivas, incluso inconstitucionales<sup>207</sup> si

---

<sup>200</sup> Lo sostenía ya hace 42 años al recibir el Premio Academia en mi ensayo “La conservación de la empresa” el 21 de mayo de 1981 en Tomo XXV de Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, pág. 107 y ss, especialmente pág. 115.

<sup>201</sup> MIOLA, MASSIMO “Il sistema del capitale sociale e le prospettive di riforma nel diritto europeo delle società di capitali” en *Rivista delle Società*, 2005-50-1199, fasc. 6. pág. 1310

<sup>202</sup> MIOLA ob. cit. pág. 1310. Como acción extraconcursal.

<sup>203</sup> MIOLA ob. cit. pág. 1309.

<sup>204</sup> MIOLA ob. y pag. cit..pág. 1310..

<sup>205</sup> En las Segundas Jornadas Interdisciplinarias Concursales del Centro, Córdoba 2005 que compartimos con Truffat, en las Jornadas Italoargentinas de Derecho, Córdoba 2005 y luego en Barranquilla.

<sup>206</sup> En *Doctrina Societaria y Concursal*, Octubre 2005, tomo XVII, pág. 1205.

<sup>207</sup> Comunicación al Primer Congreso Hispanoamericano de Derecho Concursal, Barranquilla, octubre 2005, *Reforma concursal: ¿de ideas o de normas?* en el CD editado por el Congreso, y *Hacia la desjudicialización de las crisis: LA CONSERVACIÓN DE LA EMPRESA* comunicación en la Jornada Internacional de Derecho Concursal, Cali –COLOMBIA- Martes 18 de octubre de 2005, Facultad de Humanidades y Ciencias Sociales, Carrera de Derecho de la Pontificia Universidad Javeriana, y Cámara de Comercio de Cali, o ambos en la página electrónica de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba [www.acaderc.org.ar](http://www.acaderc.org.ar), y antes



# DECONOMI

junto a las quitas y esperas no hay una capitalización de la diferencia, pues en caso contrario hay un despojo a los acreedores en beneficio de los socios. Una propuesta de quita y espera sin esa contrapartida en la participación en el capital, o alguna forma de negocio participativo, es inconstitucional por violar el derecho de propiedad (art. 17 C.N.)<sup>208</sup>. Se trata del equity swap que debe mediar en toda transacción..

Con Ángel Rojo mantuve muchas conversaciones sobre el punto antes de la formulación de los proyectos españoles, lo que me llevó en el año 1995 a generar un ante proyecto novedoso en torno a la responsabilidad de administradores societarios por no haber afrontado la crisis y desde la óptica del derecho de daños<sup>209</sup>, y lo volvimos a hacer el año pasado en Roma. .

Omitir las vías preconcursales societarias, para intentar las de reactivación en una presentación en concurso permite avizorar el nacimiento de acciones de responsabilidad. El informe general del síndico u otros elementos agregados al juicio concursal podrán acreditar el incumplimiento de los deberes societarios del administrador, y fundar la promoción de acciones de responsabilidad individuales por parte de ciertos acreedores. Particularmente aquellos no informados con los que contrataron estando la sociedad en cesación de pagos. Este informe general en el concurso facilita la prueba de los extremos que podrán invocar esos acreedores, que -en otros casos- puede ser bastante dificultosa, como se señala en la doctrina de los Estados Unidos de Norteamérica<sup>210</sup>.

---

*Propuesta abusiva para elDial.com en agosto de 2005 y también en esa página electrónica de la Academia y artículos similares en prensa en Zeus, Córdoba y Santa Fe.*

<sup>208</sup>. *ASUNCION DE LA CRISIS DE SOCIEDADES COMERCIALES A TRAVÉS DEL DERECHO ESPECÍFICO (LA CONSERVACION DE LA EMPRESA ES UNA CUESTIÓN PRIVADA, SOCIETARIA)* Publicada en el libro colectivo de tres tomos “VI Congreso Nacional de Derecho Concursal y IV Congreso Iberoamericano de la Insolvencia”, Santa Fe 2006, Tomo II pág. 329-

<sup>209</sup> En “DE LA INSOLVENCIA, In Memoriam de Héctor Cámara y Francisco Quintana Ferreyra, Editorial Advocatus, Córdoba 2000, comunicaciones al II Congreso Iberoamericano de la Insolvencia, *En torno a responsabilidad y concurso. Un “embrión” de proyecto.* Tomo III pág. 313. y *Daños causados por la insolvencia: Acciones individuales de responsabilidad contra administradores de sociedades* Tomo III pág. 549. 8º. Ausencia de sede y responsabilidad de administradores (II). Tomo III pág. 579. 9º. Pretensiones patrimoniales y contratos comprendidos en art. 20 ley 24.452, Competencia de árbitro frente al concurso. Tomo IV pág. 243.

<sup>210</sup> Entienden los autores norteamericanos sobre la incerteza sobre la responsabilidad de administradores y confirmando las obligaciones de alegar y probar a cargo de los actores que hacen extremadamente gravosas estas acciones. RIBSTEIN L. *Another perspective on Citigroup and AIG* en “blogs.law.harvard.edu”.



# DECONOMI

No es del caso aquí tratar las acciones individuales de responsabilidad que puedan promover acreedores sociales contra los administradores por no haber respetado las previsiones de la ley societaria, particularmente las del art. 99 LGS, que no son concursales ni atraíbles por un concurso ni afectadas por la homologación de un acuerdo de quita y espera<sup>211</sup>.

Como bien señala Dasso en importantísimo libro<sup>212</sup>: “el sistema jurídico más completo y lógico no es perfectamente inteligible hasta que se estudia en relación con otros sistemas legales... la persecución de la eficiencia se ha centrado en el resguardo de la empresa, motor de la economía capitalista instaurada en el mundo, y el nuevo objetivo, focalizado en el diagnóstico temprano de sus dificultades en forma de intervenir antes que la crisis sea patología irreversible ... La Ley Francesa del 23/07/67 introdujo una novedad digna de ser comentada: la separación entre el hombre y la empresa... de que se trata de un derecho de las empresas en dificultades, bastante diverso del derecho concursal clásico... (en el) convencimiento de que la función social de la empresa reside en un difícil equilibrio entre lo público y lo privado o, mejor dicho, entre lo social y lo privado”.

Con este tema, que no sólo comprende la conservación (o la tardía reactivación de la empresa), la planificación (prevista en aquella reforma a la ley 19551 pergeñada por Héctor Alegría) y la prudente labor de los administradores sobre el patrimonio de la sociedad, para evitar responsabilidad (correcta preocupación constante de nuestro homenajeado), mantengo hoy el diálogo que siempre tenemos abierto en nuestra vocación común de perfeccionar las normas y su interpretación en beneficio de la seguridad de nuestras comunidades.

---

<sup>211</sup> La CNCom en el caso “Chmea, Isaac c/ Chmea, Alberto y otros s/ Ordinario, con fecha 14 de octubre de 2010, decidió que no era competente el juez del concurso de la sociedad a cuyo administrador se le promovió una acción individual de responsabilidad, por no estar el legitimado pasivo en concurso. Cfme. nto. “Ensayo en torno a buena fe e insolvencia societaria”, capítulo XLIX tomo I pág. 811 en libro colectivo *Tratado de la Buena Fe en el Derecho*, Coordinador Marcos M. Córdoba, Editorial La Ley, 2 tomos, 2ª Buenos Aires 2005.

<sup>212</sup> DASSO, Ariel A. *Derecho Concursal Comparado*, tomos 1 y 2, Ed. Legis, Buenos Aires 2009/2010, del que puede verse nuestra rescensión en RDCO 240-175, Enero/Febrero 2010 y RDCO 244-567 (B), Ed. Abeledo Perrot Buenos Aires 2010.



6. Retome la cuestión en el reciente Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, realizado en Córdoba por la Academia y la Universidad, ocasión en la que Héctor nos acompañó por zoom.

Lo hice presentando el ensayo “LA RESPONSABILIDAD DE ADMINISTRADORES SOCIETARIOS SE CALIFICA EN CASO DE CRISIS”<sup>213</sup>, para sostener que la diligencia y lealtad que deben mantener los administradores de una sociedad se acentúa ante situaciones de crisis, particularmente frente a terceros. Por un lado no es agredible el patrimonio de ellos y de socios si la sociedad tiene bienes –arg. Art. 143 CCC- y congruente con ello ante la posibilidad de insolvencia se autoriza la acción de terceros acreedores por el daño que puedan sufrir –art. 99 LGS-.

Hace más de 20 años me refiero al derecho societario de crisis. “Desde que ... se introdujo, en el ámbito del derecho societario, en el caso de incumplimiento de especiales deberes disolutorios, el supuesto especial de responsabilidad de los administradores por las obligaciones sociales en 1989..., y, después en 2003, con la aprobación de la Ley concursal, la especial responsabilidad concursal por el déficit patrimonial, son ciertamente muy numerosas las contribuciones de la doctrina española sobre los distintos supuestos de responsabilidad relacionados con las situaciones de crisis... Como es sabido el fondo del problema de la regulación de la materia es la búsqueda de adecuados mecanismos de tutela de intereses de los acreedores, en conflicto la los de los socios, en situación de crisis empresarial, que se mueven en el terreno fronterizo entre el derecho de sociedades y el derecho concursal”<sup>214</sup>. Por eso Emilio BELTRÁN SANCHEZ, a quién siempre citamos, consideraba al derecho societario como preconcursal, incluso anti concursal porque contenía normas precisas para la crisis.

7. Apunto que en torno a deberes de los administradores el CCC dispone “SECCION 3ª. Persona jurídica privada....Parágrafo 2º Funcionamiento.

---

<sup>213</sup> En XV CONGRESO ARGENTINO DE DERECHO SOCIETARIO Y XI IBEROAMERICANO DE DERECHO SOCIETARIO Y DE LA EMPRESA Tomo IV. ISBN 978-987-48857-6-0 pág. 111-120, Córdoba, 2022.

<sup>214</sup> VELASCO, Esteban Gaudencio prólogo en Eva RECAMAN GRAÑA *Los Deberes y la Responsabilidad de los administradores de Sociedades de Capital en Crisis* Ed. Thomson Reuters Aranzadi 1a. Ed. 2016, págs..29 y30.





# DECONOMI

*ARTICULO 158. Gobierno, Administración y fiscalización. El estatuto debe contener normas sobre el gobierno, la administración y representación y, si la ley la exige, sobre la fiscalización interna de la persona jurídica (...). ARTICULO 159. Deber de lealtad y diligencia. Interés contrario. Los administradores de la persona jurídica deben obrar con lealtad y diligencia. – No pueden perseguir ni favorecer intereses contrarios a los de la persona jurídica. Si en determinada operación los tuvieran por sí o por interpósita persona, deben hacerlo saber a los demás miembros del órgano de administración o en su caso al órgano de gobierno y abstenerse de cualquier intervención relacionada con dicha operación. – Les corresponde implementar sistemas y medios preventivos que reduzcan el riesgo de conflictos de intereses en sus relaciones con la persona jurídica. ARTÍCULO 160. Responsabilidad de los administradores. Los administradores responden en forma ilimitada y solidaria frente a la persona jurídica, sus miembros y terceros, por los daños causados por su culpa en el ejercicio o con ocasión de sus funciones, por acción u omisión.*

Estamos frente a normas imperativas para la organización y legitimación de la persona jurídica.<sup>215</sup> Los artículos precedentes encuentran su fuente en normas de representación orgánica de la legislación societaria -arts. 58 y 59 LGS- y, en orden a la responsabilidad de la persona jurídica privada, fija un criterio general para poder exigir a los administradores la satisfacción de los perjuicios generados, a favor de la persona jurídica, sus miembros e inclusive frente a terceros por los daños causados culposa o dolosamente en el ejercicio o con ocasión de sus funciones, por acciones u omisiones del deber de lealtad y de la diligencia con que debe ejercitar sus funciones ante la falta de voluntad propia al tratarse de una persona jurídica.

Recuerdo que el art. 59 LGS dispone: “DILIGENCIA DEL ADMINISTRADOR. RESPONSABILIDAD. Los administradores y los representantes de la sociedad deben obrar con lealtad y con la diligencia de un

---

<sup>215</sup> RICHARD, Efraín Hugo “NORMAS IMPERATIVAS DE LA LEGISLACIÓN SOCIETARIA – TIPCIDAD DE PRIMER GRADO–” en XV CONGRESO ARGENTINO DE DERECHO SOCIETARIO Y XI IBEROAMERICANO DE DERECHO SOCIETARIO Y DE LA EMPRESA .Tomo I. ISBN 978-987-48857-3-9, pág. 321-330; RICHARD, Efraín Hugo “Sobre normas imperativas y las relaciones de organización personificadas” en *El derecho privado en el siglo XXI (agenda presente y futura) homenaje a la Prof. Dra. Noemí L. Nicolau*, Ed. La Ley, Buenos Aires 2022, tomo I pag. 541.



# DECONOMI

buen hombre de negocios. Los que faltaran a sus obligaciones son responsables, ilimitada y solidariamente, por los daños y perjuicios que resultaren de su acción u omisión”. Sin individualizar a los legitimados para reclamar, que deberán acreditar el daño y la relación causal.

La doctrina atiende normalmente a desarrollar los temas de responsabilidad de administradores conforme a la tipicidad de segundo grado de la sociedad en cuestión. Pero esa responsabilidad es normalmente en relación a la sociedad y a los socios. Nos interesa particularmente la responsabilidad frente a terceros, que es difícil que se genere mientras la sociedad tenga patrimonio conforme al referido art. 143 CCC “PERSONALIDAD DIFERENCIADA. La persona jurídica tiene una personalidad distinta de la de sus miembros. Los miembros no responden por las obligaciones de la persona jurídica, excepto en los supuestos que expresamente se prevén en este Título y los que disponga la ley especial”. Y esto nos vincula a los arts. 150, 167, 242 CCC y 56 LGS.

Por eso se sostiene que la responsabilidad de administradores, particularmente frente a terceros se agrava frente a la insolvencia. “Las distintas jurisdicciones estadounidenses admiten, de manera generalizada, dos métodos para la determinación de la insolvencia, el *balance sheet insolvency test* y el *equitable insolvency test*. Tradicionalmente, el *balance sheet test* define la insolvencia como la situación financiera del deudor en la que sus obligaciones (*taking into account its contingent and perspective liabilities*) son superiores a los activos que posee para hacer frente a los mismos. Este es el método que utiliza el Bankruptcy Code, que establece que la insolvencia es la condición financiera en la que la suma de las deudas es mayor que el valor de los activos, “*at a fair valuation*”. A pesar de la importancia de esta norma, el *Bankruptcy Code* no determina lo que se considera una valoración justa de activos, por lo que ha sido la Jurisprudencia la que ha definido los criterios que se han de emplear para realizar dicha valoración; los más relevantes, el criterio de empresa en funcionamiento (*going concern basis*) o de empresa en liquidación (*liquidation basis*). Uno de los principales inconvenientes que presenta esta definición de la insolvencia es, precisamente, la falta de seguridad jurídica con la que se enfrentan los administrados societarios a la hora de seleccionar qué criterios han





de aplicar para avalorar la situación patrimonial mientras no se inicia el procedimiento concursal”.<sup>216</sup> El tema esta íntimamente ligado a la obligación de llevar contabilidad al día.

8. Normalmente se trata de afrontar crisis, cesación de pagos e insolvencia para determinar la existencia del presupuesto objetivo de algún procedimiento de concurrencia de acreedores de un deudor, persona humana o jurídica, pero a nosotros nos interesa el concepto como determinante de conductas de los administradores societarios, de los que puede derivar expresa responsabilidad. Así en nuestro derecho, más precisamente en materia concursal siempre había sido la “cesación de pagos” su presupuesto objetivo, concepto tomado del Código francés de 1807, que equiparó su noción a la del incumplimiento de obligaciones. Históricamente, el primer significado de “cesación de pagos” fue el que emerge de su propio sentido literal: cesar de pagar es igual a incumplir, por lo que cual cesación de pagos e incumplimiento eran términos que no se diferenciaban desde el punto de vista de su significación jurídica en orden a provocar la falencia. Esas teorías materialistas clásicas identificaban cesación de pagos con incumplimiento, evolucionado hacia estudios más avanzados, primero sosteniendo que no debía declararse en falencia al sujeto que simplemente había incumplido, porque no siempre los incumplimientos importan cesación de pagos. Pensándose que debía anticiparse con el “estado de crisis”, “estado de preinsolvencia”, “estado de dificultades económicas o financieras de carácter general”. Por eso el estado de insolvencia, condición para la apertura concursal puede definirse en lenguaje técnico, como la impotencia para satisfacer, con medios regulares (disponibilidades normales o activos corrientes), las obligaciones inmediatamente exigibles (pasivo exigible o pasivo corriente). Autores españoles, admiten el “desbalance” o sobreendeudamiento como un *“desequilibrio patrimonial –pasivo superior al activo- que puede verse solventado a través de la financiación externa, evitando así el concurso, dado que se viabilizan los pagos”*<sup>217</sup>. Abogan por *“un concepto de insolvencia de fondo o patrimonial, abandonando o dejando fuera del concurso las situaciones coyunturales de iliquidez”*. Reitero que para mi es

---

<sup>216</sup>RECAMAN GRAÑA ob. cit. *Los Deberes y la Responsabilidad ...s* págs..54 y ss., y nota 44.

<sup>217</sup> Luis FERNÁNDEZ de la GÁNDARA *Comentarios a la ley concursal*. Marcial Pons, Colección Garrigues. Madrid, 2004.



# DECONOMI

importante el “desbalance” como síntoma, aun cuando para otras legislaciones (la española sobre todo) no alcanza. Pero además si los problemas transitorios de liquidez trascienden de la tesorería de la empresa, es señal de un agotamiento del crédito (carece de líneas de financiación para transitar el escollo) por lo que las dificultades son graves importa el llamado *desequilibrio aritmético* o déficit expresado en términos de pasivo mayor que activo pues en ese caso el cotejo se hace entre activo y pasivo en términos nominales, sin atender a la disponibilidad regular de los medios de pago que integran el primero ni a la exigibilidad corriente del segundo. Basta entonces que el patrimonio del deudor sea materialmente insuficiente para satisfacer el garantía común de los acreedores ... puede haber insolvencia, incluso cuando el activo es considerablemente superior al pasivo, pero aquel está integrado por bienes de lenta y difícil posibilidad de realización, al paso que éste concentra los compromisos de pagos en el corto plazo.... De ahí la importancia de introducir el tema de la “*insolvencia negocial*”. La profesora española Marta Prats Marquina<sup>218</sup> habla con muy buen criterio de la “*insolvencia negocial*” entendiéndola por ella la incapacidad de generar recursos, diferenciándola de la “*insolvencia patrimonial*”, ya transitoria (activo superior al pasivo a una fecha determinada), ya definida (activo inferior al pasivo exigible)(...). Resulta muy interesante la aportación que realiza Prats Marquina, (...) ya que es un dato esencial a tener en cuenta cuando de analizar capacidades empresariales se trata”.

El reciente vigente Código de la Crisis italiano señala “Ai fini del presente codice si intende per: (1) “crisi”: lo stato di difficoltà economico-finanziaria che rende probabile l’insolvenza del debitore, e che per le imprese si manifesta come inadeguatezza dei flussi di cassa prospettici a far fronte regolarmente alle obbligazioni pianificate; (2) “insolvenza”: lo stato del debitore che non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni, e che si manifesta con inadempimenti o altri fatti esteriori; (3) “sovraindebitamento”: lo stato di crisi o di insolvenza del consumatore, del professionista, dell’imprenditore

---

<sup>218</sup> Marta PRATS MARQUINA “*Insolvencia y crisis económico: Su reflejo en el derecho concursal*” R.G.D. Madrid, 1998.



minore e di ogni altro debitore non assoggettabile alla liquidazione giudiziale ai sensi del presente codice;...”.<sup>219</sup>

9. El punto de la responsabilidad de administradores –e inclusive de socios, tema que no tratare en este ensayo<sup>220</sup>-, se acentúa frente a las crisis patrimoniales de la sociedad, o sea en casos en que se produce una imposibilidad sobreviniente de cumplir con el objeto social por cuestiones financieras, económicas o patrimoniales –lo que engloba las causales de disolución de los ap. 4 y 5 del art.94 LGS-, que deberían ser afrontadas conforme las opciones imperativas que fija el art. 96 LGS, que no impone plazo alguno de resolución pero abre la causal de responsabilidad prevista en el art. 99 LGS, sobre la que ahora insisto.

La continuidad de la actuación de la sociedad sin afrontar la eliminación de las causales de disolución, genera la responsabilidad de administradores, que “puede serle extensiva a los socios si lo consintieron o beneficiaron con ello”<sup>221</sup>. Reitero que, respecto a los socios, la norma agrega *sin perjuicio de la responsabilidad de éstos*. La responsabilidad de administradores y de los socios, que consientan la continuidad, se genera por los daños que puedan producirse. Resulta así de la violación de una norma imperativa que, ante su desconocimiento, impone expresamente esa responsabilidad: reza el art. 99 “*Los administradores, con posterioridad al vencimiento del plazo de duración de la sociedad o al acuerdo de disolución o a la declaración de haberse*

---

<sup>219</sup> [“Codice della crisi d’impresa e dell’insolvenza: cosa cambia con l’entrata in vigore”](#) por *Gilberto Montecchi* Fallimento e procedure concorsuali “Entra definitivamente in vigore il 15 luglio 2022 il Codice della crisi d’impresa e dell’insolvenza. Con gli ultimi interventi normativi il legislatore prevede l’accantonamento del sistema di allerta e rende ancor più centrali le nuove misure idonee e gli assetti che consentono di rilevare tempestivamente la presenza di uno stato di crisi e intervenire ricorrendo al nuovo istituto della composizione negoziata. Con questo sistema diventa ancor più centrale per l’impresa il ruolo di strumenti di programmazione quali il piano industriale e il Budget”.

<sup>220</sup> RICHARD, Efraín Hugo – VEIGA, Juan Carlos “EL CONTRADERECHO: LAS NORMAS IMPERATIVAS DEL DERECHO SOCIETARIO” en *El Derecho Societario y la Empresa en el Tercer Milenio, XII CONGRESO ARGENTINO DE DERECHO SOCIETARIO, VIII CONGRESO IBEROAMERICANO DE DERECHO SOCIETARIO Y DE LA EMPRESA*, 25 al 27 de septiembre de 2013, Ed. Universidad Argentina de la Empresa y Cámara de Sociedades Anónimas, tomo I pág. 161; RICHARD, Efraín Hugo “La responsabilidad de administradores y socios con responsabilidad limitada (como conversando con Félix A. Trigo Represas)” en *Estudios sobre obligaciones y responsabilidad civil en homenaje al Académico F’lix A. Trigo Represas*, libro colectivo Ed. La Ley Buenos Aires 2022, pág. 627

<sup>221</sup> ROITMAN, Horacio y colaboradores *Ley de sociedades comerciales. Anotada y Comentada* Editorial La Ley, Bs. Aires 2006, t. II pág. 491.



# DECONOMI

*comprobado alguna de las causales de disolución, sólo pueden atender los asuntos urgentes y deben adoptar las medidas necesarias para iniciar la liquidación. – Responsabilidad. Cualquier operación ajena a esos fines los hace responsables ilimitada y solidariamente respecto a los terceros y los socios, sin perjuicio de la responsabilidad de éstos.”*

Se ha violado la “alerta temprana” que incluso se impone normativamente en la regulación del contenido de la memoria en el art. 66 LGS, como ya anticipé.

La norma contenida en el art. 99 LGS impone una responsabilidad ilimitada y solidaria a los administradores, que ante la causal de disolución, solo deben atender asuntos urgentes y tendientes a la liquidación o remediación.

Sistemas como el "comblement" francés de 1967, que se mantiene pese a su sustitución normativa-impone a los administradores o socios de control asumir el pasivo ante conductas abusivas, podría establecerse en la liquidación, o como complemento de una interacción entre la acción del art. 54.3 LGS y la ley de concursos. Una apreciación doctrinaria y jurisprudencial en tal sentido actuaría como preventiva o disuasiva. Esa norma fue derogada en 2005 “que estableció mecanismos de responsabilidad de los administradores sociales de la sociedad en crisis, de responsabilidad por insuficiencia de activo en el Código de Comercio, que “permite al Tribunal, ante el inicio de la liquidación judicial, impondrá todos o a algunos de los administradores, la obligación de soportar, en todo o en parte, la insuficiencia patrimonial... siempre subordinada a que la negligente gestión haya contribuido a la insuficiencia de activos”.<sup>222</sup>

Halperin refiriéndose a la eficacia expresa que “La legislación francesa que responsabiliza al director por el pasivo social, ha sido criticada porque podrá ser eficaz en la pequeña y mediana sociedad, pero no en la gran sociedad, en la que el director generalmente tiene un patrimonio relativo pequeño en proporción a la importancia del pasivo social. La crítica es exacta si se analiza desde el punto de vista del fin reparatorio total, pero tanto la indemnización que se traduce en el empobrecimiento del director como las consecuencias

---

<sup>222</sup> RECAMÁN GRAÑA, ob. cit. pág. 286



personales (art. 264 L.S.), satisfacen la función preventiva perseguida por la ley”<sup>223</sup>.

“Al decir de Abadesa: la remodelación tiende a salvar la empresa, no a aquellos que deben sufrir la responsabilidad y riesgo de la insolvencia”.<sup>224</sup>

10. Anticipe sobre la alerta temprana en la Memoria actual que entraña un plan de viabilidad. Así el Anteproyecto 2019 disponía ARTÍCULO 66.- *Memoria* Los administradores deberán informar en la memoria sobre el estado de la sociedad en las distintas actividades en que haya operado y su juicio sobre la proyección de las operaciones y otros aspectos que se consideren necesarios para ilustrar sobre la situación presente y futura de la sociedad. Del informe debe resultar: 1) Las razones de variaciones significativas operadas en las partidas del activo y del pasivo. 2) Una adecuada explicación sobre los gastos y ganancias extraordinarias y su origen y de los ajustes por ganancias y gastos de ejercicios anteriores, cuando fueren significativos. 3) Las razones por las cuales se propone la constitución de reservas, explicadas clara y circunstanciadamente. 4) Las causas, detalladamente expuestas, por las que se propone el pago de dividendos o la distribución de ganancias en otra forma que en efectivo. 5) La política de dividendos propuesta o auspiciada, con una explicación fundada y detallada de la misma. 6) La política empresarial proyectada y aspectos relevantes de su planificación y financiación, con una estimación prospectiva de las operaciones en curso o a realizar 7) Las relaciones con sociedades directa o indirectamente controlantes, controladas o vinculadas, así como con las controladas por la misma controlante, las variaciones operadas en las respectivas participaciones, sus créditos y deudas recíprocos y el resultado de las operaciones y negocios entre ellas, si fueron en condiciones de mercado y, en caso negativo, sus razones. 8) Las relaciones establecidas por medio de contratos asociativos u otros que fueren de significación relativa, así como el estado y evolución de los negocios respectivos.

---

<sup>223</sup> HALPERIN, Issac *Sociedades Anónimas. Examen crítico del decreto ley 19550*. Ed. Depalma, Bs. Aires 1974, pag. 466 nota 243.

<sup>224</sup> Ver nuestro referido trabajo de hace 42 años ya citado “La conservación de la Empresa”, pág. 118.



# DECONOMI

En 2020 Colombia sustituyó la causal de pérdida por la de negocio en marcha al final del ejercicio, entronizada en nuestras legislaciones a través de los requisitos de la Memoria y del insoslayable deber de diligencia de administradores sobre el plan de viabilidad, que no asegura éxito pero sí predictibilidad.

En el panel de Viña del Mar, Congreso del IIDC de 2019 se destacó el nuevo artículo 2.086, párrafo 2, del Código Civil italiano - introducido por el Art. 375 del Código de la Crisis (ya en vigor) - bajo el cual: *"El empresario que opera en forma societaria tiene el deber de establecer una estructura organizativa, administrativa y contable adecuada a la naturaleza y al tamaño de la empresa, también por lo que se refiere a la detección tempestiva de la crisis de la empresa y a la pérdida de continuidad de la misma, y de tomar medidas, sin dilación, para que se adopte y ponga en práctica una de las herramientas que ofrece la legislación para la superación de la crisis y para recuperar la continuidad de la actividad"*. Deber reiterado en el artículo 3, apartado 2, del Código de la crisis y la insolvencia, según el cual: *"El empresario colectivo debe adoptar una estructura organizativa adecuada de conformidad con el artículo 2.086 del Código Civil, con el fin de detectar oportunamente el estado de crisis y tomar las iniciativas oportunas"*. Parece ser que el deudor tiene un verdadero *"deber de reestructurarse"*.

Desde 1992, incluso en el primer Iberoamericano de Derecho Societario, se viene desarrollando un pensamiento en torno a la libertad de generación de sociedades, la futilidad del capital social y congruentemente una preocupación sobre la responsabilidad de administradores y socios de control, particularmente al advertirse crisis financiera, económica o patrimonial de la sociedad.

"En tanto la función formulación de cuentas anuales es un deber propio del órgano de administración indelegable, el recurso de facto a la asistencia técnica para el desempeño de las labores preparatorias no puede ser, en sí mismo, causa de exoneración de la responsabilidad por los daños derivados del actuar del Consejo, ... desconociendo la situación de crisis".<sup>225</sup> Se

---

<sup>225</sup> RECAMÁN GRAÑA, ob. cit. pag. 161.





# DECONOMI

califica como “un deber de seguimiento del estado contable, definido de manera genérica, como la obligación de que el empresario se encuentre, de manera constante, por sí o por otros en quien delega dicha función, suficientemente informado del estado financiero empresarial”.<sup>226</sup>

Formalmente podría sostenerse que el estado de cesación de pagos sólo será observado por los administradores cuando se practique el balance anual. Pero eso es una falsedad, el administrador moderno tiene información inmediata, "on line" -por los medios informáticos disponibles- de la situación de la empresa y pesa sobre ellos una obligación de programar hacia el futuro, no de esperar los resultados estáticos del pasado. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 19 de junio de 2015 es modélica en relación con el análisis de este tipo de casos. Los hechos son típicos: el acreedor –un proveedor de la sociedad- demanda a la sociedad deudora y a su administrador. La sociedad está disuelta en el momento de presentarse la demanda y el acreedor prueba que las deudas que reclama se generaron después de que la sociedad estuviera en causa de disolución por pérdidas... Sorprendentemente, el Juzgado desestima la demanda contra el administrador. La Audiencia revoca la sentencia, sosteniendo “Que dicha situación tuvo que ser conocida o debió serlo por los administradores incluso antes de la formulación de las cuentas anuales dada la grave situación de deterioro económico de la sociedad. La jurisprudencia entiende que el plazo de dos meses para el cumplimiento del deber de convocar junta para acordar la disolución se computa desde que el administrador tiene conocimiento de la concurrencia de la causa de disolución en términos de normalidad económica y contable, según el principio de exigencia de intencionalidad o negligencia que, ceñido a la conducta de omisión” generan responsabilidad.

11. El punto son las normas imperativas del derecho societario y Código Civil y Comercial., a las que ya he hecho referencia. Cuando la crisis llega a constituir un problema patrimonial, o sea se constata la existencia de patrimonio neto neutro o negativo existen normas imperativas del derecho

---

<sup>226</sup> RECAMÁN GRAÑA, ob. cit. pág. 150.





# DECONOMI

societario al aprobarse el balance que así lo declare: la existencia de una causal de disolución (art. 94.5 LGS) que no importa de por sí generar la liquidación, porque puede revertirse a través de las soluciones imperativas del art. 96: la capitalización por los socios, terceros o de pasivos. De no seguir los caminos de la ley se genera responsabilidad de administradores y socios por los daños que generen –arts. 99 LGS ahora calificada la de socios de control por el art. 167 tercer párrafo CCC-, conforme la integración prevista en el art. 150 CCC. Si se pagan las deudas no hay daño, pues no haber procedido a la liquidación ni a la capitalización no genera una sanción, sino la posibilidad de responsabilizar para satisfacer a los dañados.

Aceptar la continuidad del giro de una sociedad con patrimonio neto negativo, permitiendo que esta dañe a terceros –acreedores anteriores y posteriores a la crisis patrimonial- sin responsabilizar a alguien, esa dar por el suelo con la teoría de la inoponibilidad de la personalidad jurídica, pues la sociedad en tal estado y desde ese momento sería un ente que constituye un recurso para violar la ley o para frustrar derechos de terceros (arts. 54 ter LGS y 144 CCC)<sup>227</sup>. Si la crisis es más grave, que alcanza a la pérdida del capital social, o sea a la existencia de un patrimonio neto negativo, las soluciones deben ser asumidas por los socios en la previsión de las normas indicadas Y dentro de la teoría general de la responsabilidad civil de base subjetiva, eventualmente conforme normas específicas, como el art. 99 LGS.

El cumplimiento del deber de llevanza de la contabilidad impone a los administradores permite inferir la existencia de un deber de seguimiento del estado contable, definible como la obligación de que el empresario se encuentre suficientemente informado del estado financiero empresarial<sup>228</sup>, de cuya omisión no pueden exonerarse por consultas técnicas de los profesionales por ellos elegidos: "En tanto la función formulación de cuentas anuales es un deber propio de órgano de administración indelegable, el recurso de facto a la asistencia

---

<sup>227</sup> RICHARD, Efraín Hugo "CRISIS ECONÓMICO-PATRIMONIALES DE LAS PERSONAS JURÍDICAS (especialmente societarias) Y EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL", en *Derecho Comercial y de las obligaciones (Revista de Doctrina, Jurisprudencia, Legislación y Práctica)*, n° 212 mayo/junio 2015, Edición especial Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires 2015, pág. 613 y ss.. Antecedentes publicados pueden verse en [www.acaderc.org.ar](http://www.acaderc.org.ar)

<sup>228</sup> RECAMAN GRAÑA, ob. cit. pag. 160



# DECONOMI

técnica para el desempeño de las labores preparatorias no puede ser, en sí mismo, causa de exoneración de la responsabilidad por los daños de actuar del Consejo, en nuestra hipótesis, desconociendo la situación de crisis”.<sup>229</sup> Lo vemos actualmente en el desarrollo del llamado “caso Vicentin”.

Obviamente que posteriormente a esa situación patrimonial extrema la sociedad podrá concursarse, también en estado de liquidación –que merecería un análisis especial, pero no distinto sistemáticamente-, pero de ese incumplimiento de socios y administradores no puede resultar una transmisión del daño o del esfuerzo a los acreedores. La conservación de la empresa es un tema, pero no implica beneficiar a administradores y socios, que no podrán escapar a eventuales acciones de responsabilidad extraconcursales.

12. El deber de prevención del daño, desarrollado en los arts. 1710 CCC, se enrola en esta visión “La acción preventiva procede cuando una acción u omisión antijurídica hace previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento” (art. 1711). La cuestión la podemos vincular a la *business judgment rule* “(en la traducción más extendida, regla del juicio empresarial) nace como regla para la protección de la discrecionalidad empresarial, fundamentada en la presunción de que los administradores respetan los deberes fiduciarios que pesan sobre ellos... presuponiendo *juris tantum*, que cuando los administradores adoptan decisiones empresariales lo hacen de manera informada, de buena fe y persiguiendo el mejor interés de la sociedad. La presunción actúa –protegiéndose la decisión de toda valoración de procedencia y razonabilidad, y, en consecuencia, al administrador de toda responsabilidad por las consecuencias de la decisión tomada siempre y cuanto la actuación de los gestores pueda considerarse racionalmente adoptada”, y que para España debe referirse a las “decisiones empresariales excesivamente arriesgadas”.<sup>230</sup>

Si administradores y socios eluden asumir la crisis con las previsiones imperativas de LGS: la alerta temprana de la pérdida matemática del capital social si es ratificada en el análisis que deben formalizar los administradores sobre la aptitud del patrimonio, y la respuesta es negativa: no liquidando ni

---

<sup>229</sup> RECAMAN GRAÑA, ob. cit. pág.161

<sup>230</sup> RECAMAN GRAÑA ob. cit. pág. 173 y ss.



# DECONOMI

capitalizando ellos o a través de terceros, sin duda porque el negocio es viable, no se intente perjudicar a la sociedad y a los acreedores a través de la tradicional fórmula de quita y espera –quita que implica un costo impositivo para la sociedad y traslado de riqueza de acreedores en favor de socios-.

En este punto se abre una luz, pues Truffat a través de su defensa del “esfuerzo compartido”, descarta lógicamente la fórmula tradicional de “quita y espera”. ¿Cuál será la fórmula que pasará el cedazo de la homologación conforme art. 52.4 LCQ? Principios básicos de derecho se basan en la buena fe, evitar el daño o la continuidad de las acciones dañosas, en no abusar de derecho ni cometer fraude a la ley.

La responsabilidad por el debilitamiento de la garantía de los acreedores, que nosotros agravábamos por la conexión del art. 99 LGS con el 167 in fine CCC, es integrado ese criterio en el propio artículo del ALGS: “Respecto de cualquier operación ajena a esos fines, serán responsables solidariamente frente a los terceros y los socios, sin perjuicio de la responsabilidad de estos últimos cuando la hubieren consentido expresa o tácitamente.” El 167 CCC in fine preceptúa “...responden ilimitada y solidariamente sus administradores y aquellos miembros que, conociendo o debiendo conocer la situación y contando con el poder de decisión necesario para ponerle fin, omiten adoptar las medidas necesarias al efecto”, ante la ambigüedad “de los socios en su caso” del art. 99 LGS, conforme el art. 150 CCC, para satisfacer el déficit patrimonial.

La responsabilidad se genera ante concreto daño a terceros, incluso a la sociedad y a socios minoritarios, por el actuar de administradores y de ciertos socios, aún en las personas jurídicas con limitación de responsabilidad por no actuar conforme a normas imperativas de la ley y generar ese daño. El debido contrapeso al control preventivo lo constituyen, decía Mauricio Yadarola, las acciones de responsabilidad contra administradores y socios que arguyeron la viabilidad de mala fe causando daño.<sup>231</sup>

---

<sup>231</sup> RICHARD, Efraín Hugo “Responsabilidad de administradores societarios por insolvencia” pág. 504 en “Jornadas italoargentinas de derecho: perspectivas del derecho entre Latinoamérica e Italia” Córdoba Argentina 2004-2005, Ed. Alveroni, Córdoba Agosto 2006.



# DECONOMI

La norma tiene trascendental importancia, pues de no observarse los estrictos deberes que se imponen a los administradores, éstos son sancionados con *responsabilidad ilimitada y solidaria* hacia los socios y los terceros, por todas las obligaciones contraídas en este período<sup>232</sup>. Y el precepto añade que ésta puede hacerse extensiva también a los socios<sup>233</sup>. En forma alguna pretendemos que administradores asuman el riesgo del mercado o del error en la planificación<sup>234</sup>, sino que se concientice que de una actitud omisiva o desleal puede resultar responsabilidad. Jamás deben preocuparse los administradores que actúan con lealtad y la diligencia de un buen hombre de negocios, ni aún ante la cesación de pagos o insolvencia de la sociedad, y menos frente a una mera crisis económico o financiera. No se espera de ellos que tengan necesariamente que superar ese estado patrimonial o financiero, sino meramente que lo afronten, en primer lugar frente a los socios –conforme LGS- y agotada ella –incluso la negociación privada con los acreedores- por la vía concursal que, a través de la concurrencia obligatoria intenta la unificación de acciones de intereses.

Es que los administradores deben responder de los daños que causen a la sociedad o a terceros por no actuar “con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios”, que es el standard que fija el art. 59 LS <sup>235</sup>, imponiendo de seguido que “Los que faltaren a sus obligaciones son responsables ilimitada y solidariamente, por los daños y perjuicios que resultare de su acción u omisión”. Subraya Halperin que es “un criterio objetivo de

---

<sup>232</sup> SCJ Buenos Aires, Rodríguez, Alberto H. c. Mada S.R.L. y/u otros, 16/06/1992, LL, 1992-E, 39 – DJBA 143, 5318 – DJ, 1993-1-866: Vencido el término de duración de una sociedad de responsabilidad limitada sin que se disponga su liquidación, toda actividad ajena a esos fines hace responsable a administradores ilimitada y solidariamente respecto de terceros y los socios sin perjuicio de la responsabilidad de éstos.

<sup>233</sup> CCiv., Com. y Lab. Reconquista, Coheres, Luis A. y otros c. Coteplex S. R. L., 18/02/1997. LL Litoral, 1998-1-266: Es inadmisibile la solicitud de embargo formulada por los actores respecto de los socios de la sociedad demandada que ha incurrido en la causal de disolución contemplada en el art. 94, inc. 2º de la ley 19.550 si no han acreditado que la sociedad ha ignorado el trámite liquidatorio o bien que sus administradores han realizado actos en violación a lo prescripto por el art. 99 de la citada normativa, pues aquélla conserva su personalidad aunque acotada a la etapa de liquidación.

<sup>234</sup> Es el parámetro que fijaban los arts. 125-1 y 125-2 incorporados en el año 1983 a la ley de concursos 19.551 entonces vigente, disponiendo que la razonabilidad de un plan debía juzgarse en relación a la fecha en que había sido formulado, descartando así los avatares del mercado, de la política o de la globalización.

<sup>235</sup> Sobre la inteligencia de la locución puede verse a nuestro recordado HALPERIN, Isaac *Sociedades anónimas. Examen crítico del dto. ley 19550*, editorial Depalma, pág. 451 y nota 293, Buenos Aires 1974.



comportamiento (pero no una responsabilidad objetiva)... la noción de buen hombre de negocios establece una auténtica responsabilidad profesional, ya que implica capacidad técnica, experiencia, conocimientos. Para apreciarla en el caso concreto se tendrá en cuenta: a) la dimensión de la sociedad, b) su objeto, c) las funciones genéricas que incumben como director y las específicas que se le hubieran confiado, d) las circunstancias en que debió actuar (urgencia, acopio de datos, antecedentes e informaciones, etc.) y cómo cumplió su deber de diligencia”<sup>236</sup>.

Una cuestión a asumir es la caracterización de la obligación como solidaria o concurrente, particularmente por el distinto rol de administradores y socios de control que, a mi entender afronta la tesis de la responsabilidad civil en las relaciones de organización.

13. Descubrí en el Congreso del IIDC de Punta del Este, la tesis de Carlos E. López Rodríguez sobre responsabilidad de administradores por el déficit concursal, que –obviamente- se centra en la Persona jurídica <sup>237</sup>, entresacando “...la responsabilidad por el déficit concursal sirve para obtener la sujeción del patrimonio de los administradores, liquidadores o apoderados generales del deudor que en razón del incumplimiento de las obligaciones inherentes a sus atribuciones, han colocado a los acreedores y a la sociedad deudora en una compleja situación económica de la que en pocas ocasiones resultan indemnes (pág. 56). Señala ese autor “En este punto, el legislador español parece haber seguido las orientaciones del Informe Winter, que señala –aunque sólo en relación a las sociedades cotizadas- que si los administradores están en condiciones de prever que la sociedad no pueden continuar pagando sus deudas, deben decidir o bien sanear la sociedad, garantizando el pago a los acreedores o liquidarla, de lo contrario, los administradores deben ser responsabilizados, total o parcialmente, frente a los acreedores, por los créditos impagos”. La cita es el resultado del trabajo realizado por el “Grupo de Alto Nivel

---

<sup>236</sup> HALPERIN ob. cit. en nota anterior pág. 452/3.

<sup>237</sup> LÓPEZ RODRÍGUEZ, Carlos E. *Responsabilidad concursal de los administradores societarios. Administración de hecho y déficit concursal. Estudio comparado con la legislación española y argentina*, Ed. La Ley Uruguay, Montevideo 2016.



de Expertos en Derecho de Sociedades, presidido por Jaap Winter, con el objetivo de iniciar una discusión sobre la modernización del Derecho de Sociedades y elaborar recomendaciones destinadas a crear un nuevo marco regulador de las sociedades cotizadas. Es el marco general societario que brindan las normas imperativas sobre causales de disolución no abandonado por el Anteproyecto 2019. La responsabilidad por el déficit concursal constituye otro de los modos de atribuir o distribuir los costes derivados de la insolvencia”p. 63.

La situación de crisis motiva la especial atención doctrinal para imputar de responsabilidad de administradores, incluso con libros sobre ellos como el de Eva Recamán Graña repetidamente citado.

Es responsabilidad no como sanción sino por el daño, dentro de la teoría general de la responsabilidad de base subjetiva. Incluso administradores y socios podrán disponer que la sociedad se concurse, pero no podrán generar una nueva opción de la fijada en la norma imperativa.<sup>238</sup> Deben optar<sup>239</sup> pues de no incurrirán en una antijuridicidad, y de existir daño deberán satisfacerlo. Los órganos de la sociedad tienen facultad para acordar con acreedores, p.ej. la capitalización –repetimos-, e inclusive concursarse, pero no podrán alterar las opciones imperativas de esa norma.<sup>240</sup>

Estamos frente a omisiones o acciones graves, que resultan de una falta de diligencia calificada no atendiendo a alertas tempranas insoslayables a partir la mínima atención a la contabilidad o de omisiones injustificables de no llevar contabilidad. Incluso al causar daños a terceros hasta debe pensarse en

---

<sup>238</sup> MUIÑO, Orlando Manuel “EN TORNO A LA INDISPONIBILIDAD DE LA DISOLUCIÓN POR PÉRDIDA DEL CAPITAL SOCIAL”, en *Crisis y Derecho*, Tomo 1 “Las vías de prevención y saneamiento de la crisis empresarial”, pág. 124, Ed. Fespresa, Córdoba 2015; Ricardo OLIVERA GARCÍA en ap. III “El orden público en la ley de sociedades comerciales” de su libro *Estudios de Derecho Societario*, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe 2005, enfrenta el tema de la imperatividad de las normas societarias en el derecho argentino.

<sup>239</sup> Opción conforme el Diccionario de la Real Academia es la “Libertad o facultad de elegir. Derecho de elegir entre dos o más cosas, fundado en precepto legal en negocio jurídico”. En el caso no se puede sustituir la decisión por algo no previsto en el propio art. 96 LGS.

<sup>240</sup> La Corte constitucional colombiana en sentencia T-597 definió de la siguiente manera estos conceptos “Pero en las leyes debe distinguirse con claridad entre aquellas de sus normas que son imperativas para sus destinatarios, es decir las que se imponen sin posibilidad de pacto o decisión en contra pues su efectos deben producirse con independencia del querer de las personas, de ls que tienen un carácter apenas supletorio de la voluntad de los sujetos a quienes se refieren, las cuales operan solamente a falta de decisión particular contraria, y también de las opcionales, esto es, las que permiten a los individuos escoger, según su deseo y conveniencias, entre dos o más posibilidades reguladas por la misma ley en cuanto a los efectos de las opciones consagradas”.





acciones u omisiones dolosas para no dejar huella de la antijuridicidad de sus actos. Es el *wrongful trading* o *duty to avoid insolvent trading* del derecho anglosajón.

No se trata de generar una responsabilidad objetiva, es sin duda una violación a la diligencia de los administradores que ante la aparente inviabilidad de la sociedad no convocan a los socios para resolverlo, y con deslealtad posibilitan daños a terceros cuando no a la propia sociedad. Si por la inacción de los socios de control continúan con la contratación desleal no podrán soslayar la acción de terceros por los daños que pudieren causar, sin perjuicio de la posible repetición contra los socios de control, cuya responsabilidad es tratada por Rosa Otzoa- Errarte Goikoetxea<sup>241</sup>

Y así vuelvo a dialogar con Héctor Alegría, nuevamente en su homenaje, agradeciendo a Héctor Osvaldo Chomer la invitación a publicar en la Revista Electrónica que dirige para así también ampliar el diálogo que constantemente mantenemos para que las crisis societarias sean asumidas en forma legal acotando el daño, incluso para que los socios no deban soportar las pérdidas como elemento esencial de la relación societaria.

Como visión premonitoria, ante los vientos de reformas mundiales del sistema de crisis, así como se intenta delinear un procedimiento para consumidores –que debería ser sencillísimo-, y para grandes o pequeñas empresas, señalo que al margen de ello debe aceparse un sistema de crisis de sociedades donde se impone la integración normativa y la preeminencia de las normas imperativas de la persona jurídica. Es un postulado que lentamente se va aceptando por diversos caminos, no siempre el que sustentamos.<sup>242</sup>

Sé que no son fáciles los cambios, reacción que “ha sido bien descrita por Claus Offe (en *The utopia of the zero option*”, publicado en 1987 en *Praxis International*): las sociedades complejas ‘se han vuelto tan rígidas que el mero intento de renovar o pensar normativamente su ‘orden’ –la naturaleza de la coordinación de los procesos que se producen en ellas- está virtualmente obturado en función de su futilidad práctica y, por lo tanto, en su inutilidad

---

<sup>241</sup> *La responsabilidad de los Socios por la Infracapitalización de su sociedad* 2ª. Edición Thompson Reuters, Es\*pala 2011.

<sup>242</sup> Veiga-Richard “El contraderecho...” citado.





# DECONOMI

esencial'. ... El orden general de las cosas no admite opciones..."<sup>243</sup>. Y esto es lo que ocurría en materia de concursos de sociedades... Pero mi utopía me permite entrever que algo está cambiando.

---

<sup>243</sup> BAUMAN, Sygmunt *Modernidad líquida*. Ed. Fondo de Cultura Económica, impreso en Argentina, segunda reimpresión 2022, p. 11.



## “La business judgment rule en el ordenamiento jurídico argentino”

por Lorena R. Schneider

### 1. Introducción:

Los administradores –hace ver Ascarelli<sup>244</sup>-, son responsables de la exacta observancia de las normas legislativas y estatutarias fijadas en materia de administración, así como en la ejecución de los acuerdos de asamblea. De la observancia de sus deberes, los administradores son, ante todo, responsables frente a la sociedad y también frente a terceros. Ésta juzga de la responsabilidad de los administradores por medio de la asamblea y, es, por tanto, la mayoría de ésta la que determinará el ejercicio de la acción de responsabilidad, confiando después su ejercicio a quien crea más oportuno<sup>245</sup>.

¿Qué ocurre con el margen de apreciación discrecional que necesariamente debe asegurarse a los administradores? ¿Debe asegurárseles necesariamente dicho margen? ¿Bajo qué condiciones? ¿Podrá aceptarse, sin más, la posibilidad de dañar a la sociedad o a los terceros a ella se vinculen, en amparo de la indicada discrecionalidad?

Inicialmente, cabe dejar sentado que *discrecional es lo opuesto a lo reglado* y, que *discrecionalidad equivale a libertad*, si bien son numerosos los matices que deben circundar dicha presuposición. Precisamente, en las implicancias que el tema presenta se encuentra el *quid* de la cuestión, dado que tales manifestaciones no son menores.

---

<sup>244</sup> ASCARELLI, T., “*Sociedades y asociaciones comerciales*”, (traducción Santiago Sentis Melendo), Ediar S.A. editores, Buenos Aires, 1949, p. 354/8.

<sup>245</sup> En idéntico sentido VIVANTE, C., “*Tratado de derecho mercantil*”, versión española de la 1° edición, (traducido por Ricardo Espejo de Hinojosa), vol. II, ed. Reus S.A., Madrid, 1932, p. 390, en donde se expone la *Acción de los acreedores*, en los siguientes términos: “los acreedores que corren el riesgo de perder su crédito tienen una acción propia contra los administradores y los síndicos para obligarlos a completar el capital social que culpablemente hayan disipado (art. 147). La ejercitan en nombre propio, con el mismo contenido que tendría si fuera ejercitada por los accionistas”. Cabe añadir que la cláusula que actualmente recepta dicha acción es el art. 2394.1 y 2, del Código Civil italiano, al establecer que “la acción puede ser promovida por los acreedores cuando el *patrimonio* (ya no habla de capital social), resulte insuficiente para la satisfacción de sus créditos”.



# DECONOMI

Existe en la actividad de los administradores un marco variable de discrecionalidad en que su margen de autonomía decisoria puede – eventualmente-, explicarse o justificarse, por las circunstancias propias de la persona jurídica. Asimismo, por situarse en el corazón de la actividad económica de las sociedades de capital además de contribuir a la estabilidad societaria, la discrecionalidad –con adecuados matices-, pretende liberar a los administradores del riesgo de posibles reclamaciones de responsabilidad.

La inspiración de la discrecionalidad empresarial la encontramos en la figura norteamericana de la *Business Judgment Rule*, objeto de la recepción por algunos ordenamientos jurídicos, como el alemán<sup>246</sup> y español<sup>247</sup>, por ejemplo. En otros países europeos, como ocurre con Italia, la *Business Judgment Rule* –aún sin expresa recepción normativa-, juega un papel relevante en la jurisprudencia<sup>248</sup>. Dicha regla califica el *arbitrio* del administrador<sup>249</sup>. Fueron los tribunales quienes decidieron proteger a los administradores sociales en sus decisiones honradas y sensatas al gestionar negocios ajenos, puesto que consideraban que una estricta aplicación del deber de diligencia podía tener efectos disuasorios perjudiciales para el desarrollo económico<sup>250</sup>.

Son cuatro los elementos cuya presencia resulta necesaria para que quede protegida la discrecionalidad empresarial: (i) que el empresario haya actuado de buena fe; (ii) que carezca de interés personal en el asunto objeto de decisión; (iii) que disponga de información suficiente y, (iv) que haya actuado con

---

<sup>246</sup> El § 93, 1, 2 *AktG*, recoge la *Business Judgment Rule* de manera muy amplia.

<sup>247</sup> Art. 226, de la Ley de Sociedades de Capital Española. Puede citarse, además, a Australia, Corporations Act 2001, Sección 180, disponible en <https://www.legislation.gov.au/Details/C2017C00129>.

<sup>248</sup> GUERRERO TREVIJANO, C., “*El deber de diligencia de los administradores en el gobierno de sociedades de capital. La incorporación de las reglas de la Business Judgment Rule al ordenamiento español*”, ed. Aranzadi- Civitas, Cizur menor, 2014, p. 37.

<sup>249</sup> REYES VILLAMIZAR, F., “*Derecho societario en los Estados Unidos: introducción comparada*”, ed. Legis, 2da. edición, Bogotá, 2005, p. 41, donde advierte: “Es dable recordar que el sistema jurídico de los Estados Unidos de América, se encuentra contenido en tres fuentes diferentes: por un lado, el “*Common Law*”, la “*equity*” y la legislación escrita. Cuando el fallo se profiere en “*equity*” “los principios jurídicos aplicables son adoptados con amplitud por el juez y, aunque la decisión depende en parte de la discrecionalidad del funcionario, éste debe guiarse por los precedentes judiciales sobre hechos semejantes y observar las máximas propias de esa forma de actuación judicial”.

<sup>250</sup> ALEJOS GARMENDIA, B., “*Los deberes de diligencia y de lealtad de los administradores de las empresas*”, ed. Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2017, p. 128.



arreglo a un procedimiento de decisión adecuado<sup>251</sup>. En este contexto, la regla de la “*apropiación indebida*”, se aplica también a los administradores sociales, pues se funda en el deber de lealtad, por cuanto se enfoca a impedir que los administradores actúen de modo infiel o atendiendo a propios intereses<sup>252</sup>.

Así, pues, hay que distinguir las decisiones respecto de las cuales los administradores realizan un juicio discrecional (cubiertas por la *Business Judgment Rule*) y las decisiones no discrecionales, esto es, las que tienen un contenido marcado por la ley, los estatutos o los acuerdos de asamblea. Las segundas no entran en el ámbito de la *Business Judgment Rule*, sencillamente porque el juicio del administrador respecto de si cumplió o no la ley, estatutos o acuerdos, no es un juicio discrecional. En sentido contrario, pues, la inmunidad de las decisiones de gestión empresarial de los administradores alcanza a los casos de *deficiencia de juicio*, caracterizados por valoraciones incorrectas y equivocaciones técnicas y, *no los casos en los que el administrador no se ha informado adecuadamente o no ha seguido el protocolo establecido* (sea legal o estatutariamente), para la toma de decisiones o, se ha comportado de forma perezosa o indolente o tiene algún interés personal en la decisión<sup>253</sup>.

En otras palabras, cuando el administrador actúe con buena fe, sin interés personal, con información suficiente y siguiendo el procedimiento, no puede haber infracción del deber de diligencia ni, por ende, responsabilidad. Por tanto, la regla hace suponer que cuando un administrador ha tomado una decisión empresarial lo ha hecho con la suficiente información, de buena fe y considerando honestamente que la decisión es beneficiosa para los intereses de la sociedad; y, por esa razón, se establece que cuando un administrador ha

---

<sup>251</sup> EMBID IRUJO, J., “La protección de la discrecionalidad empresarial”, en CEBRIA, H., “*Régimen de deberes y responsabilidades de los administradores en las sociedades de capital*”, ed. Bosch, Madrid, 2015, p. 111.

<sup>252</sup> PAZ-ARES, C., “*La responsabilidad del socio colectivo*”, ed. Civitas, Thomson Reuters, Navarra, reimpresión 2016, p. 44, hace referencia a esta cuestión, para lo cual se apoya en el artículo de DYCK - ZINGALES, en “*Private Benefits of Control: An International Comparison*”, en The Center for Research in Security Prices. Estos autores llevaron a cabo un estudio de un conjunto de transacciones privadas mundiales, pues bien, se llega a la conclusión de que cuanto mayor sea la diferencia entre el valor privado y el valor público de las compañías, mayor será el incentivo a los administradores a la concentración de propiedad, lo que trae como consecuencia una reducción de la liquidez y de los mercados de capitales.

<sup>253</sup> ALFARO, J., “*Artículo 226. Protección de la discrecionalidad empresarial*”, en “Comentario a la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo (Ley 31/2014)”, Jesús Alfaro (Dir), ed. Thomson Reuters Civitas, Navarra, 2015, p. 326.



# DECONOMI

actuado de esa manera, los jueces no deberán intervenir “*a posteriori*” sobre la operación o actuación en cuestión imponiendo su criterio, aun cuando las decisiones adoptadas por los administradores no hubieren sido muy acertadas<sup>254</sup>.

Surge aquí, sin embargo, el siguiente interrogante: ¿son responsables los administradores que han actuado de buena fe, sin interés personal, contando con la información necesaria o suficiente y conforme a procedimiento, en infracción a una norma o causando daño a la sociedad o terceros? La respuesta debe necesariamente brindarla el sistema de responsabilidad derivado del derecho de fondo y fortalecido por el fuerte sistema de responsabilidad del derecho societario. Ello significa que, para atribuir responsabilidad deben en principio darse los presupuestos que hacen a la responsabilidad, es decir, en primer lugar, debe haberse ocasionado un daño, debe existir un factor de atribución, antijuridicidad y nexo de causalidad. Luego, esta “protección” de la discrecionalidad debe actuar como un “factor de exclusión” para los casos en que se evidencie que el error en la actuación del administrador no le resulta imputable, precisamente, por hacer al *riesgo propio de su gestión*. El riesgo, en este ámbito especial tiene singular relevancia.

## 2. La necesidad de proteger la incertidumbre que rodea la actuación gestora de los administradores.

Lo mencionado hasta aquí permite afirmar que existe en la actividad de los administradores un marco variable de discrecionalidad en que su autonomía decisoria puede justificarse por circunstancias propias de la persona jurídica. En tal sentido la regla de la discrecionalidad de los administradores *trata de convertir la prestación de los administradores en una obligación de medios* (desempeñar su cargo de forma que se intente lograr el éxito de la empresa) y, no en una obligación de resultado (lograr efectivamente el éxito de la

---

<sup>254</sup> Illinois Appellate Court “*Shlensky v. Wrigley*” (1968) y Supreme Court of Delaware, in re “*Aronson v. Lewis*” (1984). Una recepción explícita de esta regla -que por cierto no ha sido recogida en ninguna “Corporate Law” estatal ni en el RMBCA-, se observa en el ámbito de buen gobierno corporativo en la sección §4.01 Principes ALI.



empresa)<sup>255</sup>. Ello por cuanto, los administradores no están obligados a procurar el éxito; tampoco a tomar decisiones acertadas.

Es la ausencia de certeza que existe al momento de realizar cualquier acción empresarial lo que provoca una situación de duda y malestar, ante la materialización de determinados escenarios. No solo ello, la “*falta de previsibilidad*” y, el “*error humano*”, asimismo, deben quedar fuera del escrutinio judicial. Ello, siempre y cuando, no merezca reproches la conducta del administrador.

Es así entonces, en la responsabilidad de los administradores sociales-, debe examinarse la discrecionalidad empresarial. Su justificación se reduce a que no es posible establecer *a priori* lo que constituye la correcta decisión que se debía tomar. La actividad empresarial viene siempre presidida por la incertidumbre. A esta inseguridad se une la necesidad que las decisiones empresariales a menudo se deban adoptar bajo una fuerte presión temporal, sin que los administradores puedan acceder a toda la información. Decidir en el ámbito de una actividad de empresa, comporta siempre riesgos.

Cuando se tiene que decidir en relación con la introducción en nuevos mercados, el desarrollo de nuevos productos, la creación de nuevas estrategias de organización de los recursos o de comercialización, la de recabar nuevos recursos financieros de los socios o de entidades crediticias, muchas veces no puede tenerse la absoluta seguridad que la decisión será acertada o exitosa. A menudo, además, no hay una única decisión apta para resolver un problema, sino que se abre un abanico de posibilidades cuya repercusión patrimonial y riesgos, así como las probabilidades que éstos se produzcan, son impredecibles.

La discrecionalidad empresarial, además, tiende a garantizar la independencia en la gestión de la empresa, evitando –justamente-, que los jueces controlen *a posteriori*, la oportunidad de la decisión adoptada.

---

<sup>255</sup> ALFARO, J., “*Artículo 226. Protección de la discrecionalidad empresarial*”, cit., p. 327. En consideración del autor, la regla 226 del derecho español, puede entenderse como una “concretización legal del deber de diligencia objetivo del administrador” cuando adopta una decisión que no viene determinada por la ley o, en términos semejantes, como una *disgregación entre el estándar de conducta –diligencia-, y el estándar de responsabilidad –actuación informada y desinteresada en el ámbito de decisiones discrecionales, lo que significa que el estándar de conducta se deja incólume pero su infracción solo genera responsabilidad fuera del ámbito de aplicación de la Business Judgment Rule.*



# DECONOMI

Precisamente, existen precedentes judiciales que han hecho ver que no puede el juez inmiscuirse en decisiones de gestión empresarial y, ello refuerza, la noción de obligación de medios y no resultados. Ello por cuanto, la posibilidad de atacar las decisiones del órgano de administración presenta el riesgo de paralizar el desenvolvimiento de la entidad que se manifiesta a través del directorio.

Caso por caso, siguiendo el método lógico inductivo, el aparato judicial decreta si la conducta puesta en cuestión se adapta al deber de diligencia. Mantenido y expresado como deber genérico, puede no resultar sencilla la apreciación judicial de los hechos y la interpretación de las normas. La interpretación ha de hacerse en función de las variantes circunstancias que atañen a la estructura interna del órgano de administración, a la empresa y al mercado cambiante en el que se desenvuelve. Las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar, son el referente al que acudir. Con todo, ante un estándar legal general o abstracto de la diligencia, es fácil que las interpretaciones judiciales diverjan. Una interpretación demasiado rigurosa de los hechos y las normas que los regula puede provocar consecuencias no deseadas tanto para los socios como para la sociedad. A la inseguridad jurídica que deriva de la variabilidad interpretativa que agudiza la concreción normativa del deber de diligencia, se añade un doble defecto del que pecan las decisiones judiciales vertidas sobre temáticas empresariales. De un lado, el hecho que los jueces no son ni tienen porqué ser expertos en temas de gestión empresarial; de otro, la extendida tendencia a sobrevalorar los errores de los actos o acuerdos adoptados en el pasado una vez que se observan los resultados negativos que provocan en el presente y pueden provocar en el futuro<sup>256</sup>.

De manera tal que ésta es una regla que tiene importantes aplicaciones y repercusiones bajo el ámbito del deber de diligencia, más tratándose del deber de lealtad su aplicación es bastante discutible al punto que

---

<sup>256</sup> MANDALONIZ, M., “Inconcreción del deber de diligente administración, disposición del régimen de responsabilidad e inclusión de la regla de la discrecionalidad empresarial (arts. 225 y 226 de la ley de sociedades de capital)”, en “Gobierno corporativo: la estructura del órgano de gobierno y la responsabilidad de los administradores”, (Alfonso Martínez – Echevarría y García de Dueñas (Dir.), ed. Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2015, p. 367 y 402/3.





se admite por norma general la inaplicabilidad de “*Business Judgment Rule*” frente a las distintas situaciones de conflicto de intereses<sup>257</sup>.

Las razones que conducen a ello pueden resumirse en las siguientes:

i) es evidente que entre los miembros del órgano de administración o entre los distintos directivos de la empresa, normalmente se presentan vínculos muy estrechos que interfieren en la capacidad del órgano de administración de emitir un buen juicio empresarial al momento de valorar una oferta que afecta a uno de sus colegas, así es muy probable que los miembros del órgano de administración autoricen la operación de su compañero, aun cuando medie un conflicto de intereses que pueda perjudicar a la sociedad, sobre la base que en un futuro éstos se comporten de igual forma; ii) en los supuestos que aparejan conflictos de intereses se debe indagar con mucho más detenimiento el normal comportamiento aplicado sobre las conductas diligentes, pues en estos casos se trata de comprobar si en la aprobación de la operación no concurren circunstancias injustas (*unfair*), como lo sería por ejemplo, indebidas presiones por parte de los administradores interesados sobre los administradores o accionistas desinteresados que deben decidir la aprobación del contrato o la actuación en conflicto<sup>258</sup>.

En coincidencia con Atienza<sup>259</sup>, debe decirse que la clave para el ejercicio de la autonomía personal no es la idea de discrecionalidad, sino la de límite, la de que las libertades sólo pueden ejercitarse dentro de ciertos márgenes. Frente al tradicional liberalismo con que el legislador ha tratado el régimen legal de los administradores en sede de deberes, se plantea la necesidad de que tanto los administradores como los terceros que con ellos se relacionan, dispongan de una *mayor seguridad jurídica*.

Dado, entonces, que el deber de diligencia de los administradores es una obligación de medios y no una obligación de resultados, se comprende fácilmente que la jurisprudencia –norteamericana-, creara tempranamente la regla del juicio o de la discrecionalidad empresarial (*Business Judgment Rule*),

---

<sup>257</sup> HAMILTON, R – FREERS, R., “*The Laws of Corporations in a nutshell*”, 6<sup>th</sup> edition, ed. Thomson Reuters, Atlanta (USA), 2011, p. 483.

<sup>258</sup> GHEZZI, F., “*I doveri fiduciari degli amministratori nei. Principles of Corporate Governance*”, en *Rivista delle Società*, No. 41, marzo-junio, ed. Giuffrè, Milán (Italia), 1996, p. 465 y s.s.

<sup>259</sup> ATIENZA, M., - RUIZ MANERO, J., “*Illicitos atípicos*”, ed. Trotta, Madrid, 2006, p. 96.



# DECONOMI

que tiene, precisamente, por objeto limitar el control judicial de las decisiones empresariales. La regla establece que *los jueces no revisarán materialmente* (su "calidad"), *las decisiones de carácter empresarial* ("decisiones estratégicas y de negocios"), *tomadas por los administradores sociales* (y los administradores no responderán por los daños que haya podido sufrir la sociedad), *si el administrador ha tomado determinados recaudos*.

No obstante, la regla del juicio empresarial tiene unos contornos imprecisos. Tal como se hubiera enunciado, la regla tiene origen en una formación jurisprudencial que, en atención a los casos planteados, perfila el ámbito de su aplicación. En consecuencia, en la modelación de la regla inciden diversos factores relacionados con la adopción de decisiones empresariales por los administradores sociales. Lo que resulta indubitado al ámbito de aplicación de la regla es su fundamento primigenio en el cumplimiento del deber de diligencia (*duty of care*) y, a través de éste, en último término, al deber de fidelidad. Este último se adscribe a la finalidad de procurar el interés social y, es desarrollado bajo los parámetros del principio general de la buena fe<sup>260</sup>.

Presenta, asimismo, ventajas y desventajas. Entre las primeas pueden mencionarse: i) Estimular a los administradores a ejercer el cargo y a tomar riesgos; ii) Conservar al órgano de administración como último órgano de toma de decisión; iii) Fortalecer el mercado de los administradores; iv) Otorgar mayor seguridad jurídica en el ejercicio de la actividad empresarial y administrativa y evitar el escrutinio judicial; entre otras. En cuanto a las desventajas que la regla presenta, se observan: i) El "riesgo" del esquema anglo-americano puede resultar contrario a la "responsabilidad" del esquema romano-germánico; ii) Resulta arriesgado importar figuras jurídicas que no han sido suficientemente reconocidas<sup>261</sup>, entre los más notorios.

Debe advertirse, también, que la discrecionalidad empresarial no puede amparar o alentar un aparente espacio de inmunidad para el administrador, sino que debe hallarse orientada a delimitar con mayor precisión

---

<sup>260</sup> CEBRIA, LUIS. H., "El deber de diligente administración en el marco de los deberes de los administradores sociales", ed. Marcial Pons, Madrid, 2009, p. 106.

<sup>261</sup> SUESCUN DE ROA, F., "La Business Judgment Rule en los estados unidos: una regla con dimensión procesal y fuerza sustantiva", Universitas. Bogotá (Colombia) N° 127: 341-371, julio-diciembre de 2013, p. 361.



las decisiones estratégicas y de negocio, cuidando celosamente no convertir al administrador en un sujeto prácticamente irresponsable. Su razón de ser se enmarca en la necesidad de limitar el alcance del control judicial en materia de responsabilidad por daños al dejar fuera de este, decisiones genuinamente empresariales.

### 3. ¿Puede válidamente inferirse la *Business Judgment Rule* de nuestro ordenamiento jurídico? La identidad y correspondencia de sistemas.

Habiéndose examinado las diversas circunstancias que deben rodear la regla de discrecionalidad empresarial, puede advertirse que se constatan elementos comunes en nuestro ordenamiento jurídico. Tal y como se ha venido estudiando a lo largo de la investigación, la *Business Judgment Rule* ha sido delineada por la tradición estadounidense bajo ciertos y rigurosos parámetros, entre ellos: a) actuar con diligencia; b) con buena fe y sin interés personal; c) con información suficiente, y d) siguiendo los procedimientos. A ellos han sido agregados, en este trabajo, el cumplimiento de la ley y los estatutos, y, la proporcionalidad y razonabilidad, entre otros.

Pues bien, cabe sostener —sin lugar a dudarlo— que el ordenamiento jurídico argentino *admite y recoge* —de modo implícito— la regla de la discrecionalidad empresarial. Sin embargo, para sostener firmemente tal premisa, debe —inexorablemente— existir un fundamento jurídico que permita respaldar la idea. En tal sentido, a tal conclusión puede arribarse desde diversas pero sólidas presunciones, como las que seguidamente se exponen:

- a) En primer lugar, puede enfatizarse que la regla de discrecionalidad empresarial se *origina* y se *obtiene* de nuestro propio ordenamiento jurídico, puesto que comparte muchos de los deberes que hacen al desempeño del cargo de los administradores. Esta primera aproximación se apoya en abundantes disposiciones normativas, como las que seguidamente se detallan para cada elemento:
  - i. El *deber de diligencia* surge de los arts. 59 y 274, LGS y, 159, CCyCN; art. 23, ap. VII, LRP.



# DECONOMI

- ii. El deber de actuar con *buena fe y sin interés contrario*, surge de los arts. 248, 271 y 272, LGS; arts. 9 y 10 y 159, CCyCN; art. 78, 102, 103, 109, 110, 117, LMC.
  - iii. La actuación *con la información suficiente*, por su parte, surge de los arts. 63, 65, ss. y, ccdtes., LGS, y a ello debe adicionarse que, en su caso, el derecho de información que para el socio se establece en el art. 55, no es limitado para los administradores, sino que éstos pueden y “deben” acceder periódicamente a la información que haga a la entidad, que permita conocer acerca de la marcha de los negocios y su gestión; por último.
  - iv. La actuación *siguiendo los procedimientos*, también se encuentra contenida y se desprende de nuestro ordenamiento. Así, los arts. 58, 59, 60, 200, 201, 202, 212, 221, 224, 234, inc. 1°, 235, inc. 1°, 236, 240, 241, 242, 251, 253, 255, 256, 257, 259, 264, 265, 266, 267, 268, 273 y 274, LGS; arts. 157, 158, 159, 160 y 161, CCyCN; arts. 62, 63, 64, incs. a y b, 65, 70, 72, 73, 133, 136, 138 y 148, LMC y, arts. 2, 23, 26 y, ccdtes, LRP.
- b) En segundo lugar, se infiere claramente la existencia de la regla en nuestro ordenamiento, si tenemos en cuenta que el deber de diligencia de los administradores es una *obligación de medios*, y no una obligación de resultados, lo cual no tiene otro fin que el de limitar el control judicial de las decisiones empresariales. Ello, por cuanto la regla establece que los jueces no revisarán materialmente (su “calidad”) las decisiones de carácter empresarial (“decisiones estratégicas y de negocios”), tomadas por los administradores sociales (y los administradores no responderán por los daños que haya podido sufrir la sociedad); ello, si el administrador ha tomado determinados recaudos. Lo mencionado supone, precisamente, que los administradores no están obligados a procurar el éxito de la compañía aun cuando puedan alcanzar el éxito derivado de tales decisiones; tampoco han de tomar decisiones acertadas, cuando escojan una de entre varias posibles.



- c) En tercer lugar, porque existen precedentes judiciales<sup>262</sup> que han hecho ver que no puede el juez inmiscuirse en decisiones de gestión empresarial, y ello refuerza, precisamente, aquella noción de obligación de medios y no resultados, que pesa sobre la administración social, haciendo ver la dificultad que presenta para el juez revisar determinados hechos que hacen a la órbita de la gestión empresarial. Lo mencionado significa que la posibilidad de atacar las decisiones del órgano de administración presenta el riesgo de paralizar el desenvolvimiento de la entidad que se manifiesta a través del directorio. Es lo que se ha dado en llamar la *Doctrina de la abstención*<sup>263</sup>, o de no revisión, según la cual los tribunales deciden no revisar las decisiones de los administradores, con excepción del caso en el que los demandantes puedan desvirtuar la presunción de buena fe de los administradores.
- d) En cuarto lugar, porque es la misma LGS la que entre sus normas no se ha ocupado de regular la posibilidad de impugnar las decisiones

---

<sup>262</sup> Entre ellos pueden citarse los siguientes fallos: *Vistalba S.A c/ Banco de Galicia y Buenos Aires S.A. y otro s/ nulidad de decisiones assemblearias*, CNCom. Sala A, 11/12/1986, donde fijó: “si bien la ley no ha previsto la impugnación de nulidad de los actos del directorio y son las resoluciones del mismo en principio inatacables”; *id.*, *Pereda, Rafael c/ Pampagro S.A.*, Sala D, 22/8/1989; *id.*, *Finkelstein, Simón c/ Sauler S.A.*, Sala C, 13/3/1991; *id.*, *Bellini, Ricardo c/ S.I.S.A.*, Sala B, 5/10/1993; *id.*, *Pisani Marcelo Oscar y otro contra Maderera Futuro SA sobre ordinario*, Sala C, 2/5/2013, un ilustrado fallo de la Dra. Julia Villanueva, integrando el Tribunal los Dres. Juan Roberto Garibotto y Eduardo R. Machin, se resolvió: “la aprobación de la gestión sólo incide –o puede incidir– sobre la acción social de responsabilidad de los directores, pero no sobre la validez o la nulidad de sus decisiones”. Así resulta de lo dispuesto en el art. 275 LSC en cuanto establece que “...la responsabilidad de los directores y gerentes respecto de la sociedad se extingue por aprobación de su gestión (...) resuelta por la asamblea, si esa responsabilidad no es por violación de la ley, del estatuto o reglamento y si no media oposición del cinco por ciento (5%) del capital social, por lo menos...”.

<sup>263</sup> The *Abstention doctrine* es una doctrina según la cual los tribunales federales pueden elegir no escuchar un caso, incluso si se cumplen todos los requisitos de jurisdicción formal. Hay varias instancias establecidas en las que los tribunales federales generalmente se abstienen. Primero, los tribunales federales se abstendrán en lugar de emitir una orden judicial contra un tribunal estatal, ya sea en un asunto civil o penal. Ver *Klein v Burke Constr. Co*, 260 US 266 (1922); *Younger v. Harris*, 401 U.S. 37 (1971). Segundo, un tribunal federal puede abstenerse si el caso presenta preguntas no resueltas tanto de la ley estatal como de la Constitución federal. En ese caso, la Corte federal generalmente querría evitar el problema constitucional si es posible, pero tampoco quiere que la cuestión de la ley estatal sea incorrecta. Por lo tanto, en una práctica llamada “abstención de Pullman”, el tribunal federal puede abstenerse hasta que la cuestión de la ley estatal se pueda resolver en un tribunal estatal. Véase *Railroad Comm'n of Texas v. Pullman Co.*, 312 US 496 (1941). Fuente: <https://www.law.cornell.edu/wex/abstention> (trad. por la autora del presente trabajo).



emanadas del directorio<sup>264</sup>, como sí lo ha hecho respecto de los actos asamblearios (art. 251). Dado, entonces, que la ley no autoriza la acción de nulidad contra los actos del directorio —pese a no existir unanimidad en la doctrina y ser escasos los fallos<sup>265</sup> que abordaron la cuestión—, puede verse claramente que la gestión empresarial de la entidad, y la posibilidad de que las decisiones emanadas de ese órgano resulten atacables, tornaría dificultosa esa gestión, por el mero hecho de hallarse latente esa posibilidad.

- e) En quinto y último lugar cabe advertir que la decisión del directorio irá acompañada —en la mayoría de los casos— de su inmediata ejecución, lo que tornaría absolutamente abstracta cualquier posibilidad de revisión posterior o ataque eficaz del acto, a excepción —como resulta lógico— del riguroso y severo régimen de responsabilidad social dispuesto por la LGS.

Así, entonces, se advierte identidad y correspondencia suficiente entre los requisitos dispuestos para la regla y los contenidos por nuestro plexo de normas. Algunos de ellos se encuentran establecidos de modo expreso, y otros, de modo implícito, se desprenden o infieren de nuestro ordenamiento jurídico. Así, lo manifestado permite concluir con sólidos fundamentos jurídicos que, aun cuando nuestra ley societaria no contenga una norma que prevea de expreso modo la regla de discrecionalidad empresarial, pueda la misma deducirse y, por tanto, resultar aplicada a casos concretos. En tales casos, *los administradores sociales podrán rechazar la reclamación de responsabilidad*

---

<sup>264</sup> Es menester puntualizar, sin embargo, que la nulidad de las decisiones de los órganos societarios sí estaba legislada en el art. 353, CCom.

<sup>265</sup> Es el fallo del indicado fallo *Vistalba*, que señaló que “la ley 19.550, en punto a las nulidades de los actos de los órganos societarios, en forma alguna autoriza a pedir nulidad que otros actos de los derivados de irregularidades en la constitución de sociedades (arts. 29 y 32), y las emergentes de resoluciones asamblearias, pues se trata del *ejercicio de una acción de nulidad del órgano administrativo que no autoriza la ley*. Contrariamente el voto de la Dra. Míguez de Cantore, en minoría, concedió legitimación al accionista que tiene concreto y legítimo interés y agotó las instancias societarias”. Más recientemente, en fallo: *Noel Carlos c/ Noel Cía S.A.*, la CNCom, Sala B, 19/5/1995, admitió la acción de nulidad contra los actos directoriales. Allí, el Dr. Butty —en minoría— expresó que “la distribución de competencia entre órganos diferenciados que gestionan un interés social de rango empresario, determina que deban en sus decisiones estar a salvo de impugnaciones, cuando quienes las articulen puedan obtener satisfacción mediante el recurso órgano; cuando la ley otorgue una vía, que es lo que sucede con las directoriales, respecto de las cuales el estatuto societario no reconoce acción específica de impugnación, sin perjuicio del obvio recurso a la asamblea”.





*cuando prueben haber actuado conforme a los requisitos de aplicación de la regla a sus decisiones discrecionales.*

Se advierte, por tanto, que nuestro sistema jurídico tiene plena coincidencia y, así, se identifica con el sistema establecido por la tradición estadounidense, Alemania, España, Australia y otras importantes legislaciones para la *Business Judgment Rule*. Sin embargo, cabe observar también la importancia de establecer bases firmes para la interpretación de los deberes y derechos de los administradores que permitan conocer los alcances, precisiones y limitaciones de la regla de nuestro Derecho. A la par de ello, es menester resaltar que la regla de discrecionalidad es un concepto legal de constante evolución, que se ha venido adaptando a los tiempos y a las distintas circunstancias.

Admitir ello supondrá para nuestro Derecho de sociedades un gran desafío, que conducirá a alcanzar la tutela adecuada —*preferente y preventiva*— del interés social y, por tanto, la estabilidad societaria y del tráfico mercantil. Además de ello, ha de considerarse que el análisis de la regla de discrecionalidad, así planteada, resulta insuficiente. Resulta imprescindible indagar una cuestión de singular transcendencia como es la de la *seguridad jurídica*, instituto que ha sido mencionado en diversas oportunidades en este trabajo y, más importante aún, admitir su existencia y la necesidad de su regulación expresa para reforzar el instituto y la estabilidad societaria y de los negocios.

#### § 4. La *Business Judgment Rule* en el Proyecto de Reformas a la LGS.

El régimen de la responsabilidad de los administradores se encuentra conformado en texto proyectado en el art. 59, LGS, que cuenta con once párrafos cuidadosamente esquematizados. Con todo, la atribución de responsabilidad al administrador social no resulta un tema simple, debido a que





# DECONOMI

—como se dijo— el sistema de la responsabilidad social se encuentra amparado en el ámbito del derecho privado, por las pautas del CCyCN<sup>266</sup>.

Así las cosas, el severo sistema de la LGS en relación con la responsabilidad que pueda ser atribuible a los miembros del órgano de la administración social supone, empero, que para que pueda efectivamente reprocharse a un administrador social eventual responsabilidad en el cumplimiento de sus funciones, deban darse determinados supuestos de singular preeminencia, los que, además, deben concurrir unidos a tal configuración.

Se hubo anticipado que este deber tiene su antecedente en la fidelidad prescripta para el mandatario<sup>267</sup> en el viejo art. 1903, CCiv. (vale decir que esa norma no ha sido traída al Código actual), aunque con mayor proyección: el interés de terceros y accionistas y, más atrás, en el deber de buena fe contractual de los arts. 961, 968, 1061 y 1063, CCyCN (anterior art. 1198, CCiv.), añadiendo que la gestión del administrador societario y, antes de ello, su aceptación para desempeñar las funciones configura en sentido amplio —como se expuso— un contrato, de conformidad con los arts. 957 y 961, CCyCN.

En consecuencia, a las mencionadas normas societarias deben adicionarse los arts. 730, 731, 838, 1747, 1724 y 1738, CCyCN, por cuanto el fundamento general de la responsabilidad de los administradores reposa en el

---

<sup>266</sup> H. ROITMAN, *Ley de Sociedades*, op. cit., t. II, p. 881.

<sup>267</sup> Entre los que calificaron al administrador como mandatario de la sociedad, cabe citar a C. VIVANTE, *Tratado...*, op. cit., pp. 119 y 236-7, para quien se trata de un mandatario con caracteres especiales, tales como: se le permitía a veces traspasar límites infranqueables para el mandatario, concurren con el voto propio a crear la propia representación y, cuando la han obtenido en el contrato social, la ejercitan irrevocablemente, aun contra la voluntad y sin la confianza de los otros socios. El fundamento de sostener la figura del mandatario era, precisamente, que no responden con sus bienes propios de las obligaciones que contraen en nombre de la sociedad. El autor, además, agregaba que se trataba de un mandatario *temporáneo*, ya que ejercían el cargo sólo por dos años. La postura del autor también puede encontrarse en C. VIVANTE, *Instituciones...*, op. cit., p. 114, donde se fija el carácter jurídico de mandatario del administrador, bajo los mismos argumentos antes indicados: no responder personalmente por las obligaciones contraídas en nombre de la sociedad, mientras se mantienen dentro de los límites del mandato.



ordenamiento de fondo, más precisamente, dentro del sistema general de la responsabilidad civil.

Sin embargo, la responsabilidad atribuible a los administradores se halla supeditada a la acreditación de los extremos que rigen los principios de la responsabilidad de derecho común, por lo que se requiere ineludiblemente la verificación de los presupuestos básicos que la componen, entre los que se cuenta la antijuridicidad, la conducta reprochable del administrador, la existencia de un daño concreto y una adecuada relación de causalidad entre ambos<sup>268</sup>.

No obstante, la prelación del art. 150 para la responsabilidad civil de la persona jurídica habrá de estarse a la prelación del art. 1709, CCyCN, dispone el siguiente orden: a) las normas indisponibles de este Código y de ley especial; b) la autonomía de la voluntad; c) las normas supletorias de la ley especial, y d) las normas supletorias de este Código. Prevalecerán las normas indisponibles contenidas en el Código y la ley especial relativas a la responsabilidad, sobre cualquier otra ley especial.

Existe acuerdo de la doctrina y jurisprudencia en entender que la obligación de los administradores es de medios y no de resultados. Frente a ello, cabe traer a la vista el siguiente proyectado: art. 59, *quinquies*, que de expreso modo expone el carácter de dicha responsabilidad en los siguientes términos: *“los administradores o representantes no son responsables por el resultado de los negocios que hubiesen decidido, a no ser que se pruebe que obraron de mala fe, sin diligencia profesional exigible o sin considerar información disponible objeto de la resolución respectiva”*.

Lo mencionado implica afirmar que existe en la actividad de los administradores un marco variable de discrecionalidad en que su autonomía decisoria puede justificarse por circunstancias propias de la persona jurídica. En tal sentido, la regla de la discrecionalidad de los administradores *trata de convertir la prestación de los administradores en una obligación de medios* (desempeñar su cargo de forma que se intente lograr el éxito de la empresa), y no en una obligación de resultado (lograr efectivamente el éxito de la

---

<sup>268</sup> *Uranga, Gabriel c Sugmo S.R.L. y otros*, CNCom., Sala C, 15/02/2000.



empresa)<sup>269</sup>. Por cuanto —cabe insistir— los administradores no están obligados a procurar el éxito; tampoco a tomar decisiones acertadas.

Precisamente, existen precedentes judiciales que han hecho ver que no puede el juez inmiscuirse en decisiones de gestión empresarial, y ello refuerza la noción de obligación de medios y no resultados. Ello por cuanto la posibilidad de atacar las decisiones del órgano de administración presenta el riesgo de paralizar el desenvolvimiento de la entidad que se manifiesta a través del directorio.

En coincidencia con Atienza<sup>270</sup>, debe decirse que la clave para el ejercicio de la autonomía personal no es la idea de discrecionalidad, sino la de límite, la de que las libertades sólo pueden ejercitarse dentro de ciertos márgenes. Frente al tradicional liberalismo con que el legislador ha tratado el régimen legal de los administradores en sede de deberes, se plantea la necesidad de que tanto los administradores como los terceros que con ellos se relacionan, dispongan de una *mayor seguridad jurídica*.

La inspiración de la discrecionalidad empresarial la encontramos, entonces, en la figura estadounidense de la *Business Judgment Rule*, objeto de la recepción por algunos ordenamientos jurídicos, como el alemán<sup>271</sup> y el español<sup>272</sup>, por ejemplo. En otros países europeos, como ocurre con Italia, la *Business Judgment Rule* —aún sin expresa recepción normativa— juega un papel relevante en la jurisprudencia<sup>273</sup>. Dicha regla califica el *arbitrio* del administrador<sup>274</sup>.

---

<sup>269</sup> J. ALFARO (DIR.), *Comentario...*, *op. cit.*, p. 327. En consideración del autor, la regla 226 del derecho español puede entenderse como una “concretización legal del deber de diligencia objetivo del administrador” cuando adopta una decisión que no viene determinada por la ley o, en términos semejantes, como una *disgregación entre el estándar de conducta –diligencia– y el estándar de responsabilidad –actuación informada y desinteresada en el ámbito de decisiones discrecionales–, lo que significa que el estándar de conducta se deja incólume pero su infracción sólo genera responsabilidad fuera del ámbito de aplicación de la Business Judgment Rule*.

<sup>270</sup> M. ATIENZA; J. RUIZ MANERO, *Ilícitos...*, *op. cit.*, p. 96.

<sup>271</sup> El § 93, 1, 2 *AktG*, recoge la *Business Judgment Rule* de manera muy amplia.

<sup>272</sup> Art. 226, de la LSC española. Puede citarse, además, a Australia, *Corporations Act 2001*, Sec. 80, en <https://www.legislation.gov.au/Details/C2017C00129>.

<sup>273</sup> C. GUERRERO TREVIJANO, *El deber...*, *op. cit.*, p. 37.

<sup>274</sup> F. REYES VILLAMIZAR, *Derecho societario en los Estados Unidos...*, *op. cit.*, p. 41, donde advierte: “Es dable recordar que el sistema jurídico de los Estados Unidos de América, se encuentra contenido en tres fuentes diferentes: por un lado, el *Common Law*, la *equity* y la



# DECONOMI

Fueron los tribunales quienes decidieron proteger a los administradores sociales en sus decisiones honradas y sensatas al gestionar negocios ajenos, puesto que consideraban que una estricta aplicación del deber de diligencia podía tener efectos disuasorios perjudiciales para el desarrollo económico<sup>275</sup>.

Surge, entonces, el siguiente interrogante: ¿son responsables los administradores que han actuado de mala fe, sin diligencia y sin contar con la información necesaria o suficiente en infracción a una norma sin causar un daño? La respuesta la brinda la norma proyectada, pero, sin embargo, debe necesariamente completarse con el sistema de responsabilidad derivado del derecho de fondo.

Ello significa que para atribuir responsabilidad deben, en principio, darse los presupuestos que hacen a la responsabilidad, es decir, en primer lugar, debe haberse ocasionado un daño, debe existir un factor de atribución, antijuridicidad y nexo de causalidad. Luego, esta “protección” de la discrecionalidad debe actuar como un “factor de exclusión” para los casos en que se evidencie que el error en la actuación del administrador no le resulta imputable, precisamente, por hacer al *riesgo propio de su gestión*.

De tal manera, el art. 59 *quinquies* proyectado fija una regla de exención de responsabilidad que *se funda en la incertidumbre que rodea la actuación gestora de los administradores*. El objetivo de maximizar el valor de la compañía no es un resultado que pueda obtenerse indefectiblemente aplicando determinadas reglas de conducta. Frente a ello, cabe observar que a través del texto proyectado nuestro ordenamiento tendrá plena coincidencia y, así, se identificará con el sistema establecido por la tradición estadounidense, Alemania, España, Australia y otras importantes legislaciones para la *Business Judgment Rule*.

De esa manera, la regla indicada hará presumir que un administrador ha actuado de manera discrecional y, por tanto, los jueces no deberán intervenir

---

legislación escrita. Cuando el fallo se profiere en *equity* ‘los principios jurídicos aplicables son adoptados con amplitud por el juez y, aunque la decisión depende en parte de la discrecionalidad del funcionario, éste debe guiarse por los precedentes judiciales sobre hechos semejantes y observar las máximas propias de esa forma de actuación judicial’.

<sup>275</sup> B. ALEJOS GARMENDIA, *Los deberes...*, *op. cit.*, p. 128.



# DECONOMI

*a posteriori* sobre la operación en cuestión imponiendo su criterio, aun cuando las decisiones no hubieren sido acertadas, lo que supone, o la vuelve, una norma de tutela de la actuación discrecional de los administradores. En tal énfasis, dicha protección debe actuar como un “*factor de exclusión*” para los casos en que se evidencie que el error en la actuación del administrador no le resulta imputable por hacer al riesgo de su gestión. Su finalidad es, entonces, la de evitar que las decisiones de carácter empresarial sean sustituidas por las de los jueces.

El fundamento, por demás, reside en observar que los objetivos de la actividad mercantil de cada empresa implican siempre —como se ha dicho— asumir riesgos, de los más variados. En tal sentido, los administradores deberán elaborar objetivos y delinear diversas estrategias, con el fin de aprovechar las oportunidades que el mercado le presente. La toma de este tipo de decisiones impone a los administradores el desafío de escoger una de entre diversas alternativas de negocios, sin poder conocer en muchas ocasiones —*a priori*— si la decisión escogida será exitosa o, de otro modo, si de esa decisión resultará, eventualmente, alguna pérdida o perjuicio para la sociedad que representa. Será imprescindible, por tanto, que los administradores sociales establezcan una determinada estrategia empresarial y una adecuada planificación del riesgo.

En resumidas cuentas, la inmunidad de las decisiones de gestión empresarial alcanza a casos de deficiencia de juicio, caracterizados por valoraciones incorrectas y equivocaciones técnicas, y no los casos en los que el administrador no se ha informado adecuadamente o no ha seguido el protocolo establecido (legal, contractual o estatutariamente) o se ha comportado de forma perezosa, indolente o tiene interés personal en la decisión. Cuando el administrador actúe de modo diligente, con buena fe, con información suficiente y siguiendo el procedimiento, no puede haber infracción del deber de diligencia, ni responsabilidad.

El art. 59 *quinquies*, entonces, no hace más que receptar de modo expreso la regla de la discrecionalidad empresarial (*Business Judgment Rule*), aun cuando pueda válidamente sostenerse que en el ordenamiento argentino se encuentra tácitamente admitida, en tanto sus elementos (buena fe, diligencia e información suficiente) surgen y se identifican con los deberes establecidos en



# DECONOMI

nuestro sistema jurídico de normas tanto de la LGS como en el CCyCN<sup>276</sup>. Lo manifestado permite concluir que a través de la norma proyectada —art. 59 *quinquies*—, *los administradores sociales podrán rechazar la reclamación de responsabilidad cuando prueben haber actuado conforme a los requisitos de aplicación de la regla a sus decisiones discrecionales.*

Es la ausencia de certeza que existe al momento de realizar cualquier acción empresarial lo que provoca una situación de duda y malestar, ante la materialización de determinados escenarios. La *falta de previsibilidad* y el *error humano* deben quedar fuera del escrutinio judicial. Ello, siempre y cuando no merezca reproches la conducta del administrador, en los términos del art. 59 proyectado.

Mas allá de todo lo mencionado, y en orden a reforzar la trascendencia de la norma analizada, resulta necesario posar la vista sobre el art. 1763, CCyCN, que ha zanjado el camino para que el art. 59 *quinquies* resulte posible en tanto establece: “*La persona jurídica responde por los daños que causen quienes las dirijan o administren en ejercicio o en ocasión de sus funciones*”. Nótese el claro avance en la regulación de la responsabilidad de la persona jurídica, en atención al art. 43, CCiv. (ley 17.711), que establecía: “*no se puede ejercer contra personas jurídicas acciones criminales o civiles por indemnización de daños, aunque sus miembros en común, o sus administradores, individualmente, hubieren cometido delitos que redunden en beneficio de ellas*”.

La señalada norma tiene singular relevancia dado el sistema de prelación de normas fijado por el art. 150, CCyCN, y asimismo, da cuenta de la importancia de sostener la premisa que indica que *las malas decisiones empresarias no son prueba de mala fe.*

En este contexto surge preguntarse cuáles serán las reglas procesales aplicables a esta nueva regla o, más aún, sobre quién recaerá la carga de la prueba. Será, por tanto, tarea de la doctrina y jurisprudencia delinear los contornos, en cada caso particular. Sin embargo, cabe afirmar que, dado que la regla de discrecionalidad empresarial protege las decisiones de los administradores del escrutinio judicial, la parte interesada en impugnar dichas

---

<sup>276</sup> A ello puede adicionarse, además, la LMC, LRP, entre otras.





# DECONOMI

decisiones tiene la carga de demostrar los hechos que puedan rebatir la aplicación de la presunción. A menos que el demandante pueda rebatir la presunción contenida en la regla de discrecionalidad empresarial.

En tal sentido, la regla juega como una *presunción a favor del administrador*, es decir, se presume que los administradores actuaron cumpliendo el estándar de diligencia a menos que se pruebe que concurrió en dicha conducta una infracción de su deber lealtad —el administrador incurrió en un conflicto de interés de la sociedad.

Sobre ello, debe decirse que el art. 1734, CCyCN, establece que, “*a excepción de disposición legal, la carga de la prueba de los factores de atribución y de las circunstancias eximentes corresponde a quien los alega*”, es decir, en este caso, el administrador. Sin embargo, el principio de carga de la prueba en nuestro derecho no es absoluto, en tanto el art. 1735 del mismo cuerpo establece que “*el juez puede distribuir la carga de la prueba de la culpa o de haber actuado con diligencia debida, ponderando cuál de las partes se halla en mejor situación de aportarla*”<sup>277</sup>.

Desde otro punto de vista, pero íntimamente relacionado con el tema que se analiza, merece especial mención el hecho de que el texto proyectado incorpora ahora la posibilidad de *impugnar* las resoluciones emanadas del órgano de administración social. Como se sabe, en la actualidad la LGS no regula dicha posibilidad, ya que en virtud de los arts. 251 y 252, exclusivamente, podrán atacarse o suspender la ejecución de los actos de gobierno.

Pues bien, el art. 20 que cobija nuevamente aquí, dentro de la esfera general de la ley, los arts. 251 y 252 antes indicados (que en el texto proyectado remiten al art. 20), trae la novedosa posibilidad de atacar actos del órgano de administración por: *falta de competencia atribuida por la ley, contrato o estatuto y por las mismas causales establecidas para atacar actos asamblearios*.

---

<sup>277</sup> En ese sentido, puede citarse la ley alemana (§93, 1, 2 y 3, *AktG*), que al receptar la regla de la discrecionalidad empresarial dispone expresamente: “*de discutirse si han aplicado la diligencia de un administrador ordenado y leal, les corresponderá la carga de la prueba*”. Así, la *AktG* pone en cabeza del administrador la carga de rechazar y probar las acciones en su contra.





Y agrega, como una limitación, que no serán impugnables debido a *critérios empresarios* o *de negocios*, lo que refuerza enormemente la regla de discrecionalidad introducida en el art. 59 *quinquies* y, tampoco —como es lógico—, serán impugnables las resoluciones que no causaren daño, ya que, como se ha indicado en ciertos precedentes, no puede haber nulidad por la nulidad misma.

## **5. Notas finales:**

A la luz de lo mencionado hasta aquí, es menester señalar la importancia del art. 59 *quinquies* proyectado, en tanto —como se dijo—, fija una regla de exención de responsabilidad que *se funda en la incertidumbre que rodea la actuación gestora de los administradores*, del mismo modo que el sistema establecido por la tradición norteamericana, Alemania, España, Australia y otras importantes legislaciones que expresamente han recogido la *Business Judgment Rule*.

En virtud de lo expuesto, cabe sostener firmemente la idea que lo discrecional<sup>278</sup> —aquello que se hace *libre y prudentemente*—, es lo opuesto a lo reglado, y que como se señalara discrecionalidad equivale a libertad; empero, las libertades sólo pueden ejercitarse dentro de ciertos márgenes (límites). Si bien estamos en el ámbito de la autonomía de la voluntad pueden observarse aquí dos objetivos un tanto difíciles de conciliar: 1) la *seguridad en el desarrollo de la gestión social*, por un lado, junto con la *estabilidad societaria* y, por el otro, 2) el *necesario control y supervisión de la actividad*, que deben llevar a cabo los administradores.

Ello cobra aún mayor relevancia si tenemos en cuenta la tendencia a la globalización, el avance tecnológico y la modernización que ha protagonizado nuestro Derecho de sociedades en las últimas décadas. Hoy no es difícil imaginar a un administrador que participe de sus reuniones directoriales a miles de kilómetros de distancia, de hecho, el Derecho ha debido ocuparse de ello. Tampoco es difícil imaginar un alto directivo de una compañía que sus líneas

---

<sup>278</sup> RAE, <http://dle.rae.es/?id=DsxCEW8>.



# DECONOMI

medias adopten y ejecuten decisiones de enorme envergadura sólo con la supervisión remota de aquel, por estar en otro lugar del hemisferio o, simplemente, por haber diversificado la gestión o así distribuido con ello su autoridad, si la talla de la entidad así lo exige. Y más aun, los casos en que deben tomarse resoluciones por apresuramiento y urgencia – ante fuerte presión temporal-, que den lugar a decisiones azarosas, por tanto, de gran riesgo. Todos estos supuestos hacen que resulte imprescindible “tutelar” la discrecionalidad empresarial.

Llegados a este punto debe decirse que cuando el administrador actúe con buena fe, sin interés personal, con información suficiente y siguiendo el procedimiento, no puede haber infracción del deber de diligencia y, por ende, responsabilidad porque justamente de darse estos supuestos estaremos ante lo que puede denominarse “protección de la discrecionalidad” que actuará como un “*factor de exclusión de responsabilidad*” para los casos en que se evidencie que el error en la actuación del administrador no le resulta imputable, por hacer al riesgo propio de su gestión.

Por consiguiente, se estima que los responsables de las decisiones harán mejores elecciones si confían en que sus evaluadores sean justos y si esperan que su decisión se juzgue por el modo en que se toma y no por el resultado que se obtiene, justamente, porque aquello de que el deber de diligencia de los administradores es una obligación de medios y no una obligación de resultados lo cual no tiene otro fin que el de limitar el control judicial de las decisiones empresariales. En consecuencia, los administradores no están obligados a procurar el éxito de la compañía aún cuando puedan alcanzar el éxito derivado de tales decisiones; tampoco están obligados a tomar decisiones acertadas, cuando escojan una de entre varias posibles.

Por el contrario, es necesario remarcar que para que ello pueda darse los administradores deben poder actuar dentro de un margen *razonable* de discrecionalidad siempre y cuando sus decisiones, -las malas o desacertadas-, tomadas dentro del marco antes establecido puedan ser calificadas como *honradas* y *sensatas*. La elección de una entre varias alternativas razonables y, asimismo, las decisiones tomadas de manera errada no deben calificarse de



# DECONOMI

manera contraria al deber de diligencia ni deben contradecir a su responsabilidad, aunque luego se demuestre que no fue una decisión acertada.

En este contexto, la regla pretende promover una mayor innovación y la asunción de nuevos riesgos. En otras palabras, la regla de exención de responsabilidad se funda en la incertidumbre que rodea la actuación gestora de los administradores. Cuando se tiene que decidir en relación con la introducción en nuevos mercados, el desarrollo de nuevos productos, la creación de nuevas estrategias de organización de los recursos o de comercialización, la de recabar nuevos recursos financieros de los socios, o de entidades crediticias, muchas veces no puede tenerse la absoluta certeza que la decisión será acertada o no y, mucho menos, si llegará a ser exitosa. A menudo, además, no hay una única decisión apta para resolver un problema, sino que se abre un abanico de posibilidades cuya repercusión patrimonial y riesgos, así como las probabilidades que éstos se produzcan, son impredecibles e imprevisibles.

En estos casos la responsabilidad habrá de recaer sobre la sociedad, sencillamente, porque sería injusto culpar al administrador por situaciones que hagan de error humano o que escapen de las posibilidades humanas de haberlo conocido de antemano, pero, asimismo, porque ha llegado a considerarse que el riesgo de que la compañía sufra daños por la actuación más o menos osada del administrador es un precio que los accionistas están dispuestos a pagar a cambio de retener las ganancias derivadas de esa asunción de riesgo por parte del administrador. De ahí que el administrador deba responder no por los resultados (ese es el riesgo asumido por los accionistas), sino por la forma o el procedimiento en que se tomaron las decisiones dañosas.

Pese a ello, la cuestión no resulta tan simple. El órgano de administración no podrá ampararse sin más-, y pretender que cualquier decisión pueda ser tenida como errada, equivocada o desacertada bajo los pretextos del error humano o decisiones desacertadas en tanto que su obligación es de medios y no de resultados para así eludir la responsabilidad que le quepa. De resultar ello posible estaríamos en un ámbito de inmunidad o dispensa y, por tanto, confusión y absoluta inseguridad jurídica que conduciría, no solo a alivianar nuestro sistema de responsabilidad social, sino que, además, daría lugar a conflictos de intereses y a los problemas típicos entre agencia y



# DECONOMI

propiedad. Por tanto, el administrador social para proteger la discrecionalidad en sus decisiones no solo deberá demostrar haber actuado con buena fe, sin interés personal, con información suficiente y siguiendo el procedimiento; *deberá también, demostrar que no ha causado un daño a la sociedad o a terceros vinculados a ella.*

A la luz de todo lo mencionado, resulta menester traer a la vista algunos textos que del Derecho comparado (EE.UU., Alemania, Australia, España), han manifestado y, así lo han establecido en sus normas, la enorme significancia que la regla de discrecionalidad empresarial tiene en la actualidad, ello por cuanto, si el administrador ha cuidado celosamente aquellos presupuestos que protegen la discrecionalidad de sus decisiones, aun cuando hayan asumido un gran riesgo, pues deben quedar fuera del escrutinio o revisión judicial, tales decisiones. No sólo porque esas decisiones, cumplidas aquellas condiciones, deben quedar necesariamente fuera del ámbito de la revisión judicial sino, además, por cuanto resulta imprescindible quitar incertidumbre al administrador para que ajuste su conducta al ordenamiento vigente y, asimismo -quizás ello sea más importante-, porque a la inseguridad jurídica que deriva de la variabilidad interpretativa que agudiza la inconcreción normativa del deber de diligencia, se añade un doble defecto del que pecan las decisiones judiciales vertidas sobre temáticas empresariales.

En tal sentido, cabe sostener firmemente la enorme mejora que significa el art. 59 *quinquies* proyectado. Sin embargo, no puede dejar de advertirse, también, que *aun no habiendo sido regulada por nuestro derecho los administradores sociales podrán rechazar la reclamación de responsabilidad cuando prueben los requisitos de aplicación de la regla a sus decisiones discrecionales.* En tal escenario, es nuestro propio ordenamiento jurídico el que contiene plena identidad con los requisitos que hacen a la procedencia de la regla de discrecionalidad (*Business Judgment Rule*), aun cuando ello suceda de modo tácito.

Debe decirse, entonces, que sólo si hay *certeza* puede lograrse un ámbito de confianza y previsibilidad que necesariamente requiere la alta dirección. Allí la importancia del art. 59 *quinquies* y la necesidad de su necesario tratamiento legislativo, pues, sólo con seguridad jurídica -sólida, sostenida en el



# DECONOMI

tiempo y que no dependa de vaivenes políticos o económicos-, puede alcanzarse la anhelada calidad y respeto por las instituciones. Los beneficios derivados de la mejora de las condiciones de seguridad jurídica, protección de las decisiones discrecionales y, por tanto, la estabilidad societaria no se limitan únicamente a la protección de las relaciones *intra* y *extra* sociales sino que, además, benefician a los terceros que con ella contratan a las relaciones de internacionalización de las empresas en virtud de la confianza que ello despierta a inversores externos, volviendo más competitiva a la sociedad, internamente y en el tejido económico mundial. La función del Derecho es aquí fundamental por cuanto, ha de servir como medio para superar los conflictos de intereses.

Alcanzar dichas ideas y, asimismo, concebir que las libertades sólo pueden ejercitarse dentro de ciertos márgenes -estrictamente establecidos-, favorecerá reducir la incertidumbre en la toma de decisiones sociales y, por ende, brindará -como se dijo-, una *mayor seguridad jurídica lo que redundará en garantizar la estabilidad societaria y, además, contribuirá a reforzar la posición jurídica de socios y administradores sociales y, así, podrá otorgarse mayor fijeza a sus acuerdos y resoluciones sociales.-*



# **(IN)CONVENCIONALIDAD DEL RÉGIMEN DE PRIVILEGIOS EN LA LEY CONCURSAL ARGENTINA**

**Alejandra N. Tevez**

1. Introducción
2. Prelaciones y preferencias de cobro en la ley de concursos y quiebras: el régimen de los privilegios concursales.
3. El control de convencionalidad. Los tratados internacionales y el conflicto con el derecho interno.
4. Algunos casos paradigmáticos sobre inconventionalidades de la LCQ en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Otras posibles inconsistencias de la normativa interna.
5. Conclusiones

## 1. Introducción

Como es sabido, la *par condicio creditorum* constituye uno de los principios generales básicos de la ley de concursos y quiebras n° 24.522 (en adelante, "LCQ"). Este principio regula dos tipos de relaciones: (i) la del deudor con los acreedores, prohibiendo que el primero otorgue ventajas a unos en perjuicio de otros; y (ii) la de los acreedores entre sí, impidiendo que algunos se vean perjudicados por otros dentro del concurso<sup>1</sup>.

Como regla de paridad, constituye una manifestación del principio de igualdad que tiene raigambre constitucional (CN:16) y convencional (Declaración Universal de Derechos Humanos -arts. 2 y 7-; Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre -art. 2-; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos -arts. 2.1. y 26-; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales -arts. 2 y 3-; Convención Americana sobre Derechos Humanos -arts. 1.1 y 24-; Constitución Nacional, art. 75 inc. 22, 2do. párrafo).

Ese principio de igualdad puede formularse del siguiente modo: la ley debe ser para los iguales en igualdad de circunstancias<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> García Martínez, R., Igualdad de acreedores en los concursos, LL 1981-B-1024.

<sup>2</sup> Gelli, María Angélica, Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada. T. 1, Buenos Aires, La Ley, pág. 232.

Recordemos que la reforma constitucional de 1994 adoptó un concepto de igualdad que reemplaza el rigorismo de la igualdad formal por una aproximación a la igualdad material. Según la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, *“la verdadera igualdad consiste en aplicar la ley a los casos ocurrentes según las diferencias constitutivas de ellos”*<sup>3</sup>. De allí que *“la garantía del artículo 16 de la Constitución Nacional no impone una rígida igualdad, pues entrega a la discreción y sabiduría del poder legislativo una amplia latitud para ordenar y agrupar, distinguiendo y clasificando los objetos de la legislación, siempre que las distinciones o clasificaciones se basen en diferencias razonables y no en propósitos de hostilidad contra determinadas clases o personas”*<sup>4</sup>. En efecto, a partir de la reforma aludida se exige al legislador la instrumentación y promoción de medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades de grupos históricamente postergados en el goce de sus derechos (Constitución Nacional, art. 75 inc. 23).

Como señala Kemelmajer de Carlucci, *“el legislador (y cualquier operador del derecho) pueden establecer diferencias y desigualdades, pues lo que lesiona la igualdad no es la diferenciación normativa sino el establecimiento de distinciones discriminatorias arbitrarias”*<sup>5</sup>.

A la luz de estas consideraciones, cabe preguntarse si el establecimiento de prelación o preferencias de cobro de la LCQ -que constituyen excepciones al principio de la *par condicio*- aparece correctamente resuelto en la normativa local; o si, por el contrario, se contradice con normas de rango superior.

La cuestión ha adquirido cierta notoriedad en los últimos años. Ello así: (i) a partir del dictado de distintos fallos judiciales en supuestos de quiebra en los que se ha puesto en evidencia la falta de adecuación del derecho interno al derecho internacional de los derechos humanos; y (ii) dada la obligación del Poder Judicial de realizar, además del control de constitucionalidad -que tiene por finalidad hacer efectiva la supremacía de la Constitución Nacional consagrada en los arts. 1º, 28 y 31 de la CN-, el control de convencionalidad, que impone analizar la compatibilidad de las normas locales con los tratados,

---

<sup>3</sup> Fallos: 101:401; 124:122; 126:280.

<sup>4</sup> Fallos: 315:1190.

<sup>5</sup> Kemelmajer de Carlucci, Aída, La Constitución Nacional y los fundamentos de los privilegios concursales, en Revista de Derecho Privado y Comunitario, t. 2021-3, “Privilegios”, ed. Rubinzal Culzoni, p.17



pactos o convenciones internacionales<sup>6</sup>.

## 2.Prelaciones y preferencias de cobro en la ley de concursos y quiebras: el régimen de los privilegios concursales.

El privilegio es la calidad que corresponde a un crédito para ser pagado con preferencia a otro y su origen resulta exclusivamente de la letra de la ley (arg. arts. 2573 y 2574 del Código Civil y Comercial de la Nación y art. 239 de la LCQ). Configura una excepción al principio de igualdad de los acreedores frente al deudor común, cuyo patrimonio es la garantía de los créditos concurrentes.

La importancia de los privilegios en el derecho y en la economía actual es evidente. Son esencialmente un instrumento de política legislativa, en tanto responden a una valoración axiológica del legislador.

En efecto, evidencian el interés que tiene la sociedad de proteger ciertos intereses, tutelar determinadas situaciones o promover algunas actividades específicas.

En este sentido, ha sido dicho que *“no debe olvidarse que al momento de determinar el orden justo en materia de privilegios el legislador no puede obviar la necesidad de distinguir entre lo que no es igual, estableciendo un régimen en el que todos los acreedores sufran un sacrificio equivalente... Y tal equivalencia, huelga aclararlo, sólo puede lograrse si, por un lado, se asegura la aplicación de iguales reglas a quienes se hallen en la misma situación y, por el otro, se releva de ellas a quienes derivan sus créditos de contextos en los que no se verifica ese presupuesto de hecho...”*<sup>7</sup>.

Así, resulta usual que las legislaciones contemporáneas prioricen la atención de determinados créditos, confiriéndoles algún tipo de beneficio en relación a otros en virtud de su naturaleza u origen<sup>8</sup>.

En esa línea, a partir de determinadas justificaciones objetivas, la ley concursal argentina confiere a determinados créditos un tratamiento especial o una tutela

---

<sup>6</sup> Loutayf Ranea, Roberto G., Control de constitucionalidad y de convencionalidad. Análisis normativo, doctrinal y jurisprudencial. Astrea, Buenos Aires, 2018, p. 8

<sup>7</sup> CNCom., Sala D, 1.10.2013, “Obra Social Bancaria Argentina s/conc prev. s/ inc. de verificación y pronto pago promovido por Ramírez Celia y otro”.

<sup>8</sup> V. al respecto: Kemelmajer de Carlucci, Aída, Los privilegios en el proceso concursal, Ed. Astrea, Bs. As., 1975, pág. 15 y ss.; Iglesias, José A., Los privilegios en la Ley de Concursos, Revista del Derecho Comercial y las Obligaciones, año 21, pág. 267.

diferenciada tanto en el concurso preventivo como en la quiebra. Prueba de ello es el establecimiento de prioridades y ventajas<sup>9</sup>, en función de las cuales los créditos pueden ser comunes o privilegiados: éstos últimos en la quiebra son satisfechos antes que los primeros (denominados también quirografarios) y en el concurso preventivo cuentan con ciertas prerrogativas de las que carecen aquéllos (vbgr.: en ciertas condiciones las ejecuciones de garantías reales pueden iniciarse o continuarse hasta la percepción del crédito; ese tipo de acreencias sigue devengando intereses; el acuerdo preventivo para acreedores con privilegio especial requiere unanimidad y su fracaso no deriva en la quiebra, etc).

Es que, como explica Satta, la concursabilidad de un procedimiento implica que la consecuencia de la crisis económica del insolvente, esto es, la insatisfacción de los acreedores, sea reparada mediante una regulación igual para todas las relaciones, salvo naturalmente las causas legítimas de prelación, es decir, que las relaciones se presenten ya al concurso como desiguales<sup>10</sup>.

La calificación como privilegiado o no de un crédito reviste trascendental importancia para su titular en un contexto de quiebra declarada. Es que, usualmente, la liquidación del activo resulta insuficiente para cubrir la totalidad del pasivo verificado; y los acreedores quirografarios (que carecen de privilegio) ven habitualmente frustrado el cobro de su crédito al ser postergados por los acreedores que detentan alguna preferencia.

### 3.El control de convencionalidad. Los tratados internacionales y el conflicto con el derecho interno.

El control de convencionalidad, como es conocido, es un concepto surgido de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, "CIDH"). Fue mencionado por primera vez en el voto del magistrado Sergio García Ramírez en el caso "Myrna Mack Chang c. Guatemala" (del 25/11/2003), aunque la CIDH se refirió directamente a él como una "*especie de control de constitucionalidad*" (sic.) en el caso "Almonacid Arellano c. Chile"<sup>11</sup> (2006).

---

<sup>9</sup> Tevez, Alejandra N. y De Mario, Gastón J., El sistema de privilegios en el Código Civil y Comercial de la Nación y su impacto en la Ley de Concursos y Quiebras, JA, 2017-III-pág.3.

<sup>10</sup> Satta, Salvatore, Instituciones del derecho de quiebra, Bs. As, ed. Jurídicas Europa-América, 1951, p.5.

<sup>11</sup> Sobre desaparición forzada de personas

La doctrina del control de convencionalidad se desarrolla fundamentalmente entre los años 2006 a 2011. Alude a la herramienta que permite a los Estados concretar la obligación de garantía de los derechos humanos en el ámbito interno, a través de la verificación de la conformidad de sus normas y prácticas nacionales con las internacionales y su jurisprudencia.

El Poder Judicial tiene el deber de realizar ese control: así lo dijo la CIDH en el caso “Trabajadores Cesados del Congreso c. Perú” en el año 2006.

Inclusive más adelante el mismo Tribunal fue ampliando los alcances de esta obligación. En efecto, en el caso “Cabrera García” (del año 2011) sostuvo que deben realizar este “test” no solo los jueces sino todo órgano que participe de la administración de justicia (vbgr: Ministerio Público Fiscal, Consejo de la Magistratura) y en el caso “Gelman c. Uruguay” (también del año 2011) extendió el alcance de la obligación a cualquier autoridad pública.

Existen ciertas reglas básicas que presiden la verificación de la compatibilidad de normas internacionales con el derecho interno, a saber: (a) la ratificación de un tratado internacional obliga a los Estados a velar por su cumplimiento, por encima del ordenamiento jurídico interno; (b) los jueces como parte del aparato estatal están sometidos a lo que dispongan los tratados; (c) los jueces deben garantizar que los tratados sean aplicados con el objeto de procurar su plena efectividad; y (d) los jueces deben tener en cuenta no solamente el tratado sino también la interpretación que de él hace la CIDH.

#### 4. Algunos casos paradigmáticos sobre inconventionalidades de la LCQ en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Otras posibles inconsistencias de la normativa interna.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación intervino en dos conocidos casos de acreedores que tienen una doble vulnerabilidad: los niños con discapacidad.

En la quiebra de Asociación Francesa Filantrópica y de Beneficencia y en la de Institutos Médicos Antártida, se planteó básicamente la misma cuestión: si en un proceso falimentario un menor con discapacidad tenía o no derecho a cobrar su crédito derivado de indemnización por mala praxis médica con preferencia sobre los restantes acreedores. Dicho en otros términos, se puso en tela de juicio la constitucionalidad del régimen de privilegios previsto en la ley concursal, que considera a tales créditos como quirografarios. Si bien los dos

casos resultan análogos, la Corte Suprema los resolvió de forma diametralmente opuesta.

En el primer caso, “Asociación Francesa Filantrópica y de Beneficencias/s/quiebra s/incidente de verificación de crédito por L.A.R. y otros”<sup>12</sup>, el Alto Tribunal decidió el 6 de noviembre de 2018, por mayoría<sup>13</sup>, que el niño con discapacidad (parálisis cerebral con 100% de incapacidad irreversible) carece de preferencia en el cobro de su crédito frente a los restantes acreedores. Señaló la Corte que los privilegios solo pueden surgir de la ley y que deben ser interpretados restrictivamente; esto último porque constituyen una excepción a la *par condicio creditorum* que tiene sustento en la garantía de igualdad. Subrayó la Corte que el sistema de privilegios de la ley concursal es “cerrado” y no contempla un privilegio en favor de los niños con discapacidad. Por otro lado, entendió que esa decisión del legislador no lesiona derechos constitucionales porque la Convención Sobre los Derechos del Niño y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad no contienen referencias específicas a la situación de aquéllos como titulares de créditos en el marco de un proceso concursal; y porque de las normas constitucionales e internacionales no se deriva *necesariamente* la obligación de los legisladores de establecer una preferencia de cobro en el marco de las quiebras. Respecto de esto último, precisó que la mayor protección establecida en esos instrumentos internacionales en favor de los niños solo genera obligaciones en el Estado y no en los particulares; y que cada Estado tiene discreción para determinar el modo en que implementa esa protección, por lo que es tarea de los poderes políticos y no del Poder Judicial establecer en qué ámbitos y con qué alcance la tutela se hará efectiva.

Con escasa diferencia temporal, la Corte Suprema de Justicia dictó sentencia el 26 de marzo de 2019 en “Institutos Médicos Antártida SA s/quiebra s/incidente de verificación (R.A.F. Y L.R.H. de F.)”<sup>14</sup>. Una integración distinta del Tribunal<sup>15</sup> propició que la solución final fuera exactamente inversa a la adoptada en el caso anterior. En efecto, en este precedente la Corte sostuvo, por mayoría,

---

<sup>12</sup> Fallos: 341:1511.

<sup>13</sup> Con disidencias de los ministros Rosatti y Maqueda.

<sup>14</sup> Fallos 342:459

<sup>15</sup> Como consecuencia de la excusación del ministro Rosenkrantz el Tribunal se integró con la conjueza Graciela Medina.

que el crédito que tiene origen en una mala praxis médica que incapacitó a un niño en forma total (al momento de nacer) debe ser verificado en la quiebra del sanatorio con privilegio especial prioritario frente a cualquier otro. Subrayó que si bien ello constituye una excepción al principio de paridad que rige entre los acreedores y sólo puede resultar de una disposición legal, en el caso se presentaba una situación no podía ser desatendida: las exigencias de normas internacionales con jerarquía constitucional. Tras una muy precisa reseña de los derechos de los niños y de las personas con discapacidad que surgen de normas internacionales (la Convención de los Derechos del Niño, la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y la Convención Americana de los Derechos Humanos), entendió la mayoría del Tribunal que: (i) los privilegios de la ley concursal deben ser integrados con las disposiciones previstas en aquéllos instrumentos; (ii) esos tratados reconocen que los niños con discapacidad se encuentran en una situación de especial vulnerabilidad y le otorgan una mayor protección a sus derechos a la vida, al disfrute del más alto nivel posible de salud y a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental y social; y (iii) esa tutela agravada comprende a la situación de los niños como titulares de créditos en un proceso falencial. Sobre tales bases, declaró la inconstitucionalidad del régimen de privilegios de la LCQ con el efecto de impedir que los acreedores hipotecarios cobraran su crédito con anterioridad al del niño con discapacidad.

A través de estos fallos se visualiza claramente que la ley concursal argentina se encuentra, en materia de privilegios, en franca contradicción con normas previstas en tratados internacionales con jerarquía suprallegal.

Y esta situación no se plantea exclusivamente con los créditos de titularidad de los denominados “acreedores involuntarios vulnerables” como categoría en que se encuentran incluidos los menores con discapacidad). En efecto, el problema se extiende también a otro tipo de acreencias, como -por ejemplo- las laborales. Sucede que la LCQ contempla para los créditos laborales un trato diferenciado en el concurso preventivo y en la quiebra, como resultado de la especial tutela que la Constitución Nacional y los instrumentos internacionales otorgan al trabajo y a la justa remuneración. En este sentido, se reconoce a estas acreencias privilegios generales y especiales, además del derecho al pronto pago -entre

otras ventajas-

En la sentencia dictada el 26.3.2014 en “Pinturerías y Revestimientos Aplicados SA s/quiebra”<sup>16</sup> la Corte Suprema analizó la extensión del privilegio otorgado a los acreedores laborales ante la liquidación de bienes del deudor y revocó una sentencia que resolvió el orden de cobro sobre la base de interpretar en forma aislada las reglas de los artículos 239, 247 y 249 de la LCQ, sin integrarlas con las preferencias establecidas en el Convenio 173 de la Organización Internacional del Trabajo<sup>17</sup>. El fallo se sustentó en la obligación de efectuar un trato diferenciado a favor de créditos laborales en los términos de los instrumentos internacionales y de los artículos 14 bis, 16 y 75, incs. 22 y 23, de la Constitución Nacional. Este precedente, que admite que el crédito laboral derivado de un accidente de trabajo goza de privilegio por sobre el crédito fiscal, es muy significativo<sup>18</sup>. Así porque el Alto Tribunal subraya que los tratados internacionales ratificados por el país tienen jerarquía suprallegal, razón por la cual resulta inaplicable la ley interna que se les oponga.

Finalmente -y sin pretender agotar el elenco de inconsistencias posibles- otra contradicción visible se vincula con la falta de previsiones de la LCQ respecto de los créditos derivados de las relaciones familiares.

En efecto, no obstante la protección específica que otorgan las convenciones internacionales a los alimentos de menores, discapacitados y adultos mayores, el crédito por alimentos a cargo del deudor insolvente carece de prioridad alguna en la ley concursal argentina<sup>19</sup>. La gradación quirografaria de este tipo de acreencia se opone a lo previsto, entre otros, por la Convención de los Derechos del Niño, Convención Interamericana sobre derechos de las

---

<sup>16</sup> Fallos 337:315, RC J 1648/14

<sup>17</sup> La CSJN aplicó el art. 5 del Convenio OIT 173 según el cual *“en caso de insolvencia del empleador, los créditos adeudados a los trabajadores en razón de su empleo deberán quedar protegidos por un privilegio, de modo que sean pagados con cargo a los activos del empleador insolvente antes de que los acreedores no privilegiados puedan cobrar la parte que les corresponda”*.

<sup>18</sup> Fue dicho inclusive que *“consagra el fin del sistema de privilegios concursales como un régimen autónomo y sistemáticamente regulado en la ley de concursos y quiebras”* (Segal, Rubén y Toia, Bruno, Prevalentes principios y valores de la Constitución y tratados internacionales en protección de derechos humanos y las normativas concursal y laboral, en RDCO 270, del 16.2.2015 p.49).

<sup>19</sup> Amoreo, María Cristina, El privilegio alimentario en el proceso falencial a la luz de la Convención de los Derechos del Niño: el favor minoris, TR LALEY AR/DOC/1707/2011; Medina, Graciela, Niños frente al concurso o quiebra de sus progenitores, TR LALEY AR/DOC/3564/2020; De Césarís, María Cristina – Boquin, Gabriela F. – García, Silvana M., El crédito por alimentos en la quiebra de la persona humana. Inconstitucionalidad e inconventionalidad del art. 156 LCQ, TR LALEY AR/DOC/3618/2021

Personas Adultas Mayores, Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y Convención Interamericana sobre obligaciones alimentarias.

## 5. Conclusiones

El control de convencionalidad de oficio a la hora de aplicar el régimen de privilegios concursales constituye un deber de la magistratura. Así porque los compromisos asumidos por los Estados parte en los tratados internacionales para hacer efectivos los derechos humanos allí reconocidos, en modo alguno pueden ser ignorados.

En este sentido, y para evaluar la importancia que tiene para nuestro país la incorporación de aquellos textos a nuestro derecho nacional, debe recordarse que, conforme la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados — acuerdo del que la República Argentina es parte—, los Estados no pueden alegar su derecho interno como justificación para dejar de cumplir con las obligaciones asumidas (cfr. art. 27).

En otras palabras: si no se amparan adecuadamente los derechos reconocidos en aquellos tratados, el Estado se expone a una posible denuncia por la violación a los derechos humanos protegidos en la Convención Americana de Derechos Humanos ante su Comisión (art. 19), de acuerdo a su ámbito de competencia y actuación (art. 44 y ss.). Y, adicionalmente, también puede ser objeto de reclamo por su potencial responsabilidad internacional por daño producido por el hecho ilícito ante la CIDH (arts. 51, 61, 63, 67 y 68)<sup>20</sup>.

De allí que el efectivo control de convencionalidad impone interpretar contextualmente y desde una perspectiva internacional el régimen de los privilegios concursales, que ya no puede ser visto como un sistema cerrado y autosuficiente que se agota en la letra de la ley de concursos y quiebras.

Recuérdese que a partir del criterio consagrado por el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional: (a) los tratados internacionales son superiores a las leyes; (b) algunos tratados sobre derechos humanos ostentan rango constitucional; y (c) los tratados de derechos humanos, tengan o no tal jerarquía, son fuentes de derecho de conformidad con los cuales deben

---

<sup>20</sup> En tal sentido: CSJN, 06/08/2013, “Carranza Latrubesse, Gustavo c/ Estado Nacional- Ministerio de Relaciones Exteriores-Prov. De Chubut” (v. en particular el considerando 10).



interpretarse las leyes en los casos contenciosos<sup>21</sup>.

Dicho de otro modo: la hermenéutica de las normas de derecho común debe adecuarse a la comprensión constitucional de los intereses en juego<sup>22</sup>. Tanto más ello es así a partir de la incorporación al Código Civil y Comercial de la Nación del proceso de constitucionalización del derecho privado (arts. 1 y 2), que establece una comunidad de principios entre la Constitución Nacional, el derecho público y el derecho privado. Ello impone que deban tomarse muy en cuenta los tratados en general y los de derechos humanos en particular.

Es que el ordenamiento jurídico no está integrado por compartimentos estancos o antagónicos; antes bien, constituye un todo que debe ser interpretado sistemáticamente.

Se trata, en definitiva, de adecuar la ley concursal a una serie de previsiones contenidas en distintos tratados internacionales que no pueden ser soslayadas. En ese orden de ideas, incumbe al Poder Judicial, como uno de los tres poderes del Estado, adoptar las decisiones pertinentes a fin de hacer efectivos los derechos humanos tutelados por aquellos instrumentos <sup>23</sup>.

Así porque para resolver en función de lo dispuesto por los tratados internacionales ratificados por nuestro país, no es necesaria norma alguna. En efecto, las directivas de aquéllos no son meramente programáticas, sino que pueden -y deben- ser aplicadas directamente a los casos concretos en el ámbito local sin necesidad de que una medida legislativa adicional a la ratificación acordada les confiera operatividad. Así lo resolvió la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el aludido fallo “Pinturerías y Revestimientos Aplicados S.A. s/quiebra”.

En definitiva, resulta una ineludible tarea de los jueces al analizar cada caso concreto realizar oficiosamente el correspondiente control de convencionalidad; y acudir, en su caso, a normas supralegales para integrar nuestro ordenamiento jurídico. Ello así, con el objeto de garantizar a los acreedores afectados el goce pleno y efectivo de sus derechos.

---

<sup>21</sup> Rivera, Julio César – Medina, Graciela, directores, Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, t. I, p.57, Thomson Reuters La Ley, 2014.

<sup>22</sup> CNCom., Sala F, 12/11/2020, “3 Arroyos S.A. s/concurso preventivo s/ incidente de pronto pago por Baigorria, Mauro A.”.

<sup>23</sup> Yuba, Gabriela, El Estado y el deber de proteger a los sujetos vulnerables, TR LALEY AR/DOC/1301/2019.

***“En búsqueda de un punto de equilibrio entre una solución justa y su razonable previsibilidad. Equidad vs certeza.”***

por E. Daniel Truffat

***En homenaje a ese gran maestro de generaciones: Héctor ALEGRÍA, que nos muestra -con sus profundas reflexiones y enseñanzas pero también con su ejemplo, que el escarpado trayecto en pos de un mejor Derecho vale la pena ser transitado .<sup>279</sup>***

Hace ya bastantes años Barreiro, Lorente y yo señalamos, con la convicción de estar marcando algo relativamente obvio, que vivíamos un tiempo de modificaciones en el ámbito del derecho mercantil<sup>280</sup>. Hablamos de “Vientos de cambio” y en verdad describíamos, sin saberlo del todo, un huracán.

Cambio que no se ha agotado en la materia referida sino que ha impregnado intensamente todo el Derecho, en particular frente a la ampliación conceptual que conllevan los Tratados Internacionales de Derechos Humanos - genéricos o referidos a sectores específicos tales como las Mujeres, los Niños o las Personas Mayores-

Hoy sabemos y sentimos la apremiante necesidad de garantizar la operatividad del derecho convencional y muchas veces los jueces topan con la necesidad de encontrar un punto de equilibrio entre esa expectativa y aquello que entienden como la recta aplicación legal. Un lugar donde esto acaece con intensidad es cuando en temas concursales se plantean temas atinentes a acreedores involuntarios o a afectados que no son estrictamente acreedores pero que tienen reclamos que se encabalgan en su condición de vulnerabilidad.

Y allí empiezan las dudas y hesitaciones porque al final del día se suscita una confrontación entre tales derechos y aquellos de los acreedores. En

---

<sup>279</sup> Vaya también mi agradecimiento al Director del Departamento de Derecho Empresarial de la Universidad de Buenos Aires, el Dr. Héctor O Chomer quien me honró con su invitación a participar de este homenaje.

<sup>280</sup> Lorente, Javier A, Marcelo G. Barreiro y E.Daniel Truffat, “Vientos de cambio en el derecho mercantil, en los tiempos de la posmodernidad”, Errepar DSC nro. 211, junio 2005, pág. 661 (“La Página del Director”)



# DECONOMI

presencia de un concurso preventivo todo es más sencillo porque habitualmente el conflicto es entre el vulnerable y el deudor -y si no se pone en crisis la supervivencia de este último parece más claro el camino a favor del primero-. Es el sonado caso “González” -donde, según es público y notorio, yo enfoqué la cuestión con una postura restrictiva que he ido cambiando. En caso de quiebra la contraposición de intereses es evidente. Hay casos donde el sacrificio de los acreedores concurrentes viene dado por la naturaleza misma del tema -el fallo “Sanatorio Antártida” de la CSJN-, aunque vale la pena recordar que ese mismo Tribunal Supremo, con otra integración, resolvió exactamente al revés en “Asociación Francesa”.

Me gusta citar una frase del prestigiosísimo iusfilósofo Vigo: “El derecho injusto no es derecho. Pero el derecho sin certeza es pobre derecho”. Todo un llamado de atención en pos del equilibrio y la prudencia como ineludibles compañeras del deber judicial de “hacer Justicia”

Ese encuentro entre la Justicia así con mayúsculas y la preservación de un derecho previsible y conforme a la ley expresa es un desiderátum que se busca con ahínco. A veces se logra. A veces no. A veces se intenta pesquisar tal meta con las soluciones a medida<sup>281</sup> Hay que reconocer que es muy compleja la búsqueda de equilibrio cuando en un polo hay un (o una) vulnerable, quizás una mujer cuyo caso exige aplicar los parámetros del art 2 de la “Convención sobre Eliminación de todas las formas de discriminación sobre la mujer (resol. ONU 24/180”) y en el otro polo hay todo un universo de acreedores, varios o algunos de los cuales pueden ser también personas hartamente vulnerables, madres que salen solas a pelearle a la vida en su nombre y el de sus hijos, trabajadores cuyos créditos gozan de créditos preferentes, entes estatales cuyos fondos se aplican -o deberían aplicarse- al auxilio a la vejez desamparada, a los vencidos de la existencia, a la niñez abandonada.

Vale la pena analizar los casos donde se intentó hallar tal diagonal.

Recientemente en Paraná<sup>282</sup> se falló un interesante caso en sede concursal (autos ALARCON JOSE GABRIEL S-PEDIDO DE QUIEBRA

---

<sup>281</sup> Véase: Truffat, E. Daniel, “La excepción es la reina”, ED, 18.09.07

<sup>282</sup> 8 de marzo de 2023 por ante el Juzgado del Dr. Angel Moia



# DECONOMI

PROMOVIDO POR ACREEDOR S-QUIEBRA(Promovido por COOPERATIVA AGRÍCOLA GANADERA LTDA. GUILLERMO LEHMANN) -Expte. N3142 S/ INCIDENTE DE SUSPENSION SUBASTA Expte. N° 4625) donde estaba en juego el petitum de una mujer vulnerable de toda vulnerabilidad y el derecho de los acreedores. Y, además, donde quedaba como cuestión residual la posibilidad de una cobertura adicional a la demandante precisamente por su situación de indefensión material.

Concretamente la ex compañera de un quebrado (que no había celebrado con este nupcias ni acuerdo convivencial; pero que efectivamente había llevado adelante en su hora un hogar del que nacieron tres hijos), y que acredita en autos -según las referencias de la sentencia- su situación de ostensible necesidad y la desatención por el fallido de sus deberes alimentarios-solicita se suspenda la subasta del 50% indiviso de cierto inmueble de titularidad del cesante, siendo la peticionante quien habita tal bien con sus hijos -todos mayores de edad-. La requirente es titular del otro 50% y fundamenta su petición, además de en una sólida y generosa referencia al derecho convencional, en el temor de que el nuevo condómino recabara la división del condominio.

El Tribunal encuentra que se pide una decisión que comportaría un sacrificio excepcional a los acreedores concurrentes (que tienen derecho a cobrar lo que les correspondiera de la liquidación del 50% desapoderado) y que la situación de la peticionaria no variaría de accederse a su petición pues, a la fecha del decisorio, el copropietario -fuera quien fuese- podría requerir la mentada división del condominio (según el fallo: En otras palabras, el cambio de condómino no altera la situación actual de la incidentante<sup>283</sup>. El mismo temor a la partición del condominio que se invoca como perjuicio que sustenta la pretensión existe igualmente hoy con respecto al fallido.)

Al ponderar la cuestión de la vulnerabilidad el Juez entiende que cabe al Estado atender el tópico y que a él le cabe exhortarlo a que lo haga. Y ordena librar oficio al Ministerio de Desarrollo Social de la Provincia, así como al Consejo Provincial del niño, el adolescente y la familia y a la Municipalidad de Hasenkamp

---

<sup>283</sup> Así la llama el fallo



a fin de que arbitren los medios necesarios para atender a la situación de la incidentante y sus hijos.

No hay objeciones formales al fallo que no omitió considerar los supuestos en tensión y eligió un camino de estricta sujeción al derecho legal aplicable, eludiendo la tentación de fallar conforme criterios referidos a la equidad. ¿Podía el Juez suspender la posibilidad de división de condominio? No creo que él haya dicho que sí o que no. Lo que quedó establecido es que una decisión de tal suerte no hacía a la tutela de los derechos a su cuidado (básicamente el de los acreedores). Al menos en el momento en que se planteó la cuestión.

Obvio en caso de requerirse la división de condominio se podrá articular la necesidad de tutela frente a ella. Estoy pensando en el art. 2001 CCC y en el diferimiento por cinco años renovables de la división acreditándose lo nociva que sería para alguien en situación harto vulnerable. Ello por ante el Juzgado en que se promoviera la división<sup>284</sup>

Es cierto que tal reclamo hubiera tenido otra fuerza contra un progenitor desaprensivo que no dió alimentos debidos a sus hijos. Ignoro quien adquirió el 50%. Siendo un tercero no se le podría argumentar con esos intensos argumentos que sí hubiera recibido el fallido (tanto en función de las normas constitucionales que tutelan los proyectos de vida y las normas convencionales que imponen el análisis con sesgo de género; como por la debilidad de posición moral que ostenta quien desatendió semejantes deberes como aquellos referidos a la atención de los descendientes). Es válido señalar que no ayudará a la peticionante que sus hijos sean mayores, aunque sí lo hará -seguramente- la modestia del inmueble del que hablamos.

Esta última circunstancia -el cambio del sujeto copropietario y la distinta autoridad moral de uno u otro- ¿desautoriza el razonamiento del Juez de que no había fundamento para preferir los derechos de la vulnerable a los de los acreedores? Es justo reconocer que resulta muy difícil producir una respuesta asertiva. Pero al menos en abstracto cabe apuntar que no estamos hablando de

---

<sup>284</sup> No parecería que quepa asignar competencia residual al Tribunal que dispuso y concretó la venta del bien en condominio cuya división se podría pedir.



# DECONOMI

la negación de un derecho sino solo de una cierta argumentación que hubiera podido mejorar una “chance” en un litigio.

¿Era proponible ante el juez la aplicación del art. 2001 CCC (al menos “antes” de la subasta)? Es también una cuestión dudosa. Aquí no se planteó, pero confieso que tengo la sospecha que tal vez pudo hacerse. Y en “aquel” momento previo es posible que se tratara de cuestión resoluble por el Magistrado concursal. Difícilmente se hubiera considerado que el fallo era ajeno al ámbito concursal -a la luz de precedentes como “Sanatorio Antártida”- si el juez, propuesta a tiempo la cuestión, hubiera diferido temporalmente cualquier división coactiva de condominio.

¿Hubiera podido el Juez producir tal diferimiento -el del art. 2001 CCC- respecto del adquirente en subasta? Imagino que hubiera resultado discutible porque se apartaría de los términos del llamado a venta judicial, salvo si ello hubiera sido advertido y señalado como hipótesis “antes” de la venta. Se dirá que tal postura es contrapuesta a la admisión de tal alternativa por un juez civil que entendiera en un pedido de división de condominio. Pero creo que no es lo mismo en sede del Tribunal que conociera sobre esto a futuro que frente a un expediente donde “ya” estaban fijados los parámetros

¿Es procedente el reclamo al Estado? El fallo dice: *“Desde esta perspectiva, que comprende y contextualiza a otros como la llamada de “género”, corresponde a la magistratura el contribuir al abordaje de las circunstancias que pudieran afectar a las personas vulnerables. 6.- Que se ha reconocido pacíficamente en nuestra jurisprudencia la posibilidad de que las sentencias judiciales exhorten a los poderes públicos a la atención de determinadas situaciones. 7.- Ello así, corresponde librar oficio al Ministerio de Desarrollo Social de la Provincia, así como al Consejo Provincial del niño, el adolescente y la familia y a la Municipalidad de Hasenkamp a fin de que arbitren los medios necesarios para atender la situación de la incidentante y sus hijos”.*

Siempre que veo algo así recuerdo “El caso de los exploradores de cavernas”<sup>285</sup> en que el presidente de la Corte, que condena a muerte a los

---

<sup>285</sup> Lon Fuller, 1949



# DECONOMI

exploradores<sup>286</sup>, oficia al jefe del Ejecutivo para que conmute la pena. Otro de los Magistrados al fallar anticipa que tal gestión no arrojará resultados. No sé que pasará o habrá pasado en el caso concreto. Pero me permito dudar sobre la efectividad de la comunicación. Ojalá me equivoque.

---

<sup>286</sup> Stricto sensu confirma la sentencia a morir ahorcados de la Instancia anterior.





## ***“La cooperación interjurisdiccional: una necesidad en los procesos de insolvencia internacional en Argentina”***

por María Elsa Uzal

### **1. Introducción.**

Un patrimonio multinacionalizado en insolvencia enfrenta, el problema de la fragmentación jurisdiccional que le es impuesta por los Estados nacionales en los que se localizan los activos que lo integran, cada uno de los cuales ha elaborado su propio sistema de respuesta ante el problema de la insolvencia, lo cual plantea concretas dificultades, del doble o múltiple tratamiento y con soluciones particulares respecto del mismo patrimonio, que es propio de las diferentes jurisdicciones. También, provoca aislamiento, la dificultad de conciliar criterios comunes que conduzcan a alcanzar con los efectos de una decisión nacional, actos, conductas o activos de un mismo deudor en países extranjeros, pues esto requiere del reconocimiento y/o ejecución de esa decisión de parte de tribunales de otros estados.

Las consecuencias de la situación de insolvencia del patrimonio del que el deudor es titular, caen a menudo, bajo la óptica doméstica que es impuesta en cada Estado nacional. Es evidente sin embargo, que un caso de insolvencia no muta su naturaleza propia porque sus elementos de hecho aparezcan dispersos en el territorio de más de un país, por ende, cuando un problema de esta naturaleza cae dentro de la órbita del derecho internacional privado (D.I.Pr.), surge casi natural y aparece coherente, con un intuitivo criterio universal de unidad de apreciación, procurar soluciones en consonancia, que trasladen, idealmente, al plano de los instrumentos del derecho internacional, fórmulas uniformes para el tratamiento de la cuestión.

### **2. La fuente internacional en materia de insolvencia en Latinoamérica.**

En el derecho comparado europeo en particular, salvo casos muy aislados, llevó mucho tiempo y a ha resultado especialmente difícil alcanzar el fondo común de principios necesario para elaborar tratados o convenciones que unifiquen la legislación en esta materia. Las principales organizaciones



# DECONOMI

internacionales: la Conferencia de La Haya, el Consejo de Europa, la CEE, la Unión Europea, la IBA, UNCITRAL, el Banco Mundial, el ALI, han trabajado en ello por largos años, antes de lograr la concreción de algunos resultados positivos, finalizando ya, el siglo XX y entrando en el sigloXXI (vg. Reglamentos Europeos: Reglamento (CE) N° 1346/2000 y Reglamento (UE) N° 2015/848)

Sin embargo, por el contrario, es precisamente en Latinoamérica donde se encuentran *las más antiguas experiencias exitosas y concretas de fuentes de naturaleza internacional*, para una regulación unificada de la insolvencia:

\* *El Tratado de Derecho Comercial Internacional de Montevideo de 1889* (vigente entre Argentina, Paraguay, Uruguay, Bolivia, Perú, Colombia) que contempla la falencia del comerciante (arts.35 a 48).

\**El Tratado de Derecho Comercial Internacional Terrestre de Montevideo de 1940* (vigente entre Argentina, Paraguay y Uruguay) que actualizó el Tratado de 1889 cincuenta años después y regula la quiebra del comerciante o sociedad mercantil (arts.40 a 53), extensible a otras figuras funcionalmente equivalentes (concurso preventivo, moratoria, suspensión de pagos, liquidación judicial)

\* *Tratado de Derecho Procesal Internacional de Montevideo de 1940* (vigente entre Argentina, Paraguay y Uruguay) que regula el concurso civil (arts.16 a 25).

\* *El Código de Derecho Internacional Privado de Sánchez de Bustamante y Sirvén o Código de La Habana de 1928*, que vincula a 16 Estados centro y sudamericanos: Bahamas, Bolivia, Brasil, Chile, Costa Rica, Cuba, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, Nicaragua, Panamá, Perú, República Dominicana, Venezuela y regula el concurso o quiebra civil o mercantil, la suspensión de pagos, quita y espera.

Perú y Bolivia son parte, tanto de los Tratados de Montevideo de 1889, como del Código de Bustamante.

Los rasgos comunes que estos Tratados exhiben, pese a que su esquema ha quedado desactualizado, tienen gran importancia para señalar los



# DECONOMI

aspectos relevantes que deben ser atendidos y proporcionan *el núcleo duro de un fondo común de principios significativo que aparece compatible con las modernas fórmulas que propone, por ejemplo, la Ley Modelo de UNCITRAL*, para superar el fraccionamiento de soluciones que se advierten en las fuentes de derecho interno.

Y son la fuente, los instrumentos, con que actualmente se cuenta para resolver los problemas de insolvencia internacional entre los países parte. Con esas reglas se han resuelto los casos de “*Pluna Líneas Aéreas Uruguayas S.A. (Sucursal Argentina) S/ Propia Quiebra*” y “*Banco General de Negocios*”, por ej.

De un cotejo comparativo sucinto de todos estos tratados pueden extraerse, ciertos rasgos comunes o semejantes y, también, diferencias:

a) Se consagra en ellos como punto de partida el *principio de unidad de procesos con anclaje jurisdiccional en el domicilio del deudor*, abarcador de la universalidad de los bienes y obligaciones del fallido.

b) Se prevé, sin embargo, una importante *concesión al principio de fraccionamiento jurisdiccional, con pluralidad de leyes aplicables*, cuando el deudor comerciante que tiene casas *comerciales independientes* (Montevideo) o establecimientos *mercantiles separados económicamente* (Bustamante), caso en que serán competentes para conocer en la quiebra de cada una de ellos, los jueces o tribunales de sus respectivos domicilios.

c) Los Tratados de Montevideo prevén, además, *como tercera posibilidad -ecléctica o mixta-*, luego de las publicaciones legales dispuestas en el proceso domiciliar, en los lugares de situación de los bienes, a *pedido de los acreedores locales, la apertura de nuevos procesos locales*, para liquidar los bienes del deudor en cada país, reconociendo preferencia en el cobro cobrarse, a los acreedores locales. En el Tratado de 1889 la fórmula era restringida a los nuevos procesos y en el Tratado de 1940 se generalizó *la preferencia de cobro para los acreedores locales sobre los bienes situados en el estado de su localización*, en todos los procesos abiertos.

Es interesante recordar aquí el caso, “*Pluna Líneas Aéreas Uruguayas S.A. (Sucursal Argentina) S/ Propia Quiebra*,” el 12-9 2012, donde al pedir *la deudora*, la apertura de un proceso local en Buenos Aires, el Juez de



# DECONOMI

Primera Instancia, Dr. Jorge Sícoli, en un fundado fallo, resolvió *la falta de independencia de la sucursal de Pluna Líneas Aéreas SA en esa ciudad*, en relación a su casa central, pues si bien esa sucursal se hallaba inscripta en los términos del art. 118 de la ley 19.551 ante la Inspección General de Justicia, como sociedad extranjera que desarrollaba negocios en Argentina con habitualidad y permanencia, no constituía una casa comercial independiente de la Casa Matriz. Se decidió allí luego de un detallado examen de la situación en que se había venido desempeñando la sucursal, apreciada a través de la documentación aportada en el proceso, que debía ser considerada como un establecimiento secundario, que gozaba de cierta independencia organizativa, pero que estaba fuertemente ligada, en grado de dependencia económica y de voluntad social, con su casa matriz. Al frente de la sucursal se encontraba un factor de comercio, el que ha operado siempre por cuenta del empresario principal.- Se dijo pues, que no cabía concluir de ello que la sucursal fuera una mera oficina expendedora de billetes de vuelos, pues había quedado expuesta la complejidad y envergadura de su giro que la constituían en una verdadera sucursal; pero por las razones que expuestas, se concluyó en que se trataba de un establecimiento con absoluta dependencia de la casa matriz en cuanto a su potestad de administración y de disposición y desde el punto de vista económico y por ello al caso no resultaba aplicable el sistema de pluralidad de concursos, sino la regla general de unidad establecida en el art. 40 del Tratado de Montevideo de 1940 y se rechazó el pedido de declaración de quiebra de *Pluna Líneas Aéreas Uruguayas S.A., Sucursal Argentina*- La Cámara Comercial (Sala B), el 21-8-2013, correctamente, desestimó el recurso de apelación interpuesto y confirmó la decisión. Ese fallo fue confirmado por la Corte Suprema de Justicia, el 8-3-2016.

d) Se aplica en todos los casos, como *lex concursus*, de la ley del Estado contratante donde se abre el procedimiento de insolvencia (paralelismo entre *ius y forum*).

e) Los Tratados de Montevideo disponen, expresamente, la *comunicación de los remanentes luego de la liquidación*.

f) Los *efectos civiles personales del concurso o quiebra abierto* de conformidad a la ley del país de la residencia o domicilio del fallido, se rigen por



# DECONOMI

esa ley (Montevideo de 1889 y 1940), se extienden extraterritorialmente en todos los Estados contratantes, con la publicidad dispuesta en el país de la declaración y mediante el cumplimiento de las formalidades conforme a las leyes locales (Bustamante).

g) Se hacen efectivas las medidas de publicidad y medidas preventivas, de seguridad y conservación dictadas en el juicio respectivo, en todos los países donde el fallido tenga bienes, conforme a las leyes locales.

h) Se reconocen extraterritorialmente la autoridad, las facultades y funciones de los síndicos, administradores o representantes del proceso en todos los demás Estados parte.

i) Se reconoce el efecto extraterritorial de las medidas de ejecución conforme a los Tratados y a la ley del país de ejecución -se respetan los procedimientos locales-.

Código de Bustamante requiere *exequatur* de la sentencia de quiebra, los Tratados de Montevideo no lo requieren.

j) Los Tratados de Montevideo prevén expresamente los privilegios, Bustamante, las acciones reales y derechos de la misma índole.

k) Se prevé el alcance extraterritorial de la rehabilitación del deudor, aunque con distintos matices. La rehabilitación en Montevideo de 1889, solo tiene lugar si es pronunciada en todos los concursos abiertos.

Desde otro ángulo, cabe señalar, asimismo, que también en el marco del art. 1° del *Tratado de Asunción, constitutivo del espacio integrado del Mercosur* (23-9-1981), los Estados parte (Argentina, Paraguay, Uruguay, y Brasil y los estados asociados: Bolivia, Chile y Venezuela (suspendido) se han comprometido a armonizar sus legislaciones en las áreas pertinentes para lograr el fortalecimiento del proceso de integración.

### 3. El rol de UNCITRAL y su recepción en Argentina.

En la tensión entre soluciones de unidad y fraccionamiento que han dividido históricamente los criterios de los legisladores nacionales, aparece claro que las mayores dificultades para lograr el fondo común de principios que permitiera avanzar con soluciones uniformes se plantean, tanto en punto al



# DECONOMI

*derecho sustantivo, en cuanto a la determinación de la ley aplicable, como para adoptar soluciones materiales de fondo comunes, razón por la cual, mucho más fructífero ha resultado alentar la cooperación internacional a través de acuerdos sobre reglas de trasposición procesal comunes, incorporadas a nivel del derecho de fuente interna en cada estado, conteniendo mecanismos de articulación de los procedimientos locales, con uno o más procedimientos foráneos, coordinando procedimientos y respetando las leyes nacionales y los procedimientos locales.*

En esta búsqueda de una coordinación entre procedimientos, las Leyes Modelo de UNCITRAL en la materia, especialmente, *la Ley Modelo sobre Insolvencia Transfronteriza de 1997, con su Guía de Incorporación de 2004*, han demostrado ser eficaces instrumentos de *soft law*, para inspirar soluciones legislativas comunes de fuente interna. Es de destacar, en lo que aquí interesa, que 53 Estados -56 jurisdicciones- han incorporado ese esquema en su derecho interno y ha sido adoptada ya, por ocho países americanos -Canadá (2005), Brasil 2020; EE.UU (2005), Méjico (2000), Panamá (2016), República Dominicana (2015), Chile (2013) y Colombia (2006)-.

Dentro de Sudamérica, países como Uruguay, luego de su reforma de 2008, aunque no ha adoptado derechamente la Ley Modelo, se ha abierto a la extraterritorialidad con base en reglas de cooperación internacional acentuadas y perfectamente compatibles con el régimen de la Ley Modelo y hay también en otros países, proyectos y anteproyectos de ley que contemplan los lineamientos de la Ley Modelo, concretamente en Paraguay (Proyecto de Ley de Resolución de la Insolvencia, mayo 2019), El Salvador y en Argentina,.

En nuestro país, para la tarea de modernización en esta área, se han realizado diversos esfuerzos para adoptar un régimen más moderno y eficiente que introduzca en la legislación interna reglas de procedimiento que posibiliten la cooperación internacional, el reconocimiento de los procesos concursales y permitiendo el acceso de los funcionarios foráneos a los procesos locales y mejorando el acceso y reconocimiento de los acreedores extranjeros, así como el acceso de los funcionarios concursales y acreedores locales a los procesos extranjeros, con base en la “Ley Modelo sobre la Insolvencia Transfronteriza” de UNCITRAL.





Así fue ya propuesto por el Ministerio de Justicia de la República Argentina en un Proyecto de 2002<sup>287</sup> y en nuevo un Anteproyecto elaborado en el mismo Ministerio de Justicia en 2018, en el marco del Programa Justicia 2020<sup>288</sup>.

En este último Proyecto de ley se contempló el siguiente esquema: Capítulo I. Disposiciones generales. Capítulo II. Acceso de representantes y acreedores extranjeros a tribunales argentinos. Capítulo III. Reconocimiento de procesos concursales extranjeros. Medidas otorgables. Capítulo IV. Cooperación y comunicación internacional Capítulo V. Procedimientos paralelos. *Capítulo VI. Grupos multinacionales de empresas.* Disposiciones complementarias. Modificación artículos 2, 3 y 4 de la LCQ.

Es de destacar que en el Cap. VI se preveía que las reglas sobre cooperación, comunicación y coordinación previstas en los demás capítulos, se aplicarían también, en la medida que sean compatibles, en casos de grupos multinacionales de empresas. Previéndose que, en estos casos, el deudor en insolvencia transfronteriza no es necesariamente el mismo en los diversos países involucrados (supuesto para el cual se concibió originalmente la Ley Modelo). A los efectos de este régimen legal, el grupo multinacional de empresas requería que se tratase de:

- a. *Empresas*: dos o más entes que ejercen actividad económica con cualquier forma legal (persona humana o jurídica);
- b. *Vinculadas entre sí por alguna forma de control* (UNCITRAL: Ley Modelo sobre la Insolvencia de Grupos de Empresas 2019: "... o de participación significativa en el capital social". Control = "capacidad de determinar directa o indirectamente las políticas operacional y financiera de una empresa"); y

---

<sup>287</sup> Remitido por el Sr. Ministro de Justicia Dr. Jorge R. Vanossi al Congreso de la Nación como Proyecto de Régimen Legal de la Insolvencia Transfronteriza (0974-D-04). La Comisión Redactora fue establecida por Resolución del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de fecha 13 de febrero de 2002. Fueron Miembros de dicha comisión, Héctor Alegría, Juan Anich, Mariano Gagliardo, Sergio Le Pera, Ana I. Piaggi, Efraín H. Richard, Julio César Rivera y Adolfo A.N. Rouillon; y Secretarios de la misma, Carlos San Millán y María Celia Marsili.

<sup>288</sup> Comisión integrada por los Dres María Elsa Uzal, Adolfo Rouillón y Cristina O'Reilly.





- c. *Cuando dos o más de dichas empresas se encuentren radicadas en diferentes Estados.*

También a nivel académico se ha trabajado el tema por ej. en el *Centro de Estudios de Derecho Concursal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires*, dirigido por el Dr. Marcelo Gebhardt, los Dres María Elsa Uzal y Adolfo Rouillon presentaron en febrero de 2021 un proyecto en ese sentido, que fue analizado en el marco el documento: “*Hacia un régimen legal efectivo para la insolvencia transfronteriza*”, presentado ante el Ministerio de la producción.

Sin embargo, lo cierto es, que aún no se ha logrado la voluntad política necesaria para arribar con éxito a un resultado.

### **3. Sistemas de DIPr. de fuente interna en materia de insolvencia y el sistema argentino.**

En los derechos nacionales de fuente interna de los países latinoamericanos que no han incorporado la Ley Modelo, se encuentran *sistemas de mercado territorialismo*, con algunas pocas concesiones al principio de unidad, como el de Argentina (ley 24.522).

Cabe sintetizar, para completar el panorama, los grandes rasgos del sistema concursal argentino desde la perspectiva internacional.

Argentina, si bien predica la universalidad como principio para el derecho concursal de fuente interna, *se vuelve, sin embargo, plural y territorialista, en el plano internacional*, cuando, dentro de la Ley 24.522 de Concursos y Quiebras, regula la insolvencia en sus arts. 2 inc.2, art.3 inc. 5 y, fundamentalmente en su art. 4.

Sus principales lineamientos son:

\* *Supremacía de los convenios internacionales*: las disposiciones del derecho de fuente interna son de aplicación en defecto y en cuanto no se opongan, a las disposiciones de los convenios internacionales suscritos y ratificados por el país.

\* *Acorde con un criterio territorialista, el sistema de derecho doméstico no contiene normas con criterios atributivos de jurisdicción internacional*. Solo



# DECONOMI

contiene criterios de atribución de jurisdicción directa, interna. Así, consagra la competencia del juez argentino para declarar el concurso de un acreedor con domicilio en el extranjero, *respecto de los bienes existentes en el país*.

Bajo la condición típica de la existencia de bienes en el país, podría abrirse la jurisdicción argentina, respecto un deudor domiciliado en el extranjero, *tanto para un concurso preventivo o un acuerdo preventivo extrajudicial – APE- o un pedido de propia quiebra y, un acreedor, siempre podría plantear un pedido de quiebra*.

Cabe sostener sin embargo, que, *en defecto de tratados especiales vigentes sobre la materia*, un deudor domiciliado en el extranjero o una sociedad constituida en el extranjero, máxime si tiene su sucursal en el país, ***puede ser declarado en concurso, sin requerir la exigencia de que existan bienes en el país***, prevista el art 2 de la LCQ, ***mientras existan acreedores locales con deudas pagaderas en el país y se halle configurado algún supuesto autorizado por la ley de fondo***, permitiendo que se sigan los efectos personales y la publicidad e inscripciones propias de la quiebra.

Esta tesitura reconoce su primer antecedente en el dictamen 66.844 emitido por el Fiscal de la Cámara Comercial Dr. Raúl Calle Guevara, en el que tocó a esta autora colaborar, recaído *in re "Pacesseter System Inc."*, seguido por la CNCom. Sala C (10-2-1993), sentencia que quedó firme con fallo de la Corte Suprema, que rechazó el recurso extraordinario. *En ese dictamen se propició y así lo receptó el fallo de la Cámara Comercial de esta Capital*, el decreto de quiebra respecto de una sociedad extranjera, con una sucursal inscripta en el país, señalándose expresamente que no cabía "confundir esa limitación territorial con una exigencia de fondo, que solo habilitara la declaración de quiebra de un deudor domiciliado en el extranjero supeditada a la previa comprobación de la existencia de bienes en el país (13). Aunque con la advertencia de que tal decreto, desde un punto de vista jurisdiccional, ***solo adquirirá eficacia, reconocida con base legal***, respecto de los bienes existentes en el país que pudieren detectarse antes o en el trámite de la causa. Ello permitiría generar extensiones de quiebra a terceros -no fallidos- en el país, accionar para recuperar bienes del patrimonio del deudor desviados durante el período de



# DECONOMI

sospecha en perjuicio de los acreedores en el país, emprender acciones de responsabilidad societarias o de otra índole.

\*No se brinda *exequatur*, a la declaración de concurso extranjero, aunque le otorga un *reconocimiento involucrado* (art. 519 CPCCN), cuando le reconoce aptitud para ser *causal* de la apertura de un concurso en el país (otro concurso, derivado y local), a pedido del deudor o de acreedor cuyo crédito deba hacerse efectivo en el país.

Se trata de un ***indudable efecto extraterritorial de esa declaración extranjera de concurso***, en tanto se la reconoce como uno de los supuestos de hecho capaces de “***causar***” otra sentencia distinta, ahora nacional, en el mismo sentido, resulta así, ser un nuevo *concurso, pero derivado* de la declaración extranjera de concurso o quiebra. (20).

Una *interpretación amplia de la legitimación para invocar como causal* el proceso extranjero, ***permitiendo intervenir, como peticionante, al representante de la masa concursal foránea –sindicó, liquidador, administrador, en tanto representante de acreedores que podrían hacer efectivos sus créditos en el país dentro de ese procedimiento-***, si se repara bien en ella, permitiría armonizar procedimientos de insolvencia, desde diferentes perspectivas nacionales, aún desde un tratamiento plural.

\*Es regla la *inoponibilidad del concurso extranjero frente a los acreedores locales*: El concurso extranjero no puede ser invocado frente a los acreedores locales para disputarles derechos que éstos pretendan sobre bienes existentes en el territorio, ni para anular actos que hayan celebrado con el concursado

\* *Deudor que carece de acreedores locales, pero con bienes en el país*:

\_Cabe reconocer efectos de la declaración de concurso en el extranjero, de un deudor que *carece de acreedores locales, pero con bienes en el país*. (961-64

El supuesto descrito no está previsto expresamente por la ley, siendo de señalar que *ese deudor podría, o no, tener su domicilio en el país* (ver art. 2,



# DECONOMI

Ley de Concursos). Se trata del supuesto de un proceso de quiebra extranjero, que pretende liquidar, en su provecho, los bienes del deudor existentes en el país.

Resulta inexcusable cuestión previa a la consideración de esta hipótesis, la necesidad de establecer *con certeza la inexistencia de acreedores en la República, pues si los hubiera, se impondría la apertura de un proceso local.*

Jurisprudencialmente también se ha admitido, si bien de modo excepcional, la liquidación de bienes en el país de un deudor fallido en el extranjero, en beneficio de la quiebra extranjera, *reconociéndola*, por ende, de modo involucrado (*art. 519 CPCCN, pero solo luego de haberse acreditado la inexistencia de acreedores locales*, aunque se dejó establecido que ello no implica otorgar el *exequatur*, esto es, la derecha ejecución de la sentencia extranjera, sino como una manifestación de cooperación internacional ante la inexistencia de acreedores locales (Caso "*Panair do Brasil S.A s/exhorto de Brasil*" CNCom. Sala B,3-9-76), sin reconocer tampoco legitimación al representante de la quiebra extranjera para desempeñarse en esa función, a fin de liquidar los bienes en el país, para lo cual, en el caso citado, se designó un funcionario *ad hoc*. (in re: "*Panair do Brasil S.A s/exhorto de Brasil*", CNCom. Sala B,18-10-70).

Al respecto, existe una laguna legal en el procedimiento a seguir, cuya integración cabe efectuar recurriendo, por ejemplo -como lo hizo el Juez Boggiano en ese caso-, a un procedimiento *ad hoc* informativo, de conocimiento, no necesariamente concursal, *que constatare la circunstancia de la inexistencia de acreedores en la República*, que podría ser desvirtuada por los eventuales acreedores locales hasta el momento mismo de la transferencia de los fondos. Esta fue la excelente solución adoptada por Boggiano, siendo Juez de Primera Instancia, en los autos "*Panair do Brasil S.A.* "el 29 -12- 1975<sup>289</sup> (procedimiento

---

<sup>289</sup> Boggiano como juez de primera instancia, dispuso allí abrir un proceso informativo para determinar la existencia de acreedores locales, mediante la correspondiente publicidad, designando un síndico *ad hoc*, local, al efecto y rechazando la pretensión del síndico de la quiebra brasileña de *Panair do Brasil* de ser él mismo designado. La sentencia reafirmó, al amparo de la fórmula -idéntica a la actual en esta parte- que la sentencia brasileña de quiebra carecía de efectos extraterritoriales, así como su representante. Como resultado de ese procedimiento *ad hoc*, apareció un acreedor local y la deudora, a la sazón *in bonis* en el país y



# DECONOMI

inspirado en los arts. 44, 45 y conchs. del Tratado de Derecho Comercial Internacional de Montevideo de 1940, que pueden proporcionar ideas para una integración por vía analógica en torno del punto)

Según lo expuesto no cabe, a nuestro criterio, concluir en que la quiebra decretada en el exterior, en la hipótesis que nos ocupa, no surta efecto extraterritorial en nuestro D.I.Pr. interno (34).

En nuestra doctrina, algunos autores sostienen que se debe admitir en este supuesto la *extensión de la declaración extranjera de concurso a nuestro país*, haciéndose una sola liquidación <sup>290</sup>. Cámara interpreta que el caso la ausencia de acreedores hace que los bienes pasen al concurso extranjero. Goldschmidt, en esta misma línea de ideas, sostiene que estos bienes *deben tratarse como “sobrante”*. Kaller de Orchansky distingue según que se trate de un deudor sin domicilio en la República, hipótesis en la que los bienes pueden entregarse al concurso extranjero, del caso de un deudor domiciliado en el país, en que el acreedor – por ende, debe entenderse, el representante del concurso extranjero- podría demandarlo, accionando, individualmente(37).

*\*Regla de preferencia de los acreedores locales, ante el supuesto de pluralidad de concursos: el acreedor que pertenece a un concurso abierto en el extranjero solo podrá actuar sobre el saldo de la distribución, una vez satisfechos los acreedores locales.*

Se configura así un *sistema de preferencias nacionales condicionado a la existencia de un previo concurso en el extranjero* (40).

De lo expresado se desprende que, ante la pluralidad de concursos, *la pertenencia del acreedor al concurso extranjero, a esa masa, es el presupuesto del funcionamiento de las preferencias nacionales* (ver exposición de motivos ley 22.917, n° 8) (41)

El esquema así formulado, sin embargo, nos parece que recibiría un mejor encuadramiento si se lo caracterizase dentro de *los sistemas intermedios*.

---

habilitada para pagar, lo hizo y lo desinteresó a través de la representación de la fallida brasileña, posibilitando la liquidación de los bienes en beneficio de la quiebra extranjera con lo que pudo llevarse adelante el procedimiento en beneficio de la quiebra foránea. <sup>289</sup>(33)

<sup>290</sup> Ver Lascano, C.A. Derecho Internacional Privado, Ed. Platense, 1935, págs. 523-4, citando a Amancio Alcorta.



# DECONOMI

Esta conclusión surge si se observa que técnicamente, esta solución -*sistema de preferencias nacionales condicionado a la existencia de un previo concurso en el extranjero*-, es utilizada como alternativa no solo dentro de sistemas de pluralidad, sino también bajo sistemas de unidad, en los que es frecuente la posibilidad de que en un único juicio de quiebra, el juez mantenga diversas masas separadas, procedentes de distintos países, a fin de asegurar la preferencia de los acreedores locales en cada una de ellas.

\* *Reciprocidad (art. 4, párrafo tercero): El acreedor extranjero que no pertenece a un concurso foráneo puede presentarse a verificar y cobrar en igualdad de condiciones con los acreedores locales, cuyos créditos deben ser pagados en la Argentina, pero previa acreditación de la condición de reciprocidad, esto es, condicionado a que demuestre que un acreedor cuyo crédito es pagadero en la Argentina puede verificarse y cobrar en igualdad de condiciones en el país en el aquel crédito es pagadero.*

Esta solución legal con esa exigencia condicional, ha merecido objeciones, desde el punto de vista constitucional, pues se ha dicho que admite una discriminación entre unos acreedores y otros porque son titulares de créditos a cancelar en el extranjero, con el argumento de prevenir una discriminación contra un nacional. (49). Esta reforma introducida en el régimen concursal argentino por la ley 22.917 que introdujo este requisito en 1983, se aparta de la línea de los antecedentes legislativos que la precedieron -véase el art. 7 de la ley 11.719-.

Cabe remarcar que *la reciprocidad* como la contempla nuestro sistema, se aplica respecto del *acreedor individual no perteneciente a una masa concursal extranjera*. No se trata del control de reciprocidad *respecto de un procedimiento extranjero cuyos efectos llegasen a ser admitidos en el país*, supuesto, por ahora poco factible, pero en cuyo caso quizás se justificaría el control de reciprocidad para establecer entre ambos sistemas -el local y el foráneo- una relación equitativa y de igualdad.

- *Hotchpot rule (art. 4, párrafo cuarto):* En caso de que un acreedor local, luego de verificado, cobrase parte de su crédito quirografario, en el extranjero, se prevé restablecer la igualdad





# DECONOMI

entre los acreedores, buscando la paridad a través de una compensación sobre los dividendos (*hotchpot rule*). *Con esta redacción debe interpretarse que se puede restablecer la paridad entre los acreedores, operando la equiparación solo a través de los dividendos.*

La ley concursal introduce así, en su art. 4, párrafos tercero y cuarto, - este punto y el anterior- acumulativamente, dos remedios que, en general, son previstos en el derecho comparado a los mismos fines: restablecer la igualdad entre los acreedores, alterada por la diversidad de legislaciones nacionales aplicables a la falencia de un mismo deudor.

Subyace en estas dos soluciones, la idea de la falencia como, fenómeno único necesitado de reglas que, corrigiendo desviaciones, se encaminen a obtener, como resultado la armonía internacional de la solución total del caso (lejano ideal por el momento). Ello implica la necesidad de prever remedios frente a situaciones que alteren el equilibrio deseado (igualdad entre los acreedores), y tales son, en este caso, la reciprocidad y la retención de dividendos

Probablemente solo con este último remedio, podría haberse logrado el propósito que aquí la ley busca resguardar con ambas vías.

\* También ha habido algunas experiencias exitosas en el *recupero de activos de fallidos en el extranjero, a pedido de tribunales locales, como resultado de la cooperación internacional brindada por los tribunales de otros estados y posibilitada por la apertura de sus legislaciones.*

#### **4. A modo de conclusión.**

El panorama de fraccionamiento que hemos trazado nos muestra que la realidad se impone y que *en una economía globalizada, la seguridad y previsibilidad del comercio internacional, la vida de las empresas, medianas y grandes, la seguridad del crédito, exigen ahondar el surco de los esfuerzos ya realizados y preparar la disposición y la aptitud de los estados nacionales, de sus autoridades y de sus operadores jurídicos, para abrirse hacia soluciones coordinadas, flexibles, pero enmarcadas en pautas de referencia procedimental*





# DECONOMI

claras, con el adecuado respeto y consideración de los intereses nacionales específicos.

*Ello exige, acuerdos sobre reglas de armonización procesal comunes incorporadas a nivel de derecho de fuente interna y una adecuada transposición procesal, puede procurarse, eficazmente, mediante mecanismos de articulación del procedimiento local si lo hubiere, con uno o más procedimientos foráneos.*

En este marco, la adopción de un esquema de ley insolvencia internacional, sobre la base de la Ley Modelo de UNCITRAL u otros instrumentos específicos, que buscan lograr objetivos similares en relación con la eficiencia y la coherencia de un enfoque abierto, aparece como el necesario primer paso.

En esa idea, siempre será útil, difundir, principios y reglas de interpretación que tiendan a favorecer una interpretación a favor de la idea de unidad y a ampliar la idea de cooperación facilitando las comunicaciones con sugerencias de modalidades prácticas para adoptar en ese sentido. Sin embargo, la aceptación exitosa de Directrices o Modalidades como las de la JIN, requiere de un fondo común de principios, que en sistemas de raíz continental, es consistente con reglas bien establecidas de derecho internacional privado, que afirmen la conveniencia de que un procedimiento de insolvencia, con reglas de coordinación de procedimientos que involucren múltiples jurisdicciones y que se aproximen lo más posible a un tratamiento sobre una base universal, mediante la identificación y el reconocimiento de un procedimiento que sea considerado como “principal”.

