DARÍO J. GRAZIABILE
Director

DERECHO Concursal

PERSPECTIVAS ACTUALES

TOMO I: INSTITUCIONES Y PRINCIPIOS CONCURSALES

XI Congreso Argentino de Derecho Concursal

IX Congreso Iberoamericano de la Insolvencia

Del 18 al 22 de Octubre del 2021 / UNS / Bahía Blanca / Argentina

Departamento de Derecho, Universidad Nacional del Sur
Bahía Blanca, 2021

GrupoProfessional
EXCELENCIA EN CAPACITACIÓN

ediciones dyd
innovación jurídica

BIENVENIDOS AL EBOOK

DERECHO Concursal / PERSPECTIVAS ACTUALES

EBOOK

TOMO I: INSTITUCIONES Y PRINCIPIOS CONCURSALES

XI Congreso Argentino de Derecho Concursal

IX Congreso Iberoamericano de la Insolvencia

UNIVERSIDAD NACIONAL DEL SUR
Departamento de Derecho - Bahía Blanca, 2021

eBooks

Nuevos libros, Nuevos conocimientos.

/edicionesdyd

/edicionesdyd

Graziabile, Darío J.

Derecho concursal : perspectivas actuales / Darío J. Graziabile. - 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires : DyD, 2021.

Libro digital, PDF

Archivo Digital: online

ISBN 978-987-8353-50-0

1. Derecho. I. Título.

CDD 346.078

ediciones dyd
innovación jurídica

© 2021 - **EDICIONES D&D S.R.L.**
Av. Córdoba 1522, 3º Piso - Buenos Aires
Tel.: (011) 4519-8204
www.edicionesdyd.com.ar
info@edicionesdyd.com.ar
facebook.com/edicionesdyd

Queda prohibida la reproducción total o parcial por cualquier medio de impresión, en forma idéntica, extractada o modificada; en castellano o en cualquier otro idioma.

Impreso en Argentina

Hecho el depósito de la ley 11.723

AUTORIDADES

UNIVERSIDAD NACIONAL DEL SUR
Departamento de Derecho - Bahía Blanca, 2021

Autoridades Institucionales

UNIVERSIDAD NACIONAL DEL SUR

Pamela Tolosa
(Directora Decana)

Sebastián Arruiz
(Sec. Académico)

Marcela Pons
(Sec. Coord. Doc. y Adm.)

Autoridades del Congreso

Darío J. Graziabile
(Presidente)

Mario A. Arruiz
(Vicepresidente)

Santiago Ramos
(Secretario)

Comité de Honor

Edgardo M. Alberti
Héctor Alegría
Julio Cesar Rivera
Daniel Roque Vítolo

Comité Ejecutivo

Marcelo G. Barreiro
Efraín Hugo Richard
Daniel Roque Vítolo

UNIVERSIDAD NACIONAL DEL SUR
Departamento de Derecho - Bahía Blanca, 2021

AUTORIDADES

UNIVERSIDAD NACIONAL DEL SUR
Departamento de Derecho - Bahía Blanca, 2021

Comité Académico

Ariel A. Dasso
(Presidente)

Francisco Junyent Bas
(Vicepresidente)

Javier A. Lorente
(Vicepresidente)

E. Daniel Truffat
(Vicepresidente)

Ana Alonso, Daniel F. Alonso, Juan A. Anich, Carlos Antoni Piosek, Martín Arecha, Mario A. Arruiz, Edgar J. Baracat, Marcelo G. Barreiro, Gabriel De Las Morenas, Patricia Inés D'Albano Torres, Dolly Bauza, Gabriela F. Boquin, Mauricio Boretto, Luisa I. Borgarello; Claudio A. Casadío Martínez, Eduardo N. Chiavassa, Héctor O. Chomer, Ariel G. Dasso, María Cristina De Césaris, Giovana Cristofaro, Nicolás J. Di Della, José A. Di Tullio, Diego A. Duprat, José Escandell, Gustavo Esparza, Eduardo M. Favier-Dubois, Fernando Games, Horacio Garaguso, Silvana García, Marcelo Gebhardt, Germán E. Gerbaudo, Ernesto I. J. Granados, Darío J. Graziabile, Jorge D. Grispo, Pablo D. Heredia, Mario D. Holand, Aida R. Kemelmajer de Carlucci, Arnoldo Kleidermacher, Ariel A. G. Macagno, Verónica F. Martínez, Héctor J. Miguens, Carlos Molina Sandoval, María Cristina Osso, Ricardo S. Prono, Claudia Raisberg, Miguel A. Raspall, Roberto Reggiardo, Carlos E. Ribera, Guillermo E. Ribichini , Efraín Hugo Richard, Horacio Roitman, Adolfo A. N. Rouillon, Miguel E. Rubín, Sergio Ruiz, Gustavo Salvatori Reviriego, Jorge Sícoli, Lucia Spagnolo, Martín A. Stolkiner, Gloria Torresi, Darío Tropeano, Lidia Vaiser, Juan Carlos Veiga, Julia Villanueva, Marcelo Villoldo.

(Vocales)

H. Osvaldo Chomer – Marina Meijide Castro (Buenos Aires), Adalberto Busetto (La Plata), Carlos A. Ribera (San Isidro) Nora Modolo (La Matanza) Marisol Martínez (Morón) Guillermo Garaguso (Mar del Plata) Indiana Micelli – Silvana García (Rosario) Paula Catelan (Santa Fe) Roberto S. Reggiardo – Flavia Pasqualini (Entre Ríos) María Fernanda Cocco – Carlota Palazo (Córdoba) Gabriel de las Morenas – Gladys Marsala (Mendoza) Nicolás Di Lella (Tucumán) Augusto H. L. Arduino (Corrientes) Patricia Fernández Andreani – Darío Tropeano (Neuquén) Adriana Carriquiriborde (Río Negro) Claudio A. Casadío Martínez (La Pampa) J. Marcelo Villoldo – Florencia Corrado (Sindicatura)

(Coordinadores Regionales)

UNIVERSIDAD NACIONAL DEL SUR
Departamento de Derecho - Bahía Blanca, 2021

AUTORIDADES

UNIVERSIDAD NACIONAL DEL SUR
Departamento de Derecho - Bahía Blanca, 2021

Comisión Organizadora

Sebastián Almada
(Director)

Emiliano García Bambill
(Secretario)

Guillermo A. Marcos
(Secretario)

Ignacio Cenoz
(Prosecretario)

Gerardo Monzón
(Prosecretario)

DISERTANTES

Internacionales

ANA BELÉN CAMPUZANO - España
DIANA RIVERA - Colombia
DANIELE VATTERMOLI - Italia
GONZALO RUZ - Chile

Nacionales

HECTOR ALEGRIA
MARCELO BARREIRO
GABRIELA BOQUIN
FLORENCIA CORRADO
EDUARDO N. CHIAVASSA
H. OSVALDO CHOMER
ARIEL Á. DASSO
MARIA CRISTINA DE CESARIS
GABRIEL DE LAS MORENAS
NICOLAS DI LELLA
DIEGO DUPRAT
EDUARDO FAVIER DUBOIS
SILVANA GARCÍA
MARCELO GEBHARDT
DARÍO J. GRAZIABILE
FRANCISCO JUNYENT BAS
JAVIER LORENTE
VERÓNICA F. MARTÍNEZ
MARÍA CRISTINA OSSO
MIGUEL A. RASPALL
EFRAIN HUGO RICHARD
JULIO CESAR RIVERA
SERGIO RUIZ
MARTÍN STOLKINER
E. DANIEL TRUFFAT
J. MARCELO VILLOLDO
DANIEL ROQUE VÍTOLO

GrupoProfessional

EXCELENCIA EN CAPACITACIÓN

Perfeccionamiento Continuo en la Práctica del Derecho

/gpcursos

/grupoprofessional

UNIVERSIDAD NACIONAL DEL SUR
Departamento de Derecho - Bahía Blanca, 2021

ÍNDICE

TOMO I

INSTITUCIONES Y PRINCIPIOS CONCURSALES

Presentación 14

a) Intereses protegidos en la insolvencia

PALAZZO, Carlota – RICHARD, Efraín Hugo ¿Y SI AMPLIAMOS CONCEPTUALMENTE LOS CONTORNOS DE LA PRECONCURSALIDAD? 17

MARCOS, Fernando J. INTERESES EN TENSIÓN FRENTE A LA INEJECUTABILIDAD DE LOS BIENES AFECTADOS DIRECTAMENTE A LA PRESTACIÓN DE UN SERVICIO PÚBLICO EN LOS PROCESOS CONCURSALES 24

BOQUIN, Gabriela F. EL CRÉDITO DEL ESTADO SUBORDINADO LEGALMENTE AL COBRO DE LOS ACREEDORES LABORALES 32

TON, Rodrigo D. – TON, Walter R. J. ÚLTIMAS ALTERNATIVAS DE FINANCIAMIENTO PARA EVITAR EL PROCESO CONCURSAL 37

MARENGO, M. Victoria, EL SUJETO DEUDOR EN LA "ZONA DE INSOLVENCIA": CÓMO ABORDAR LA MEJOR REFORMA REGULATORIA Y QUÉ CAMBIOS INTRODUCIR DESDE UN ENFOQUE PRAGMÁTICO .. 44

ALONSO Ana C.- CULLARI, Carlos PROPUESTA DE SANEAMIENTO ACTIVO PARA LA NORMATIVA CONCURSAL 53

SOMOZA LÓPEZ, Gustavo A. LA REGULACIÓN DEL DERECHO CONCURSAL PARA CONTRIBUIR AL DESARROLLO EMPRESARIAL 60

MENÉNDEZ, Juan A. LA CONSERVACIÓN DE LA EMPRESA: DISCORDANCIA ENTRE LO DICHO Y LO HECHO ANTES Y DURANTE LA EMERGENCIA SANITARIA 67

NAGEL, Emanuel ¿HACIA UN DERECHO CONCURSAL DE CARÁCTER METAPATRIMONIAL? 75

b) Reelaboración de los principios y presupuestos sustanciales

CAMMARATA, Martín ¿PODRÍA EXISTIR EQUIDAD CONCURSAL SIN PERSPECTIVA DE GÉNERO? 84

PEREYRA, Alicia S. EL COSTO DE LOS DERECHOS. QUE DERECHOS PROTEGER FRENTE A LA QUIEBRA 92

UNIVERSIDAD NACIONAL DEL SUR
Departamento de Derecho - Bahía Blanca, 2021

BARREIRO, Marcelo A.-LORENTE, Javier A. ES DABLE SOSTENER LA NECESIDAD DE UN PRESUPUESTO OBJETIVO PREVIO PARA APLICAR EL DERECHO DE CRISIS 100

D'ALBANO TORRES, Patricia I. EL PRESUPUESTO OBJETIVO Y LAS EMPRESAS. REQUISITO FORMAL PARA SU EVALUACIÓN 108

ALMADA, Sebastián E. PRESUPUESTO OBJETIVO VS. EFICACIA TEMPORAL DEL CONCURSO PREVENTIVO 114

LORENTE Javier A. LOS FIDEICOMISOS DE PATRIMONIOS DINÁMICOS SÍ SON SUSCEPTIBLES DE CONCURSO PREVENTIVO Y DE ACUERDO PREVENTIVO EXTRAJUDICIAL 118

LORENTE, Javier A. LOS FIDEICOMISOS SÍ QUIEBRAN 125

JUNYENT BAS, Francisco LA CONCURSABILIDAD DEL FIDEICOMISO .. 132

BROGLIO MICHELLI, Marcos G. FIDEICOMISO: CONCURSO PREVENTIVO Y APE 140

PRONO, Mariano R.- ZUVELA SIELLEZ, Magdalena SUCESIÓN CONCURSADA Y HEREDEROS ILIMITADAMENTE RESPONSABLES 147

CUTILLO, Tomás M. LA QUIEBRA DEL CONSORCIO DE PROPIETARIOS EN SU CARÁCTER PERSONA JURÍDICA "NECESARIA" ¿UNA SOLUCIÓN INCOMPATIBLE O UN MAL MENOR? 151

c) Relación del Derecho Concursal con otras ramas del derecho

ALONSO Ana C.- FERNÁNDEZ DE ANDREANI, Patricia DECONSTRUCCIÓN DEL ESTÁNDAR DE IDONEIDAD DE QUIENES INTEGRAN EL ÓRGANO DE ADMINISTRACIÓN DE SOCIEDADES EN CRISIS (NO SOLO LOS HOMBRES PUEDEN SER BUENOS) 158

ORQUERA, Juan Pablo, INFRACAPITALIZACIÓN EN PANDEMIA: RESPONSABILIDAD DE ADMINISTRADORES Y SOCIOS 164

GARCÍA, Silvana M. ACREEDORES INVOLUNTARIOS, QUIEBRA Y RESPONSABILIDAD LIMITADA DE SOCIOS. PONIENDO EN CRISIS UN DOGMA 169

NAGEL, Emanuel LA FUNCIÓN PREVENTIVA DEL DAÑO Y LA INSOLVENCIA. DESAFÍOS DE ADMINISTRACIÓN EMPRESARIA. ASPECTOS SOCIETARIOS Y CONCURSALES 175

RICHARD, Efraín H. - PEREYRA, Alicia S. EL CONCURSO DE LA SOCIEDAD EN LIQUIDACIÓN 183

RICHARD Efraín Hugo - VEIGA Juan Carlos COMPATIBILIDAD DE LA LEGISLACIÓN SOCIETARIA Y CONCURSAL EN EL CONCURSAMIENTO DE SOCIEDADES 187

MOIA, Ángel L. – PRONO, Patricio M. LOS APORTES IRREVOCABLES DE CAPITAL FRENTE AL CONCURSO Y LA QUIEBRA 192

CENOZ, Ignacio V. EL CRÉDITO POR RECESO FRENTE AL PROCESO CONCURSAL DE LA SOCIEDAD 197

PEREYRA, Alicia S. SOCIEDADES DE BENEFICIO E INTERÉS COLECTIVO - SOCIEDADES BIC o DE TRIPLE IMPACTO. EL COMPROMISO DE NUESTRO PAÍS AL PACTO MUNDIAL DE NACIONES UNIDAS – PRIMERA PARTE 204

PEREYRA, Alicia S. SOCIEDADES DE BENEFICIO E INTERÉS COLECTIVO - SOCIEDADES BIC o DE TRIPLE IMPACTO. EL COMPROMISO DE NUESTRO PAÍS AL PACTO MUNDIAL DE NACIONES UNIDAS – SEGUNDA PARTE 212

TOMICH, Analía L. INTERVENCIÓN JUDICIAL DE UNA PERSONA JURÍDICA EN CONCURSO PREVENTIVO. CUESTIONAMIENTOS RESPECTO A LA COMPETENCIA Y LA NORMATIVA APLICABLE AL CASO 219

SPAGNOLO, Lucía PROTECCIÓN DE LAS MUJERES Y JUZGAMIENTO CON "PERSPECTIVA DE GÉNERO" EN LOS PROCESOS CONCURSALES 225

ROCCA, Luján L., LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS ALIMENTARIOS DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES FRENTE A LA INSOLVENCIA DEL PROGENITOR ALIMENTANTE 232

NUNGESER, Aldana G. ESPECIAL PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DEL NIÑO EN RELACIÓN CON EL ARTÍCULO 81 DE LEY DE CONCURSOS Y QUIEBRAS NACIONAL. UNA PERSPECTIVA DESDE LOS DERECHOS HUMANOS (Ganadora concurso ponencias estudiantes universitarios) 237

GERMANO, Violeta UNA MIRADA DEL RÉGIMEN DE PRIVILEGIOS CONCURSALES DESDE UNA PERSPECTIVA DE GÉNERO 243

MARTÍNEZ, Verónica F. – MATUS, M. Cristina LOS ACREEDORES INVOLUNTARIOS, VULNERABLES Y LA TUTELA IGUALITARIA 250

RICHARD, Efraín H. – FUSHIMI, Jorge F. ACREEDORES HIPERVULNERABLES DE UNA SOCIEDAD CONCURSADA O EN QUIEBRA: ¿PROBLEMA DE LOS ACREEDORES O DE LOS SOCIOS? 257

BOQUIN, Gabriela – BERGOGLIO, Virna LA VULNERABILIDAD DE LOS INTEGRANTES DE LAS COOPERATIVAS 264

SOMOZA LÓPEZ, Gustavo A. ES EL MOMENTO DE PROTEGER AL CONSUMIDOR EN MATERIA CONCURSAL 271

PÉREZ, Fabiana P. LA NATURALEZA DEL SOBRE ENDEUDAMIENTO DE LA PERSONA HUMANA EN SU CONDICIÓN DE CONSUMIDOR Y SU SOLUCIÓN JURÍDICA 276

VANNEY, Carlos E. EL CONSUMIDOR MERECE UN RÉGIMEN NACIONAL .. 284

COLL, Osvaldo W. FACULTADES PROVINCIALES PARA LEGISLAR SOBRE INSOLVENCIA DEL CONSUMIDOR 291

D'UBALDO, Brenda A. EL PROCESO DE PROTECCIÓN DE LOS INTERESES ECONÓMICOS DEL CONSUMIDOR SOBREENDEUDADO. ANÁLISIS DEL PROYECTO DE CÓDIGO DE PROTECCIÓN DE LAS Y LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS DE LA NACIÓN 295

EGUIAZU, Alfredo A. EL ACREEDOR CONSUMIDOR. PRIMERA PARTE. PRINCIPIO IN DUBIO PRO CONSUMIDOR 300

EGUIAZU, Alfredo A. EL ACREEDOR CONSUMIDOR. SEGUNDA PARTE. PRINCIPIO DE GRATUIDAD 305

EGUIAZU, Alfredo A. EL ACREEDOR CONSUMIDOR. TERCERA PARTE. ¿LOS CONSUMIDORES DEBEN CONSTITUIR UNA CLASIFICACIÓN DE ACREEDORES? 310

EGUIAZU, Alfredo A. EL ACREEDOR CONSUMIDOR. CUARTA PARTE. VERIFICACIÓN DEL DAÑO PUNITIVO 318

GALVÁN, Fiamma B – MÓNACO D'ALBO, Matías EL SOBREENDEUDAMIENTO DE LOS CONSUMIDORES HIPERVULNERABLES DE SERVICIOS FINANCIEROS Y SU RELACIÓN CON LA LEY DE CONCURSOS Y QUIEBRAS (Ganadores concurso ponencias estudiantes universitarios) 323

DOMÍNGUEZ, Micaela E. EL SISTEMA DE DÉBITO AUTOMÁTICO, LA VULNERACIÓN DE DERECHOS, Y SU VINCULACIÓN CON LA INSOLVENCIA DEL CONSUMIDOR 329

PEREYRA, Alicia S. LA PETICIÓN DE PROPIA QUIEBRA COMO MECANISMO PARA OBTENER LA LIMPIEZA DE SUELDO 334

MICELLI, M. Indiana LA PREVENCIÓN DEL DAÑO ANTE EL CONSUMIDOR SOBREENDEUDADO. ART. 1710 CCVC 337

SOMOZA LÓPEZ, Gustavo A. EL DERECHO CONCURSAL Y EL DERECHO PÚBLICO COMO HERRAMIENTAS PARA EVITAR UNA MEGA CRISIS SOCIAL Y ECONÓMICA 341

OSUNA, Aníbal D. LA EVASIÓN TRIBUTARIA Y EL LAVADO DE ACTIVOS EN LOS PEDIDOS DE VERIFICACIÓN DE CRÉDITOS 348

UNIVERSIDAD NACIONAL DEL SUR
Departamento de Derecho - Bahía Blanca, 2021

TOBAL, Enrique V. RESPONSABILIDAD DE LA SINDICATURA CONCURSAL EN LA QUIEBRA, EN EL ÁMBITO DE LA LEY 11.683 355

PEREYRA, Alicia S. ¿EL PRINCIPIO DE CAPACIDAD CONTRIBUTIVA FRENTE A LOS CONCURSOS? 363

ESPARZA, Gustavo SOBRE LOS PRIVILEGIOS EN EL DERECHO DE LA NAVEGACIÓN (LEY 20.094), Y EL REQUISITO DEL EMBARGO DEL BUQUE PARA LOS CRÉDITOS CON PRIVILEGIOS ESPECIALES SOBRE EL BUQUE (ART. 476, Y 484 INC. A LEY 20.094) 369

FUSHIMI, Jorge F. ALGUNOS CONFLICTOS ENTRE EL DERECHO PENAL Y EL DERECHO CONCURSAL. PARTE I 375

FUSHIMI, Jorge F. – EIMER Gastón G. ALGUNOS CONFLICTOS ENTRE EL DERECHO PENAL Y EL DERECHO CONCURSAL. PARTE II 381

PRONO, Mariano R.- ZUVELA SIELLEZ, Magdalena PRONTO PAGO LABORAL. TOPE DEL DERECHO AL COBRO 387

COLL, Osvaldo W. EL USO DE LA CRIPTOMONEDA PARA EL PRONTO PAGO LABORAL 390

FOSSATI, M. Daniela VERIFICACIÓN DE CRÉDITO LABORAL CONTROVERTIDO 394

GARCÍA, Silvana M. VIABILIDAD DE FÓRMULAS CONSENSUADAS DE CUMPLIMIENTO DE CRÉDITOS PRONTOPAGABLES 400

d) Actualización de las reglas de competencia y del concurso extranacional

GAMBONE, Vittoria M.S., LORENTE, Javier A. LA GLOBALIZACIÓN DE LA INSOLVENCIA Y LA NECESIDAD DE UNA REFORMA DE LA LEY CONCURSAL 404

GERBAUDO, Germán E. CRISIS GLOBAL POR PANDEMIA COVID-19 E INSOLVENCIA TRANSFRONTERIZA. LA NECESIDAD DE UN RÉGIMEN ADECUADO Y EFICAZ PARA LOS CONCURSOS CON ELEMENTOS EXTRANJEROS 413

DANGELO, Melody G. – FERREIRO, Matías – DIAZ, Damián J. EL FRACASO DEL EXTRATERRITORIALISMO A LA LUZ DE LA LEY MODELO DE UNCITRAL (Ganador concurso de ponencias estudiantes universitarios) 420

RAISBERG, Claudia E. EFECTOS DEL CONCURSO TRANSFRONTERIZO DEL DEMANDADO EN UN PROCESO JUDICIAL EN EL PAÍS 427

PRESENTACIÓN

Desde que nos propusimos con el Departamento de Derecho de la Universidad Nacional del Sur organizar el XI Congreso Argentino de Derecho Concursal y este IX Congreso Iberoamericano de la Insolvencia, pusimos todo para que fuera un paradigma de las nuevas tendencias académicas de eventos digitales.

Como todo, desde el pandémico 2020, se ha convertido vertiginosamente a lo informático, y por eso presentamos una moderna página web y una plataforma digital para llevar a cabo no solo las conferencias, sino también el trabajo en comisión, pero lo más importante es haber llegado a producir este *e-book* de ponencias.

Para una ciudad como Bahía Blanca y para la Universidad Nacional del Sur, realizar un acontecimiento de esta envergadura, nacional e iberoamericano, es muy importante y uno de los más destacados de la historia local. Y por supuesto que esto no sería posible sin el esfuerzo del Departamento de Derecho de la Universidad Nacional del Sur, que puso todas sus herramientas y personal a los fines de lograr el mejor resultado. Una perfecta conjunción, la ciudad de Bahía Blanca y su principal casa de altos estudios, con la participación mancomunada de todas las entidades académicas de la ciudad, con quienes formamos la Comisión Organizadora para coordinar la logística cibernética de estos Congresos.

Y todo el esfuerzo ha dado como resultado el contenido de las ponencias que les presentamos a continuación, de las cuales puede advertirse el gran problema que produjo la crisis generada por la pandemia, con la necesidad del dictado de leyes de emergencia y la reclamada e imperiosa reforma que modernice los concursos tanto desde el punto de vista sustancial como desde el formal o procesal.

Buscamos ofrecerles las más interesantes conferencias de los principales profesores internacionales y nacionales, respecto de los cuales intentamos ofrecerles pluralidad y federalismo, y lo hemos logrado con creces, mostrando un nuevo paradigma de participación en estos congresos, con diversidad de opiniones, de distintos ámbitos, diversas jurisdicciones y variado rango etario, como nunca antes se vio.

No tenemos más que palabras de agradecimiento para todos los que aportaron para llevar a cabo este evento, que ha sido del mayor provecho académico para todos, como lo será el presente libro, en el que se advertirá la pluralidad de pensamiento que ha participado de los congresos.

Darío J. GRAZIABILE

Bahía Blanca, 2021

DERECHO Concursal / PERSPECTIVAS ACTUALES

TOMO I: INSTITUCIONES Y PRINCIPIOS CONCURSALES

EBOOK

INTERESES PROTEGIDOS EN LA INSOLVENCIA

UNIVERSIDAD NACIONAL DEL SUR
Departamento de Derecho - Bahía Blanca, 2021

¿Y SI AMPLIAMOS CONCEPTUALMENTE LOS CONTORNOS DE LA PRECONCURSALIDAD?

PALAZZO, Carlota y RICHARD, Efraín Hugo

Ponencia

El concepto *preconcursalidad* debe entenderse inclusivo de la proyección o articulación de normas *ex ante* de modo de generar los incentivos y/o los desincentivos necesarios para que el sistema concursal cumpla *ex post* con el sistema de interacción esperado: que las empresas viables se concursen y las inviables se liquiden lo más rápido y eficientemente posible.

I.- El punto de partida

¿Qué se espera del sistema concursal? No existen dudas de que la ley concursal constituye el mecanismo procesal óptimo para evitar las ineficiencias que generaría una "*race to collect*" de acreedores múltiples de un deudor insolvente si solo dispusieran de acciones individuales[1] —es lo que hemos llamado un "escudo protector", que permite recuperar la funcionalidad de la actividad, sin atender a los juicios, solo limitada la realización de ciertos actos a la conformidad del juez—.

Evidentemente, aquel es uno de los objetivos del sistema, pero no es el único. El principio de conservación de la empresa, de hecho, juega también un rol fundamental.

Ahora bien, ¿la conservación de qué actividad empresarial? Referiremos centralmente a la que desarrolla una sociedad, aunque no es excluyente la que realiza una persona humana.

UNCITRAL[2] es tajante y dispone que la viabilidad de la empresa debería determinar el procedimiento que va a seguirse, de modo que las

1 Véase el trabajo de Thomas H. Jackson de abril de 1982, *Bankruptcy, Non-Bankruptcy Entitlements and the Creditor´s Bargain*, The Yale Law Journal Vol. 91, N° 5. Para un ejemplo acabado de la formulación del dilema del prisionero que justifica la imposición de una solución cooperativa normativa, véase también John Armour, marzo de 2001, *The law and economics of corporate insolvency: A review*, University of Cambridge, ESRC Centre for Business Research, Working Paper N° 197.

2 En la primera parte de su *Guía legislativa sobre el régimen de la insolvencia*, 2004, que puede consultarse en http://www.uncitral.org.

empresas viables se concursen y las inviables se liquiden lo más rápido y eficientemente posible a través de la quiebra —recordemos a Cámara: "El principio de conservación de la empresa no constituye una patente de corso para la gestión empresarial"—.

Identificada la expectativa de interacción del sistema concursal, la pregunta que se sigue inevitablemente sería: ¿está el sistema concursal a la altura de lo expectable?

La respuesta pareciera ser que no, no solo en nuestro país, sino a nivel mundial. El sistema tiende a fracasar y la interacción aspirada difícilmente se concreta en los hechos desde que muchas empresas inviables transitan longevos concursos preventivos para terminar luego liquidándose y las liquidaciones no son ni rápidas ni eficientes.

A revertir un fracaso que a todas luces tiene origen en múltiples causas se dirigen distintas propuestas dentro de las cuales convergerán otras que a continuación postulamos, enmarcadas en un nuevo concepto de "preconcursalidad", bajo un lema común: **"No es solo un problema de normas, sino de la inteligencia que se otorgue a las mismas"**.

II.- Las propuestas

1. La preconcursalidad en su sentido tradicional

El estudio de la preconcursalidad por la doctrina suele agotarse en los recursos extrajudiciales que permiten atender las crisis económicas de una deudora y acordar con alguno o algunos de sus acreedores diversas soluciones —sin ninguna o escasa participación judicial— que eviten los costes y descrédito de un proceso concursal tradicional. Se ha englobado en esta especie a múltiples procedimientos, algunos con escudos protectores transitorios, que ofrece el derecho comparado, incluso atrayendo a su jurisdicción.

2. La preconcursalidad en la pandemia

Ante la imposibilidad por actos ajenos de poder pagar las deudas anteriores, frente a la fuerza mayor, el caso fortuito, hemos visto recurrir a la renegociación de buena fe (art. 1.011 CCC) a la capitalización de deudas en caso de entreverse viabilidad o a la desaparición lisa y llana de la actividad y de la deudora, a veces satisfaciendo los pasivos y otras veces cerrando de facto.

3. La preconcursalidad societaria

Si de conservar las empresas viables se trata y si las mismas están organizadas como sociedad, esa conservación se encuentra a cargo de sus administradores orgánicos que, ante una crisis económico-financiera, tienen diversos medios para afrontarla tempranamente.

Transfiriendo decididamente el sistema de preconcursalidad a la legislación societaria, se ha sostenido: "*Parece razonable pensar que la quiebra de una sociedad anónima —o limitada o comanditaria por acciones— debería convertirse en una institución residual, ya que el sistema preconcursal previsto legalmente debería ser suficiente para impedir que la sociedad llegase a ser insolvente*"[3].

Antes que el concurso, existen otros mecanismos, propios de la ley y estructura societaria, que pueden ser aptos para el reordenamiento de la empresa —como posible objeto de la sociedad— y de sus relaciones previstos por normas. Tan ilícito es generar daño por agravar la crisis como no tomar los recaudos que brinda la ley societaria para evitarla o, al menos, controlarla y administrarla, reglados por la ley específica, conforme las previsiones de los artículos 2 y 150 CCC.

El estado de insolvencia de una sociedad puede verse desde dos puntos de vista: uno formal, en la pérdida total o parcial del capital social; y otro funcional, en la imposibilidad sobreviniente de cumplimiento del objeto social. Las mismas se abordan como causales de disolución desde lo jurídico (sin un paralelismo absoluto con lo económico).

La legislación societaria —que no ha sufrido las modificaciones generadas en la concursal— contiene previsiones imperativas para asumir la crisis tempestivamente y a bajo coste, sin generar daños.

Ello impone planificar a un administrador diligente, pero particularmente con un pulso anual, cual es la confección de la documentación contable como forma específica en que los administradores tienen que rendir cuentas a los socios de la marcha social, de los resultados del negocio, sus posibilidades y dificultades, particularmente en el período que se avecina.

3 Beltrán Sánchez, Emilio "La responsabilidad por las deudas sociales de administradores de sociedades anónimas y limitadas incursas en causa de disolución", en Bolas Alfonso, Juan (Dir.), *La responsabilidad de los administradores de sociedades de capital*, Consejo General del Poder Judicial, Consejo General del Notariado, Madrid, 2000, p. 133, especialmente a p. 154, parágrafo "5. Responsabilidad de los administradores por las deudas sociales e insolvencia de la sociedad".

Adviértanse los recursos societarios para prevenir o conjurar crisis —anticipatoriamente— a través de medidas tales como reintegro del capital o capitalización —por socios, terceros o acreedores (arts. 96 y 197.2 LGS)—, con acreedores institucionales inclusive, que evitan la eventual liquidación, reestructuraciones y su contracara, el régimen de responsabilidad de los administradores, e incluso de socios por las pérdidas, conforme reza el artículo 1 de la Ley General de Sociedades (LGS).

He aquí entonces una primera apertura conceptual de la noción "preconcursalidad" identificada con el microsistema imperativo societario preconcursal.

Claro que la conservación de la actividad empresarial no implica necesariamente la conservación de la sociedad concursada ni de sus socios o de la posición de estos (art. 197.2 LGS), aunque el artículo 48 LCQ permite la continuación de la actividad de la propia sociedad, si bien con otros socios.

4. La ampliación de los contornos de la preconcursalidad

Se toma la antorcha de ese lúcido ejercicio normativo precedente —que uno de nosotros propugna de hace muchos años— y se dobla la apuesta: ¿por qué circunscribir la preconcursalidad solo a la dimensión societaria?

¿Por qué no ampliar sus contornos a herramientas plasmadas en otras normas del sistema normativo (CCC) y de los microsistemas (incluso de la misma LCQ)?

Se avanza entonces con la otra propuesta: pensar y trabajar la preconcursalidad en un sentido más amplio aún, vinculado a la proyección de normas *ex ante* —o propuestas de articulación de las ya existentes en los distintos sistemas normativos—, de modo de generar los incentivos y/o los desincentivos necesarios para que el sistema concursal cumpla *ex post* con el sistema de interacción esperado: que las empresas viables se concursen y las inviables se liquiden lo más rápido y eficientemente posible.

Formalizamos un rápido esbozo del razonamiento que se propone a modo de cambio de enfoque:

a) El aggiornamiento *de la quiebra*

Quizás una de las razones por las cuales las empresas se apiñan en el concurso preventivo es porque la quiebra no es solo un proceso altamente ineficiente, sino todavía altamente estigmatizante. Entonces, nos

preguntamos: ¿no será que tenemos que concentrarnos más en revisar y reformular el proceso quebratorio, en vez de preocuparnos tanto por reformular el concurso preventivo?

El rendimiento del sistema concursal está supeditado a la existencia de un equilibrio y adecuada interrelación entre los dos principales procesos que regula y es altamente probable que el fracaso de las reorganizaciones tenga relación con el fracaso de las quiebras, y que por tanto la mejora en la implementación de las primeras demande también la agilización, desburocratización, desestigmatización y coste de las segundas.

Ergo, la aplicación o proyección de normas que propendan a eficientizar los procesos quebratorios cabría dentro de la "preconcursalidad".

b) El rol clave de los sistemas de responsabilidad

El diseño de los sistemas de responsabilidad también es materia de la preconcursalidad. Y es que en los regímenes de responsabilidad quizás está el ejemplo por excelencia de la proyección *ex ante* de los desincentivos de los comportamientos indeseados.

En esa dirección, la eficiencia de los sistemas de responsabilidad se mide no solo por la sanción y la gravedad de la sanción que se impone, sino por la probabilidad de que ella se efectivice. En Argentina probablemente allí esté uno de los talones de Aquiles: desde que sanciones se regulan, pero por múltiples factores resulta improbable que aquellas se apliquen (*v. gr.*: en las acciones de responsabilidad concursal o el factor de atribución es demasiado exigente, o se generan complicaciones por la exigencia de mecanismos de autorización previa de difícil obtención, solo para dar un ejemplo)[4].

Ciertamente que si lograran estructurarse regímenes de responsabilidad con pautas más eficientes que aseguren su operatividad *ex post* (lo cual quizás requiera virar de un sistema prodeudor a un sistema proacreedor o al menos a un sistema neutro, centrado en la viabilidad de la actividad empresarial) existirían más probabilidades de que las empresas se autosegmenten lo antes posible en el proceso que les corresponde por las consecuencias que podrían derivarse si no lo hicieran.

4 Aunque se olvidan viejos planteos, acercando una tradicional opinión de Mariano Gagliardo: "*La naturaleza de la acción del artículo 173 es típicamente concursal y en modo alguno significa alterar la regulación de la ley de sociedades. Es más, la autonomía de tal acción, no guarda necesaria relación con la responsabilidad prevista por los arts. 59, 274, 276, 279 y 298 de la ley 19.550 de modo que la deducción de una no importa incoar la otra y es posible la deducción acumulada de ambas pretensiones, pues ellas pueden derivar de los mismos hechos cualificados diversamente*". Gagliardo, Mariano "Responsabilidad de los directores de sociedades anónimas" Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2004, p. 1.058.

Por eso enfatizamos que el concurso no altera la funcionalidad de la sociedad, previo a su apertura, durante el trámite, aún homologado el acuerdo y aún en la quiebra, pueden terceros, la propia sociedad y en su caso el síndico promover acciones contra administradores y socios (arts. 99 LGS y 150 y 167 *in fine* LCQ).

c) La importancia de los regímenes informativos

De la mano de la anterior reflexión, por su íntima relación, una última referencia a los regímenes de información. ¿Por qué no apuntalar los regímenes y los deberes informativos?

En definitiva, en los deberes informativos la relación parece ser inversamente proporcional, cuanta más información uno está obligado a brindar, menos margen de acción para comportamientos indeseados tiene, mientras que cuanta menos información se está obligado a dar, más margen de maniobra existe.

¿No será hora de implementar un deber activo en cabeza del concursado de dar información precisa, pertinente, relevante, exacta y veraz atado a la responsabilidad por información inexacta y falsa?

En definitiva, la regulación de este tipo de deberes engarza también como herramienta preconcursal en tanto quizás pueda incidir en los procesos de toma de decisiones tanto para:

a) interesar a terceros, acreedores o inversores a intervenir en el salvataje confidencial de la actividad empresarial;

b) anticipar el momento de concursamiento; o

c) incluso en la selección del proceso que mejor se ajusta a su realidad, ante la perspectiva de tener que proporcionar obligatoriamente información que puede comprometer la responsabilidad de socios, administradores y *management*[5].

O no sería válido, nos preguntamos, por ejemplo, procurar por articulación con las normas de derecho societario que prevén deberes informativos[6], como el caso de la memoria (art. 66 LGS), desterrar costumbres de "*copy and paste*" que se arrastran de ejercicio a ejercicio vacías de contenido

5 Mientras que cuando se estaba *in bonis* solo se proveía a requerimiento de parte que la solicitara para evaluar el riesgo negocial.

6 El art. 320 CCC parece atender todo tipo de deudor, a lo que se suma en el caso de deudor sociedad las previsiones de la LGS, y la responsabilidad que refiere el art. 167 CCC es también por acción u omisión.

sustancial, pero que dan un viso de "normalidad de los negocios" a partir de la atribución de responsabilidad cuando de la práctica se deriva un daño.

Claro está que quizás el problema allí es más complejo, porque la práctica empresarial demuestra que no solo las memorias son "ficticias", sino que también suelen serlo, en parte, los estados contables de las empresas como consecuencia de una presión tributaria que sistemáticamente los informes de competitividad del Foro Económico Mundial señalan como uno de los obstáculos principales de inversiones en nuestro país. Y ese problema, lamentablemente, nos excede a quienes desde el derecho intentamos aportar soluciones.

Cuando escribimos estas líneas, no podemos dejar de referirnos al caso Vicentin S.A., en el que administradores y socios trataron de ocultar o diferir información, y el juez actuó con energía para lograr información por medios creativos y poner énfasis en el salvataje de la empresa y no necesariamente de la concursada.

III.- El final (¿o por qué no el comienzo?)

Si asimiláramos este "nuevo concepto de preconcursalidad", abriríamos el juego a una serie de interacciones e interrelaciones que quizás hoy soslayamos.

Se trata de ejercitar la imaginación[7]. No siempre hace falta cambiar las leyes, sino ajustar nuestras ideas… de analizar las consecuencias que cada instituto o norma tiene en el resto del sistema. Trabajar en términos relativos y no absolutos.

Quizás sea un camino que valga la pena recorrer para lograr que el sistema concursal funcione como se espera y alcancemos los objetivos tan añorados, particularmente en el panorama de un país que necesita de inversiones productivas y de mantener e incentivar las existentes sin distraer recursos estatales.

7 Incluso en la profesionalización de analistas de viabilidad y de interesar a terceros en los emprendimientos o hasta con nuevos negocios de financiación.

INTERESES EN TENSIÓN FRENTE A LA INEJECUTABILIDAD DE LOS BIENES AFECTADOS DIRECTAMENTE A LA PRESTACIÓN DE UN SERVICIO PÚBLICO EN LOS PROCESOS CONCURSALES

MARCOS, Fernando J.

1. Una norma poco debatida pero cuya importancia no es menor es el art. 243 del Código Civil y Comercial. Su proyección se verifica en el ámbito de la ejecución individual de los procesos concursales, principalmente en la quiebra, dado el objetivo liquidatorio y distributivo de esta última.

Para advertir la relevancia de este precepto, se debe tener presente que el citado Código dio un acertado tratamiento —puntual y más ordenado, sistemáticamente hablando— al *patrimonio*, cuya *función de garantía* para los acreedores fue expresamente destacada en los arts. 242 CCivCom. Los alcances de estas normas a regímenes legales especiales, como el concursal o el societario, derivan de su contenido y de la ubicación que el legislador les dio en el texto del Código, es decir, en el Título III —"De los bienes"— del Libro I —"Parte General—, donde comparte la escena con otros temas generales y trascendentes para el sistema legal, como "la persona humana", "la persona jurídica", "los hechos y actos jurídicos" y "la transmisión de los derechos"[8], proyectando sus efectos desde este lugar hacia todo el ordenamiento jurídico.

Pues bien, ingresando en el análisis directo de los preceptos que interesan en esta ponencia, comenzaré por referirme al ya mencionado art. 242 del Código. Este dispone que "todos los bienes del deudor están afectados al cumplimiento de sus obligaciones y constituyen la garantía común de sus acreedores, con excepción de aquellos que este Código o las leyes especiales declaran **inembargables** o **inejecutables**. Los patrimonios especiales por la ley solo tienen por garantía los bienes que los integran" (el subrayado es nuestro). Mantiene, más allá de algunos retoques en su redacción, el texto que presentaba el art. 231 del proyecto redactado por la Comisión designada por el Decreto 685/95[9]. De

8 En la parte pertinente de los fundamentos del Anteproyecto del actual Código Civil y Comercial, la Comisión redactora creada por decreto presidencial 191/2012 dijo: "El título de los bienes se incluye en la parte general en el que se legisla sobre los elementos de los derechos: sujeto, objeto y causa. […] De allí que el primer capítulo se dedica a los bienes con relación a las personas y los derechos de incidencia colectiva, aspecto que constituye una ampliación novedosa".

9 Este Proyecto fue elevado al Congreso de La Nación para su tratamiento el 8 de julio de

esta forma, dicho principio fundamental del derecho patrimonial recibió expreso reconocimiento legislativo[10], así como también la existencia de los patrimonios especiales, como es el caso del fideicomiso. Esta norma, complementada por el art. 730 del mismo Código (antes art. 505 del Cód. Civil), permite activar el poder agresión de los acreedores sobre los bienes del deudor —ejecución forzada—, al margen de las limitaciones existentes (p.e.: arts. 244, 456 y 744 CCivCom. y art. 108, ley 24.522). Y lo hace en el plano de la *ejecución individual*, en base a la facultad de accionar que le otorga a los acreedores en el citado art. 730, ámbito donde tiene plena vigencia la *prioridad del primer embargante —prior in tempore, potior in iure—* y, ante la insolvencia —cesación de pagos— de la mano del proceso de quiebra, donde se desplazan las reglas del Código Civil y Comercial antes indicadas[11] a fin de dar lugar a la aplicación de las previstas por la ley 24.522 para el deudor *in malis*, donde cobra plena aplicación el *principio de universalidad* en su faz activa y pasiva, alcanzando a todo el patrimonio del deudor —salvo excepciones— y a todos los acreedores por causa o título anterior a la declaración de quiebra[12]. Pero es, precisamente, dentro del proceso colectivo que representa el concurso preventivo y la quiebra, donde aquella garantía patrimonial genérica alcanza su mayor expresión.

2. Una vez establecido el principio del patrimonio como garantía —o prenda común— de los acreedores, el Código trata el particular tema que motiva este trabajo, es decir: el caso de los "bienes afectados directamente a un servicio público". Puntualmente, el art. 243 CCivCom[13] dispone: "[s]

1.999.

La Comisión redactora estuvo integrada por los Dres. Héctor Alegría, Atilio Aníbal Alterini, Jorge Horacio Alterini, María Josefa Méndez Costa, Julio César Rivera y Horacio Roitman.

10 Alterini, Atilio A, Ameal, Oscar. J. y López Cabana, Roberto M., *Derecho de Obligaciones, Civiles y Comerciales*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1996, p. 307, 308 y ss. Conforme señalan los autores, "nuestro Código Civil no lo enuncia expresamente, a diferencia de otros (francés, art. 2092; español, art. 1911; italiano de 1942, art. 2740: chileno, art. 2465; colombiano, art. 2488; salvadoreño, art. 2212). Sin embargo, se lo ha incluido en diversas disposiciones, y cita: el art. 555 inc. 3°, 546, las acciones reparadoras de los arts. 955, 961 y 1196, art. 2312, entre otras".

11 Richard, Efraín H., *Axiología del Derecho Concursal*, p.2 (web: www.acader.unc.edu.ar, 21/05/2012).

12 SCBA, AC 56017, S 31-3-1998, "Crubellati, Enrique s/ Incidente de inexistencia de acto jurídico procesal" en autos "Bortolot, Ana c/ Crubellati, Enrique. Ejecución" (fuente JUBA): "*La propia naturaleza jurídica del proceso concursal determina que el pedido de falencia no esté dirigido en sí al cobro del crédito individual* sino hacia la sustanciación de un juicio de carácter universal, para liquidar el patrimonio del deudor, y pagar a losa creedores. Aquí se encuentra comprometido el orden público" [….] "El juicio concursal es un proceso universal en sentido "objetivo", en cuanto abarca a todos los bienes del deudor —salvo las excepciones determinadas por la ley—, y en sentido "subjetivo", porque tiende a incluir a todos los acreedores (arts. 1, 21, 125 y 126 L.C.Q.)"

13 Idéntico en su texto al que contenía el art 232 del Proyecto elaborado por la ya citada

i se trata de los bienes de los particulares afectados directamente a la prestación de un servicio público, el poder de agresión de los acreedores no puede perjudicar la prestación del servicio".

Si bien en una primera y rápida lectura el contenido de la norma parece totalmente razonable, porque deja en un segundo plano el *interés individual* de las personas —por ejemplo, de los acreedores concurrentes— procurando la protección del lógico *interés general*, el cual, en mayor o menor medida según sea el caso, siempre acompaña a la temática de los denominados *servicios públicos*; creo que en el mencionado precepto se confunden diversos conceptos y se genera una tensión difícil de resolver entre diversos intereses —privado y general, deudor y acreedores—, a partir de una norma imprecisa y potencialmente peligrosa desde la perspectiva de la función de garantía patrimonial referida en el art. 242 CCivCom. Sostengo esto porque su contenido termina proponiendo una especie de "final abierto" que, a mi entender, conspira con la seguridad jurídica de las transacciones, básicamente por la imprevisibilidad e incertidumbre que se genera a los acreedores —léase, por ejemplo, a los proveedores de estas empresas o a sus trabajadores— ante la falta de una definición sobre los efectos que esa manda legal produce y sobre cómo quedan las cosas en relación a los bienes amparados por protección especial frente al deudor que no cumple con sus obligaciones. Ni hablar de cómo puede afectar ello al sistema de crédito, dado que estos bienes difícilmente van a poder ser considerados seriamente como una garantía por el potencial acreedor —p.e., el sistema financiero—, ni siquiera frente al otorgamiento de garantías reales, atento a que si, por ejemplo, con posterioridad a su constitución el bien es afectado a la prestación de un servicio público en forma directa —un edificio, un automotor, una aeronave, un barco, una máquina en particular, etc.—, la restricción genérica que contiene la norma afectaría decididamente la posibilidad real de ejecutarlo frente a la falta de pago, bajo el pretexto de ser necesario, para dicho servicio y de la comunidad a la que está destinado, donde está el *interés general*.

Se suma a ello el avance de diversos criterios tutelares de la persona humana que abrevan en tratados y convenciones internacionales sobre derechos humanos a los que expresamente remiten los arts. 1 y 2 CCivCom. (art. 75, inc. 22 CN) que, en situaciones de emergencia como la que actualmente atraviesa Argentina a causa de la pandemia del COVID-19, pueden dar paso a salidas y resoluciones que, con base en este art. 243, afecten la ejecución de ciertos bienes no descriptos en normas específicas pero que pueden ser excluidos de la liquidación por aplicación del mentado art. 243, lesionando el legítimo derecho de los acreedores percibir sus acreencias casi indefinidamente y, con ello, su derecho de

Comisión creada por el Dec. 685/1995.

propiedad (art. 17, CN). No digo que la norma resulte en sí irrazonable. Lo que considero un error es la falta de definición sobre sus efectos y sobre cómo seguir una vez opuesta al legítimo accionar del acreedor que solo pretende obtener el pago de lo que le es debido.

En rigor de verdad, tal como está, el art. 243 bajo análisis termina *relativizando* el derecho de los acreedores obtener la ejecución forzada, individual o colectiva, de los bienes del deudor. Creo que no se han mensurado las reales consecuencias que esta norma, tal como está, puede ocasionar. Y si a la fecha no ha generado mayores debates, es, en mi opinión, porque ha pasado y sigue pasando desapercibida para la mayoría de los operadores jurídicos.

3. Imaginemos por un momento la situación de una empresa de transporte de pasajeros o de recolección de residuos domiciliarios de una localidad cualquiera. Como estas prestan un claro servicio público que beneficia a la comunidad, su patrimonio, como eventual garantía genérica de sus créditos, es solo *virtual*, algo que, incluso, afecta su calificación financiera para obtener créditos destinados a la prestación de esos servicios.

En resumen, de los textos referidos, es decir, del art. 242 y 243 CCivCom., se desprende la siguiente conclusión: mientras que por un lado se "garantizan" las deudas con el patrimonio del deudor, a renglón seguido se *advierte* que los bienes que lo componen no pueden ser agredidos, o sea, *susceptibles de ejecución forzada* si perjudican la prestación del servicio.

Entonces, me pregunto: ¿qué bienes de una prestadora de servicios públicos no están afectados directamente al servicio que brinda? Porque el Código no da ninguna pista o respuesta, más allá de referirse genéricamente a los "bienes afectados directamente a la prestación" de dicho servicio. Ante ello y, como se puede apreciar, el margen de apreciación y discrecionalidad judicial es mayúsculo, máxime si tenemos en cuenta, además de lo ya expuesto en relación a los criterios tutelares emanados de tratados y convenciones internacionales, lo dispuesto por el Código en su art. 14 sobre los denominados *derechos de incidencia colectiva* en consonancia con la primera parte del art. 240 que da inicio a la sección "*De los bienes con relación a los derechos de incidencia colectiva*". Donde se nos anoticia razonablemente, pero otra vez de forma genérica, que el ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes debe ser compatible con los derechos de incidencia colectiva.

4. Antes de continuar, vale una aclaración: dado que todo lo expresado parece dar a entender mi desacuerdo con priorizar el interés general por

sobre el particular, cuando ello no es así en absoluto. Lo que pretendo resaltar es que el marco normativo propuesto por el Código, en sus arts. 14, 240, 242 y 243, puede provocar diversos problemas —y abusos— cuando se esté ante deudores que revistan la calidad de *prestadores de servicios públicos* y los bienes que integran el patrimonio de estos sujetos, como no podría ser de otra forma, se encuentren afectados directamente —o por lo menos los más valiosos— al cumplimiento o prestación de ese servicio.

En el ejemplo de la empresa de recolección de residuos que se daba antes, si sus bienes se reducen a los camiones de recolección, ¿qué posibilidades van a tener sus acreedores de cobrar frente a la previsión del art. 243 CCivCom? Básicamente ninguna o muy pocas.

Reitero: la norma esboza un principio tutelar que inicialmente se presenta como válido, pero tras cartón, nada dice sobre cómo continuar cuando, por ejemplo, no existen otros bienes de valor para ser liquidados distintos de los afectados directamente a la prestación de un servicio público. Insisto: pensemos en un banco o en cualquier otro acreedor legítimo que pretende ejecutar una prenda sobre camiones que son propiedad de una *firma recolectora de residuos domiciliarios*, servicio público imprescindible y directamente vinculado a un derecho de incidencia colectiva como es el derecho a un *ambiente sano* reconocido por el art. 41 CN. ¿Podrá hacerlo? ¿Se lo impedirán en pos del interés público? Y en tal caso, ¿podrá ejecutar la prenda algún día? o, mejor dicho, ¿podrá cobrar?

Adviértase que la norma del art. 243 bajo estudio es genérica y no prevé ninguna excepción a la regla, o sea, es aplicable frente a cualquier reclamo patrimonial, individual o universal —concursal—. Y tales conflictos, como se puede advertir, pueden presentarse en un concurso preventivo como en una quiebra, aunque, ciertamente, con mayor impacto en la liquidación falencial. En el primer caso, podría oponerse la inejecutabilidad que se deriva del art. 243 CCivCom. a un acreedor titular de un crédito que posea privilegio especial, especialmente si ya se obtuvo la homologación del acuerdo y, con ello, la continuación de la actividad empresarial de la empresa de servicios públicos que, dicho sea de paso, las hay grandes, medianas y pequeñas, a lo largo y ancho del país. O ante una *quiebra con continuación de la explotación,* donde frente a la exigencia de ese mismo acreedor cuyo crédito ostenta un privilegio especial o general, la oposición de la regla que contiene el art. 243 se refuerce invocando la *conservación de la empresa* y, desde la sanción de las leyes 26.086 y 26.684, la *conservación de la fuente de trabajo*, favorecida desde entonces por la eliminación del carácter excepcional que antes posibilitaba continuación de la actividad de la fallida (art. 189 y ss., ley 24.522).

En síntesis, las posibilidades de cobrar, aun contando con un crédito con privilegio especial, se pueden tornar sumamente dificultosas, por lo que no es necesario aclarar el impacto negativo que estas situaciones provocan en los operadores comerciales y jurídicos.

Pero no solo los acreedores comerciales —habitualmente "castigados"— pueden ser víctimas de estas verdaderas encerronas, sino también todos los que integren la masa pasiva, voluntario e involuntarios. Pensemos en un *acreedor laboral* que pretenda subastar, por ejemplo, una unidad —colectivo— de la empresa de transporte de pasajeros —servicio público— concursada donde aquel prestó servicios para poder hacer valer el privilegio especial y general que fue reconocido a su crédito, según el caso, valiéndose para ello de la posibilidad que le otorga el art. 57 de la ley 24.522, y que sorpresivamente se encuentre con la oposición de la deudora que le plantea la *inejecutabilidad* del bien asiento del privilegio con fundamento en el art. 243 CCivCom. Primero, ¿podrían oponérselo? Y si fuera viable tal oposición, nuevamente pregunto ¿cómo sigue ese acreedor? Y otra vez, ¿cuándo cobra? ¿Podrán plantearle que se trata de una discriminación positiva para evitar la quiebra de la empresa y la pérdida de las fuentes de trabajo todavía existente en la misma, con fundamento en el art. 75 inc. 23 CN? Todo es posible.

No olvidemos que este argumento es utilizado actualmente por cierta doctrina para oponerlo al titular de un crédito laboral que no puede cobrar y que no quiere integrar una cooperativa de trabajadores que, a la sazón, adquiere la empresa —sus activos— en la quiebra mediante la compensación de sus créditos (art. 203 bis, ley 24.522).

5. Pero se puede ir aún más allá.

Como lo define correctamente el propio Código, el privilegio es la cualidad que corresponde a un crédito de ser pagado con preferencia (art. 2573, CCivCom). Si el bien asiento del privilegio se transforma en *inejecutable*, ¿el acreedor continúa poseyendo los derechos derivados de ese "privilegio" desactivado indirectamente al impedirse la liquidación forzosa del bien sobre el que recae la preferencia? En tal caso, ¿sobre qué bien va a recaer el privilegio cuando no existe posibilidad de aplicar la subrogación real?

Si la respuesta es negativa, deberá enfrentar este acreedor laboral una futura quiebra y esperar que no declaren la continuación de la explotación de la empresa, donde nuevamente, y con fundamento en el citado art. 243 y el resto de las normas concursales ya mencionadas, puede obstaculizarse, vaya uno a saber por cuánto tiempo, la subasta de los bienes. Lo mismo puede sucederle a los acreedores hipotecarios y pren-

darios, quienes además de tener que superar —si pueden— el escollo que representa el art. 195 de la ley 24.522 (texto conf. ley 26.684), también podrán recibir objeciones con fundamento en el art. 243 CCivCom. Y si fuera así, ¿quedaría el acreedor de hecho sin privilegio y, como consecuencia de ello, perdería la posibilidad de ejercer el derecho concedido por el art. 57 de la ley 24.522 en un concurso preventivo? Creo que no, pero nada impide que sobre la base de las normas en estudio se lo impidan u obstaculicen.

No se puede dejar de tener presente la existencia de tendencias, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, de que, por ejemplo, no satisfechas con lo decidido por la Corte Suprema en el precedente "Pinturas y Revestimientos"[14], que desplaza a los créditos con privilegio general, en particular del Estado, han comenzado a pensar en desplazar también los créditos con privilegio especial no laboral. Lo mismo está sucediendo con los llamados acreedores involuntarios.

Si estas posturas llegan a prevalecer en algún momento —espero que no por el bien de crédito actualmente casi inexistente, en parte, gracias a su real desprotección— nada impediría que sobre la base de "criterios tutelares" similares, se oponga a los acreedores con privilegio especial no laboral la *inejecutabilidad* de los bienes asiento del privilegio si estos se encuentran directamente vinculados a la prestación de un servicio público. Podrían argumentar, por ejemplo, que un banco acreedor que hubiera obrado con la debida diligencia profesional no podría alegar que ignoraba que un colectivo prendado para garantizar el crédito que otorgó no calificaba dentro de los términos del art. 243 CCivCom., por lo que, si aceptó tomar esa garantía, también asumió a sabiendas el riesgo derivado de la norma antes citada.

Creo que tampoco se reparó en que una norma como esta última puede dejar o simplemente deja a las empresas de servicios públicos fuera del sistema financiero formal —y también del informal—, porque dejan de calificar como sujetos de crédito ante la incertidumbre sobre lo que un juez puede llegar a decidir llegado el momento, sobre la ejecutabilidad o no de los bienes que conforman su patrimonio.

6. Por otra parte, el privilegio se mantiene vigente en la medida que subsista el bien o bienes que le sirven de asiento y solo se admite su traslación al producido de aquel en una eventual subasta por efecto de la subrogación legal (art. 245, ley 24.522). Pero si ese bien o bienes no pueden ser agredidos por aplicación del art. 243 CCivCom. y estos pasan

14 CSJN, autos: "Pinturas y Revestimientos Aplicados S.A. s/ Quiebra", 26/03/2014. Fallos 337:315.

a integrar la categoría de *bienes inejecutables* (art. 242, CCivCom.), en los hechos, transforma en quirografario a ese crédito otrora privilegiado. Es por esta razón que he hablado de *impedimento* y no de una limitación, porque en realidad el art. 243 CCivCom. impide todo poder de agresión sobre el o los bienes afectados de forma directa a la prestación de un servicio público —cualquiera, pues no lo califica—, sea este imprescindible o no, lo que amplía el espectro de aplicación de quiebra con continuación de la explotación.

7. En definitiva, creo necesario no descuidar esta la problemática que presenta múltiples derivaciones y fijar límites legales a la aplicación del art. 243 CCivCom. buscando un razonable equilibrio que dé previsibilidad al sistema. Ello para no afectar el legítimo derecho de los acreedores a perseguir el cobro de sus créditos de manera efectiva, algo que naturalmente va a desalentar a los operadores del sistema financiero a otorgar créditos a las firmas que prestan servicios públicos, muchas de ellas verdaderas pymes que operan en las innumerables localidades de nuestro país. De allí que considero prudente la debida atención a estas cuestiones que, sumadas a las últimas reformas que ha "padecido" nuestra ley concursal —especialmente a partir de los cambios de ciertos paradigmas en materia concursal—, requerirán de importantes esfuerzos para poder garantizar valores como la justicia, la equidad y la seguridad jurídica.

EL CRÉDITO DEL ESTADO SUBORDINADO LEGALMENTE AL COBRO DE LOS ACREEDORES LABORALES

BOQUIN, Gabriela F.

Ponencia

El artículo 8 del Convenio 173 subordina el cobro del crédito del Estado Nacional, Provincial o Municipal a la satisfacción previa de los créditos laborales enunciados en el artículo 6 del Convenio 173 y sin importar el tipo de privilegio o preferencia de aquellos.

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— deberá ser incluido en el concepto amplio de "Estado acreedor" y por ende desplazado 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.

Fundamentos

El artículo 8 del Convenio 173 de la Organización Internacional del Trabajo sobre la protección de los créditos laborales en caso de insolvencia del empleador, adoptado por la Conferencia Internacional del Trabajo (LXXIX Reunión, 1992), ratificado por nuestro país mediante ley 24.285, nos obliga a reconocerles a los créditos laborales la protección que les es debida.

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 su artículo 6 establece cuáles 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 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 los artículos 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.

La primacía de la protección de los derechos y créditos laborales contenida en la Constitución Nacional y también de los Tratados Internacionales se encuentra largamente reconocida por la CSJN conforme la doctrina

emanada en los fallos "Pérez" (Fallos: 332:2043), "Fermín" (Fallos: 331: 1664) y "Milone" (Fallos: 327:4607), en los cuales se establece la preeminencia de las normas contenidas en diversos Convenios de la OIT, que se inscriben en la categoría de los Tratados a los que el artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional, confiere rango superior al de las leyes.

En el caso "Pinturas y Revestimientos aplicados SA" (Fallo: 337:315), el Máximo Tribunal —remitiendo a un precedente anterior, "Díaz Paulo Vicente c/ Cervecería y Maltería Quilmes" D485 XLIV, sentencia del 4 de junio de 2013— señaló que la ratificación de un convenio, con arreglo al artículo 19.5.d, de la Constitución de la OIT, genera para los estados la obligación de hacer efectivas sus disposiciones (considerando 6) y que: "Las claras directivas contenidas en la norma respecto del alcance de la protección que debe otorgarse al crédito laboral ante un supuesto de insolvencia del empleador, no son de carácter meramente programáticos sino que pueden ser directamente aplicadas a los casos concretos en el ámbito local sin necesidad de que una medida legislativa, adicional a la ratificación ya acordada al instrumento internacional, les confiera operatividad. Con la ratificación por el Congreso del Convenio 173 de la OIT, mediante la citada ley 24.285, sus normas se incorporaron al sistema jurídico argentino, con un rango superior al de las leyes (art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional) lo que determinó el desplazamiento de las pautas legales vigentes hasta ese momento que se opusiesen o no se ajustasen a ellas" (considerando 8).

La Corte concluyó entonces, de conformidad con el convenio internacional, que el crédito del trabajador debe estar resguardado por un privilegio que lo coloque en un plano superior al de los demás créditos privilegiados, en especial, a los del Estado, y que en virtud de ese convenio existía un desplazamiento de las normas de la ley concursal. Agregó además que la solución a la que se arribaba era, por un lado, la que mejor contribuía a la realización de los fines protectores y de justicia tenidos en mira por la organización internacional al dictar los instrumentos examinados y, por otro, la que brindaba una respuesta apropiada a la singular situación del recurrente —que en esa causa como en este caso— estaba signada por una inusitada postergación del cobro de su crédito por circunstancias que le resultaron ajenas (considerandos 9 y 11).

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 (arts. 244 y 240 LCQ) cuyos titulares sean el Estado Nacional, Provincial o Municipal, corresponde que los créditos laborales privilegiados sean abonados con preferencia a estos.

Considero entonces que debe receptarse 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 consagrados por el artículo 14 bis de la Constitución Nacional receptado en el artículo 9 de la Ley de Contrato de Trabajo, de favorabilidad (aplicación de la ley más benigna) y rechazarse toda interpretación restrictiva de la norma que impida ejercer derechos (Fallos 289:430; 292:447; 293:26; 328:1602). Esto —sumado al principio de progresividad consagrado en la Constitución Nacional (Preámbulo y art. 75) así como en diversas normas y tratados del derecho internacional de los que la Nación es parte y que tienen jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22)— nos lleva a la obligación de realizar una interpretación como la formulada en esta propuesta.

Más aún, cuando en diversos fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Fallos 332:709; 327:3753; 327:4607; 327 4619) 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.

Se debe recordar que de acuerdo a ese 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 (Fallos 327:3677; 327:3753; 332:2043; "AESA Aceros Especiales S.A. S/ Quiebra s/ Incidente de apelación" (REX A 113 XLVI, de fecha 1.08.2013), "Case S.A.C.I.F.I.E s/ Quiebra" (RHE C 1011 XLIV, de fecha 1.08.2013), "Clínica Marini S.A. s/ Quiebra" (RHE C 534 XLIV, de fecha 1.08.2013) y "Dolce Pasti S.A. s/ Quiebra" (RHE D 231 XLIV, de fecha 1.08.2013).

Esta pauta interpretativa se ve también sostenida por lo dispuesto en el artículo 2 CCyCN, que impone al juzgador 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, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento.

Pero no podemos quedarnos solo con lo hasta aquí expuesto, pues debemos adicionar el principio pro persona o *pro homine*, que dispone que debe escogerse la aplicación de la norma que mejor proteja a la persona humana, en este caso, a los trabajadores.

Por diversos preceptos y principios citados, como las convenciones internacionales especiales, se impone la protección del crédito laboral, en tanto debe estar resguardado por un privilegio que lo coloque en un plano superior a las acreencias del Estado, sin importar el tipo de preferencia que este ostente.

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

Conclusiones

Considero que por imperio del Convenio de la OIT 173 que los créditos laborales privilegiados deberán ser abonados con anterioridad al pago de los créditos del Estado, ya sea Nacional, Provincial o Municipal.

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— deberá ser incluido 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.

ÚLTIMAS ALTERNATIVAS DE FINANCIAMIENTO PARA EVITAR EL PROCESO CONCURSAL

TON, Rodrigo D. y TON, Walter R. J.

Ponencia

Sabido es que en nuestro país el sistema financiero no cubre las necesidades crediticias de las empresas, en especial de las PYMES, por eso se plantea en estas líneas la oportunidad de utilizar las soluciones concursales como última oportunidad de financiamiento.

Para ello se debería dotar al sistema concursal de nuevas herramientas que permitan, antes de movilizar toda la estructura del pesado proceso falencial, lograr una alternativa de solución entre acreedores y deudores más ágil y eficiente a través de una propuesta sencilla.

El deudor debería presentarse solo denunciando cuáles son sus acreedores, o parcialmente a qué acreedores va dirigido, y ofrecer una solución a la deuda que mantiene con ellos.

El juez ordenará por un muy breve tiempo, que es el que demora este proceso, la suspensión solo de las ejecuciones y no de los procesos que seguirán libremente su curso, e inhibirá al deudor durante este periodo. Asimismo, nombrará un síndico, que no necesitará estudiar el cumplimiento de los requisitos del artículo 11. Y citará, del modo que le parezca adecuado, a los acreedores denunciados y les anunciará cuál es la propuesta individual realizada a cada uno de ellos, con posibilidad de que este acreedor conozca todas las deudas denunciadas y las propuestas de solución, que deberán estar presentadas en el expediente.

Cada acreedor podrá plantear en el expediente iniciado las oposiciones a esta solución ofrecida a su crédito y a los restantes. Se aplican desde allí normas similares a las del APE.

Si se logran las mayorías, el juez homologará las propuestas haciendo obligatoria al resto de los deudores denunciados la propuesta ofrecida, no obligando a los no denunciados.

En caso de no lograrse las mayorías, el deudor podrá utilizar todas las herramientas concursales tradicionales.

Esto lograría un sistema ágil y seguro para solucionar el problema financiero empresario con poco costo, en especial de tiempo que es muy valioso en los negocios.

Desarrollo

Algunos antecedentes

Históricamente, la preocupación era cómo liquidar los bienes para satisfacer a los acreedores. Después, los acreedores y el deudor. Comienza luego la etapa de intentar salvar al empresario, para que pueda volver a recomenzar con su empresa, especialmente con una moratoria. Y por último se intenta conservar la empresa, aun a costa de separarla del empresario.

Debemos decir que la última vuelta de esta historia, en la que hoy estamos trabajando, es la de evitar la cesación de pagos de la empresa actuando ante el primer síntoma de crisis que padezca.

Sin pretender volver hacia el pasado y mucho menos a 1902, debemos recordar que la ley 4.156 era muy ágil. Los acreedores son los que van a realizar las verificaciones de los estados contables, negocios y actividades del deudor, libremente, sin intervención de síndico ni contralor especial. Si quieren designar contador, lo hacen, pero no es necesario. Se suspenden todas las ejecuciones, salvo las hipotecarias o privilegiadas. El deudor presentará la nómina de sus acreedores.

Todos los acreedores podrán presentarse oponiéndose a los créditos denunciados por el deudor o por otro acreedor o manifestando que no han sido incluidos en la nómina. Solo tendrán voto los acreedores quirografarios . Si votan a favor de la propuesta presentada por el deudor, dos tercios que representen el 75% del capital, se tendrá por aprobada y —además— transcurrido el plazo de 8 días sin oposición, se homologará.

El artículo 32 de esta ley decía: "La aprobación del concordato por el juez, hace obligatorias todas sus cláusulas para todos los acreedores quirografarios conocidos o desconocidos y fuera cual fuese la suma que ulteriormente se les atribuya por sentencia definitiva"[15].

El problema que observamos es que estos acuerdos privados se prestan tan fácilmente al abuso y al fraude que si bien son más sencillos, son más peligrosos y ofrecen menos garantía a la masa de acreedores, pero no podemos negar su agilidad.

15 *Anales de Legislación Argentina*.

La existencia de un **síndico** es indispensable para transparentar el procedimiento y de un **juez** que evite el **abuso del derecho y los acuerdos fraudulentos**.

La grave crisis del año 2001

El año 2001 puso a prueba todas las instituciones. En enero del 2002, el endeudamiento general de las grandes empresas, que arrastraba todo el sistema financiero, derivaba de un dólar que había quedado gravemente desactualizado con respecto a la inflación que habíamos sufrido durante el periodo de la convertibilidad. Se presentaba falta de credibilidad del sistema financiero para que cumpliera sus obligaciones y devolviera los ahorros a los depositantes. Debemos tener en cuenta especialmente el efecto multiplicador bancario: es imposible que los bancos devuelvan todos los depósitos en forma simultánea.

Era otra de las crisis que habitualmente vive nuestro país. Se advierte que la única solución empresaria y bancaria era obtener tiempo para recomponer sus activos que monetariamente habían sido afectados.

Había que dictar normas de emergencia. La tríada de leyes 25.561, 25.562 y 25.563 estaba destinada a lograr ese objetivo.

Todas las obligaciones debían quedar diferidas en el tiempo, se acaba la convertibilidad y nadie debía quebrar.

Se prorrogaron los periodos de exclusividad en los concursos, se suspendieron las ejecuciones, el cumplimiento de las obligaciones se detuvo. Pero esto no podía ser eterno.

Caratulamos un artículo en el año 2002, referido a la ley 25.563, “Una ley efímera y mala”. Sabíamos que eso no podía durar.

Antes de lo previsto, en mayo de 2002 se dictó la ley 25.589, que le dio andamiento a un instituto ya sancionado en la ley 24.522: el **acuerdo preventivo extrajudicial**, pero agregándole una muy sencilla expresión: que el acuerdo homologado se hacía obligatorio para todos los acreedores. Comienza a ser aplicable este instituto **el acuerdo preventivo extrajudicial**, con sus defectos y bondades que oportunamente analizáramos en *Acuerdo preventivo extrajudicial*[16].

Medidas preventivas

Los procesos concursales hay que evitarlos. No son adecuados para nadie.

La demora es mala para cualquier proceso, pero es nefasta en estos casos.

16 Ed. Errepar.

Pero en nuestro país, en muchas oportunidades los procesos concursales son inevitables por ser la última ratio de la financiación empresaria.

¿Para qué utilizamos normalmente el concurso?

Para ganar tiempo a fin de que las condiciones económicas cambien. Que nuestros activos se valoricen, no por mejoras logradas en el mismo, sino por el cambio de la situación económica y financiera de nuestro país, a través de diferencias de valor de las divisas y de las tasas de interés.

Para ello se debiera dotar al sistema concursal de nuevas herramientas que permitan, antes de movilizar toda la estructura del pesado proceso falencial, lograr una alternativa de solución entre acreedores y deudores más ágil y eficiente a través de una propuesta sencilla.

Nueva herramienta previa al concurso

Si bien existe en la ley un instrumento bastante parecido al que sugerimos, que es el acuerdo preventivo extrajudicial (APE), veremos en la explicación posterior sus diferencias. Se intenta recomendar un procedimiento más sencillo y que solucione los inconvenientes que —a nuestro parecer— existen en el APE.

Deudor legitimado

Cualquier deudor estará legitimado sin que sea necesario el cumplimiento del requisito objetivo de la cesación de pagos. Y podrá, preventivamente antes de sufrir la dificultad financiera o económica insalvable, convocar a sus acreedores para prevenir la crisis. Incluso es mejor aún si lo hace teniendo sus obligaciones al día.

La gran diferencia con el APE es que, en este caso, los acreedores van a ser convocados judicialmente y, en caso de no dar su voto afirmativo o no concurrir el acuerdo homologado, le será oponible.

Acreedores

Serán únicamente los denunciados por el deudor, a los que les será obligatorio el proceso. A los acreedores no denunciados no se les impedirá proseguir con sus acciones libremente.

La propuesta que el deudor ofrece a cada acreedor lo obligará en caso de no ser aceptante siempre que el deudor obtenga las mayorías establecidas por la ley.

No será aplicable a los acreedores que ostenten un privilegio especial ni a los acreedores alimentarios.

Síndico

Se designará un síndico que en una sencilla tarea controlará el procedimiento a fin de evitar irregularidades y deberá aconsejar al juez para la aceptación de los créditos y para la homologación del acuerdo.

Este funcionario deberá determinar si las mayorías han sido obtenidas, teniendo en cuenta el pasivo total denunciado por el deudor.

Tendrá amplias facultades para citar a dar explicaciones al deudor, que en caso de no prestar colaboración su consejo para la homologación será negativo. Podrá citar a los acreedores cuando tenga duda de la legitimidad de su crédito y pedirle todas las informaciones que considere necesarias.

Tendrá amplias facultades para solicitar todas las informaciones que considere necesario a los terceros. En caso de no brindársela, podrá obtener para ello una orden judicial.

Propuestas

Al igual que en el APE, existirá una libertad absoluta con respecto a las propuestas que se realicen a los acreedores, pudiendo incluso negociarla previamente con cada uno de ellos antes de ofrecerla formalmente en la presentación de este instrumento, incluso acompañarlas aceptadas, y deberá hacer una propuesta alternativa por si en la oposición algún acreedor demuestra que su monto es mayor.

Denuncia de recursos para cumplir las obligaciones

En lugar de presentar un estado de activo y pasivo actualizado a la fecha, el deudor deberá indicar cuáles son los recursos que posee para afrontar las obligaciones que asume y cuál será su plan de negocios que detalle cómo pretende reestructurar su pasivo.

Suspensión de ejecuciones e inhibición para disponer bienes

A partir de la presentación ante el juez, este dispondrá por el tiempo prudencial que estime la suspensión de las ejecuciones, pero no de los procesos, inhibiendo al deudor por el mismo periodo para disponer de bienes, salvo autorización expresa de su parte.

Publicidad

El síndico se comunicará a través de correspondencia o el medio que considere conveniente con los acreedores denunciados y deberá incluso

hacer una publicación de edictos a fin de que se anoticien otros posibles interesados.

La amplitud de la oposición

La oposición funcionará de manera similar que en el APE. Estará legitimada para plantearla cualquier persona sin necesidad de justificar ser acreedor, incluso podrá hacerlo el síndico. Se deberá presentar dentro de los 10 días de la publicación del edicto. Tendrá 5 días el deudor para contestar. Si hay que producir pruebas, debe hacerse dentro de los 10 días siguientes. El juez resolverá dentro de los 10 días.

Se tramitará con las mismas reglas establecidas para el APE.

La oposición no estará restringida de ninguna manera, pero si quien la plantea es un acreedor denunciado y la resolución requiera de un proceso ordinario, se restará del cómputo de las mayorías y no le será oponible el acuerdo a dicho acreedor.

Mayorías

Se establecerán las mismas mayorías que se han dispuesto para los concursos.

Para el cómputo, el síndico tomará como base el monto denunciado por el deudor, con amplias facultades para exigirle a cada acreedor la justificación del monto y causa de su crédito y actuar en caso de sospecha como opositor.

Si se resuelve algún crédito no denunciado o una suma mayor de la denunciada, estas sumas integrarán la base del cómputo.

Homologación

Obtenidas las mayorías y resuelto el rechazo de las oposiciones, el juez podrá homologar el acuerdo. Este acuerdo homologado obligará a todos los acreedores denunciados conforme a las propuestas efectuadas por el deudor. En caso de no homologarse, no obligará a los aceptantes y el deudor podrá presentarse en concurso o quiebra.

En caso de incumplimiento, el acreedor emplazará por cinco días a cumplirlo. Si no se cumple, proseguirá el trámite como ejecución de sentencia. Se admiten solo las defensas del código procesal local.

La ventaja de que se aplique solo a los acreedores denunciados

Todo este procedimiento está pensado solo para los acreedores denunciados, para evitar todo el proceso de verificación de créditos y que pueda aplicarse a algún acreedor que no ha tomado conocimiento del procedimiento y no hacerle prescribir sus créditos. Esto también sería congruente con el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, al establecer que las deudas no vencidas quedarán con sus plazos originales.

La no homologación del acuerdo abusivo o fraudulento

El juez mantendrá las plenas facultades para no homologar un acuerdo, aunque tenga las mayorías, en caso de ser —a su entender— abusivo o fraudulento. En tal caso, la resolución será apelable y debe fundarse en el escrito de apelación y con los plazos más breves.

Conclusión

Nuestro sistema concursal es lerdo por los procedimientos necesarios para su existencia. Es necesario buscar una rápida solución conveniente para acreedores y deudores. El proceso de verificación tiene sus demoras. La denuncia del acreedor de los créditos sin la presencia de un síndico hace a veces poco creíble el procedimiento, especialmente en los casos en que el deudor no lleva contabilidad. Para el deudor, salir a buscar y negociar a sus acreedores sin que sean citados judicialmente hace complicado el proceso. Hay que suspender las ejecuciones, pero no el proceso, y por otro lado inhibir al deudor. Tiene que existir un amplio procedimiento de oposición y una rápida resolución de la misma, permitir al acreedor denunciado incorrectamente quedar afuera del procedimiento si el juez así lo considera y poder recurrir a un procedimiento de conocimiento. El juez deberá evitar el abuso y el fraude en la utilización de este procedimiento.

EL SUJETO DEUDOR EN LA "ZONA DE INSOLVENCIA": CÓMO ABORDAR LA MEJOR REFORMA REGULATORIA Y QUÉ CAMBIOS INTRODUCIR DESDE UN ENFOQUE PRAGMÁTICO

MARENGO, M. Victoria

I.- Una reforma con énfasis en lo "actitudinal"

El régimen concursal argentino ha dejado de ser funcional. Lo afirmado no es una novedad ni encuentra sustento fáctico en estadísticas, pues la medición del fenómeno se halla en ciernes[17]. Son las demandas del pequeño deudor y del sector empresario las que evidencian que los mecanismos previstos en la Ley de Concursos y Quiebras (LCQ) requieren una revisión integral[18].

La emergencia no es un "estado", sino un elemento inherente de la economía nacional. Los emprendedores y empresarios que apuestan al mercado local suelen ser conscientes de los riesgos que enfrentarán. En el país, la insolvencia se erige como un escenario altamente probable. Siendo lo expuesto un factor constante en la Argentina, otras variables deben modificarse para gestionar adecuadamente el riesgo empresario y el patrimonio del individuo o de la empresa con serios déficits económicos/financieros. Para ello, es fundamental asumir como connatural de todo proyecto de negocios la posibilidad de fracaso por causas exógenas o endógenas al emprendimiento y, especialmente, comprender que, más allá del origen de una situación de estrés o de asfixia económica/financiera, deben habilitarse "segundas oportunidades" (*fresh start*) en la medida de su viabilidad.

17 El Poder Judicial de la Provincia de Córdoba publicó el informe "Concursos preventivos y quiebras ingresados al Poder Judicial de Córdoba. Evolución 2014 a octubre de 2020", cuyos datos fueron extraídos del Sistema de Administración de Causas Multifuero (SACM) al 31/10/2020 por el Centro de Estudios y Proyectos Judiciales (véase en: https://cepj.justiciacordoba.gob.ar/category/informacion-estadistica/estudios-informes-cat/informes-por-fuero/concursos-y-sociedades; consultado en junio de 2021). Se trata de un estudio comparativo de ambos procesos a través del tiempo y por sede judicial. Si bien el SACM puede aportar mayor cantidad de datos para efectuar otras mediciones más específicas, cabe destacar el valor de esta labor como puntapié de la mentada transformación del sistema judicial hacia la transparencia y la eficiencia, y como antecedente y fuente para la elaboración de nuevos proyectos —de índole sustancial y procesal— en materia de insolvencia.

18 "Integral", por oposición a reformas parciales o meros retoques en la legislación bajo examen, que destaque por el peso de sus normas en lugar de la abundancia.

Deconstruir el paradigma estigmatizante de la insolvencia es la primera propuesta. Hemos probado unas fórmulas que ya no cumplen la función para las que fueron creadas. No legislar para lo patológico es el camino acorde con las visiones más modernas sobre el tratamiento de la persona o la empresa en crisis[19].

La pandemia algo positivo nos dejó. Aprendimos a distinguir lo urgente de lo importante, para su atención prioritaria. De la noche a la mañana se impuso un nuevo orden de cosas y, ante ello, no tuvimos otra opción que mutar hacia un sistema completamente digital, más simple y ágil. Su implementación es la muestra de que es posible ejercer la profesión o administrar la justicia en un soporte diferente del papel y bajo otra lógica, esto es, el pragmatismo, filosofía que —entiendo— debe guiar el nuevo régimen.

Resulta imperativo, entonces, el abandono de ritualismos y dogmas anacrónicos en tanto representan barreras para la innovación del sistema, máxime cuando el contexto demanda rápida reacción. Otros países de Latinoamérica[20] lo han visualizado con claridad desde el inicio de esta crisis profunda, pues, pese a la legislar para la emergencia, incluyeron en sus ordenamientos herramientas de vanguardia más eficientes y con vocación de permanencia[21]. *Emprender la transición con una actitud proactiva es la segunda propuesta*. Continuar petrificados frente a las circunstancias imperantes recrudecerá los efectos adversos del confinamiento sobre la

19 En este trabajo se sugiere que el modelo regulatorio futuro deje de lado el "test subjetivo de concursalidad del deudor" (que algunos llaman "test de honestidad" o "test ético" del deudor) impuesto por el art. 11, inc. 2 LCQ (cc. con art. 1, 1er párr., LCQ), como rezago tuitivo de lo normativo frente a eventuales abusos o fraudes, y adopte "mecanismos objetivos de admisión procesal", diseñados para flexibilizar el acceso a la justicia al deudor con dificultades económicas, y para agilizar la labor de los tribunales desde las etapas más tempranas de los procesos. Véanse en José David Botteri (2015), *La multicausalidad en la insolvencia contemporánea y la heurística concursal* (ponencia publicada en "IX Congreso Argentino de Derecho Concursal. VII Congreso Iberoamericano de la Insolvencia", Villa Giardino, Córdoba, T. I) otras propuestas para evitar el estigma del concursamiento en la celebración de los acuerdos de "reflotamiento" (en alusión al reflotamiento del Titanic como sinónimo de empresa en crisis) (p. 26 y nota nº 24).

20 Tal es el caso de Colombia (decreto ley 560 del 15/04/2020 —con vigencia de dos años—, su ampliación y complemento, el decreto ley 772 del 03/06/2020 —con vigencia de dos años desde su expedición— y su reglamentación, el decreto 842 del 13/06/2020, véase en: https://www.supersociedades.gov.co/delegatura_insolvencia/Material-multimedia-Modulo-insolvencia/Paginas/Medidas-especiales-de-Insolvencia.aspx; consultado en junio de 2021); y de Perú (decreto ley 1.511/2020, B.O. 11/05/2020, con vigencia hasta el mes de diciembre de 2020; véase en: https://www.congreso.gob.pe/Docs/comisiones2020/ConstitucionReglamento/files/d_l_com/dl_1511.pdf, consultado en junio de 2021). Estas regulaciones tienen en común haber incorporado procesos abreviadísimos para la rápida negociación de las deudas, valiéndose, para ello, de las tecnologías de la información y la comunicación (TIC).

21 Resoluciones como las de Colombia y Perú muestran que es posible un derecho más permeable a los cambios sociales, que brinda herramientas en tiempo oportuno, cuando los Poderes del Estado trabajan sobre la base de consensos y al servicio de la población.

economía doméstica y del país.

El énfasis puesto en el componente "actitudinal" obedece a la firme convicción de que las opciones para mejorar el régimen concursal vigente son infinitas; no obstante, para que ello ocurra, es crucial lo siguiente: *admitir*, por un lado, la obsolescencia del régimen actual y de las herramientas extrajudiciales y judiciales disponibles y, por otro lado, la cronicidad de la emergencia económica argentina y su relación con el déficit financiero del sujeto deudor; un *cambio de perspectiva* respecto de la tutela legal del deudor y el rol de los operadores jurídicos; y, especialmente, una *voluntad política, legislativa y judicial* dispuesta a proyectar y ejecutar cambios trascendentales en un periodo de tiempo razonable de acuerdo a la premura de la demanda.

II.- El enfoque sugerido para emprender la reforma del modelo vigente

Estudios de derecho comparado aportan elementos valiosos para determinar *cómo abordar la mejor reforma y qué cambios introducir*. Con un enfoque económico y comparativo, Gurrea Martínez[22] postula que un diseño óptimo depende de una variedad de factores específicos del país que incluyen divergencias internacionales en: las estructuras de la propiedad corporativa; las estructuras de deuda; el nivel de desarrollo financiero; la eficiencia de los procedimientos de la insolvencia; y la sofisticación del poder judicial[23].

Otros aportes de este enfoque	Conveniencia de adoptar cada aporte
La clasificación de los modelos regulatorios basada en un análisis funcional, en lugar de la terminología o el mecanismo formal.	Es una perspectiva más universalista, centrada en los problemas y en las posibles respuestas regulatorias, *no en la terminología*.

22 *Cfr.* Gurrea Martínez, Aurelio, *Towards an Optimal Model of Directors' Duties in the Zone of Insolvency: An Economic and Comparative Approach*, Singapore Management University School of Law Research Paper 22/2020, Copia virtual disponible en: https://ssrn.com/abstract=3717631; consultado en junio de 2021.
23 Una referencia acerca de los puntos (c), (d) y (e) en el Título I.

<table>
<tr><td>La definición de las empresas en la “zona de insolvencia” como empresas insolventes de hecho que aún no están sujetas a un procedimiento de insolvencia.</td><td rowspan="2">En la antesala de la necesaria reforma del régimen concursal argentino, resulta de gran utilidad poner atención a trabajos elaborados bajo este enfoque para evitar viejos antagonismos doctrinarios vinculados con la terminología a emplear en la nueva legislación y, por ende, con las consecuencias jurídicas atribuibles a cada figura. Bajo esta lógica, el término *empresa* (o *deudor*) en la “zona de insolvencia” bien podría, por su amplitud conceptual, reemplazar el “estado de cesación de pagos” (art. 1, ley 24.522), para así superar toda disquisición futura acerca de su alcance, más aún si se atiende a: (a) la mayor proclividad académica a sostener la futilidad de su exigencia como presupuesto objetivo de apertura de los concursos y las quiebras regulados en la ley 24.522; y (b) la multiplicación de herramientas propuestas para superar la insolvencia, en sus diferentes estadios, de uso no excluyente entre sí (desarrollado en el Título III).</td></tr>
<tr><td>La distinción entre cuatro tipos de situaciones: (a) cuando una empresa es solvente; (b) cuando una empresa es solvente, pero comienza a enfrentar problemas financieros; (c) cuando una empresa es efectivamente insolvente, pero aún no está sujeta a un procedimiento formal de insolvencia[24]; y (d) cuando un empresa está sujeta a un procedimiento de insolvencia formal.</td></tr>
</table>

III.- Un modelo más eficiente para la tutela del deudor en la “zona de insolvencia”

En la presente ponencia, se incluye en la “zona de insolvencia” a: un sujeto solvente, pero que comienza a enfrentar problemas financieros; y un sujeto efectivamente insolvente, pero aún no sometido a un procedimiento formal de insolvencia.

Ello en el entendimiento de que la nueva regulación debe necesariamente tutelar al deudor desde *estadios tempranos de dificultades económicas y financieras (o preinsolvencia);* pues, como indica la doctrina nacional, los procesos concursales tradicionales: “E*n una buena cantidad, no terminan bien, sino que terminan en quiebra o terminan pagando ratios de recupero de créditos muy bajas en función del crédito original*”[25].

24 Gurrea Martínez emplea esta acepción cuando refiere a “zona de insolvencia” en su trabajo *Towards an Optimal Model of Directors’ Duties in the Zone of Insolvency.*

25 Barreiro, Marcelo (2021), exposición en la “Primera Jornada preparatoria del XI Congreso Argentino de Derecho Concursal y IX Congreso Iberoamericano de la Insolvencia”, Universidad Austral, Buenos Aires (en referencia a problemas de tempestividad o *timing problems* para la doctrina anglosajona).

<table>
<tr><th colspan="2">El modelo vigente</th></tr>
<tr><td colspan="2">Se estructura sobre dos binomios:

a) Concurso preventivo de persona humana y concurso preventivo de persona jurídica (arts. 2 y 5, LCQ).

b) Pequeño concurso preventivo y gran concurso preventivo (art. 288, LCQ).

Como regla general, exige para su apertura el presupuesto objetivo “estado de cesación de pagos” y tiene por efecto principal la universalidad (art. 1, LCQ).</td></tr>
<tr><th>Razones por las cuales se considera deficitario</th><th>Un modelo de regulación más eficiente debiera</th></tr>
<tr><td>a) Desde el punto de vista subjetivo, por prever el mismo proceso para: (1) personas humanas que desarrollen o no una actividad económica; y (2) personas humanas y personas jurídicas.</td><td rowspan="2">a) Incluir herramientas de reestructuración de deuda según:

1) El tipo de persona (humana o jurídica) y el tamaño[26].

2) El tipo de trámite:

I. De carácter privado o con trámite administrativo o judicial.

II. Ordinario, abreviado o sumarísimo.

b) Habilitar la elección de la herramienta que mejor se adapta a las necesidades del sujeto deudor y el empleo de más de una herramienta en simultáneo y compatibles entre sí.</td></tr>
<tr><td>b) Desde el punto de vista procesal, por establecer solo dos mecanismos de reestructuración de deuda: el concurso preventivo como proceso amplio o formal (art. 5 y ss., LCQ) y el “acuerdo preventivo extrajudicial” (APE; art. 69 y ss., LCQ) como trámite expreso o informal.</td></tr>
<tr><td>c) Desde el punto de vista objetivo, por requerir: (1) como presupuesto de apertura del concurso preventivo el “estado de cesación de pagos” (art. 11, inc. 2 cc. art. 1 LCQ); y (2) como presupuesto de presentación del APE el “estado de cesación de pagos” o las “dificultades económicas o financieras de carácter general” (art. 69, LCQ).</td><td>c) Receptar modernos elementos caracterizadores de la insolvencia, tales como:

1) La multicausalidad de la insolvencia[27].

2) La inminencia o actualidad de la insolvencia[28].</td></tr>
</table>

26 El modelo colombiano prevé marcos de insolvencia para “gran empresa”, “mediana empresa”, “pequeña empresa” y “microempresa”.

27 Así lo define Botteri (2015), en *La multicausalidad en la insolvencia contemporánea y la heurística concursal*… El autor explica por qué es fácil saber si se está en insolvencia, pero difícil saber por qué y, entre otros interrogantes, intenta demostrar que con una visión lineal y causalista en estas épocas es muy difícil, sino imposible, poder discernir causas de modo tradicional y, por ende, diseñar métodos de estilo tradicional para tratar el problema de la insolvencia. La multicausalidad equivale, para él, a la imposibilidad de atribuir el estado de cesación de pagos a una causa determinada, sino a un conjunto disyuntivo de ellas y que operan de manera inmediata o mediata, pero muchas veces no de manera contigua (lineal), para provocar el estado de impotencia patrimonial, y donde los efectos son causas de otras tantas consecuencias, como producto del vértigo de la economía moderna (*vide* p. 19).

28 Más sobre el tema en Berstein, Omar Ricardo (2018), “Inminente cesación de pagos. Necesaria ampliación del presupuesto objetivo del concurso preventivo”, 1ª ed., CABA: Astrea, 2018. La obra se centra en el marco de los procesos preventivos exclusivamente

d) *Desde el punto de vista sustancial*, por imponer los efectos del acuerdo judicial o extrajudicial homologado a la totalidad de los acreedores, en los términos de los arts. 56 y 76, LCQ, respectivamente.	d) Prever la universalidad (en los términos del art. 1, párr. 2, LCQ) o la descentralización crediticia, como alternativa y prerrogativa del sujeto deudor en la negociación con sus acreedores.

IV.- El presupuesto objetivo más adecuado al iniciar un proceso de reestructuración de deuda

En un sistema basado en la multicausalidad de la insolvencia, actual o inminente, deviene abstracta toda definición apriorística del presupuesto objetivo. La causa de la selección de la herramienta de reestructuración de deuda variará de un caso a otro; en consecuencia, deberá ser apreciada en el caso concreto y *a posteriori*. Para evitar toda dilación vinculada con el juzgamiento de las causas invocadas por el sujeto deudor al iniciar un proceso, resulta conveniente: mutar hacia un sistema inicial objetivo; diferir la obligación de aportar información relevante para etapas ulteriores del proceso; y diseñar consecuencias personales y patrimoniales para el deponente fraudulento.

(Ver en página siguiente)

(concursos) y propicia actuar judicialmente en la etapa de gestación interna del estado de cesación de pagos (cuando aún no existan hechos reveladores para terceros), pues lo exterioriza el propio deudor, en el entendimiento de que ello se corresponde con un obrar diligente del deudor (que no esperará la efectiva cesación de pagos, sino que convocará antes a su acreedor para arribar a un acuerdo sobre deudor, en el entendimiento de q diligente del deudorra terceros) pues lo exterioriza el propio deudor, en el entendimiento de qsdeudor, en el entendimiento de q diligente del deudorra terceros) pues lo exterioriza el propio deudor, en el entendimiento de qdeudor, en el entendimiento de q diligente del deudorra terceros) pues lo exterioriza el propio deudor, en el entendimiento de qus nuevas bases patrimoniales), y de que en el estado de inminencia todavía pueden existir recursos financieros y crediticios, no viables o existentes cuando la cesación haya estallado (*vide* pp. 162/162).

Desde una perspectiva *ex ante*	Desde una perspectiva *ex post*
La regulación vigente contiene un "test subjetivo de concursalidad": confesión de estado de cesación de pagos + acreditación con información relevante.	Se sugiere adoptar "mecanismos objetivos de admisión procesal" o de "admisión automática"[29], valiéndose para ello de las TIC: manifestación de la causal del requerimiento[30] con valor de "declaración jurada" + diferimiento de acreditación con información relevante, una vez admitida la solicitud.
Ventajas	
• El sujeto deudor se encuentra obligado a aportar información que será relevante para etapas ulteriores del proceso.	• Admisión automática, no discrecional. • Abreviación de los procesos. • Examen *a posteriori* de información contable y comercial relevante y por sujeto especializado.
Desventajas	
• Admisión discrecional. • Procesos de admisión prolongados. • Retaceo de información relevante o fraude en la declaración inicial. • Tribunal no especializado o de escasa sofisticación abocado a examinar información contable y comercial relevante.	• Retaceo de información relevante o fraude en la declaración inicial.

V.- La fórmula: información + financiación = reestructuración de deuda. Conclusiones

Tal y como fue expuesto en el Título III, un modelo óptimo de tutela del deudor en la "zona de insolvencia" debe involucrar: multiplicidad de herramientas; y autodeterminación de las reglas y condiciones de negociación con acreedores; como también: menores costos administrativos/judiciales; abreviación de plazos; simplificación de trámites; diseño de consecuencias personales y patrimoniales para el deponente que cometa fraude en su declaración[31]; y posibilidad de dejar sin efectos la admisión

29 Empleo el término "requerimiento" en sentido amplísimo para referir a toda solicitud o demanda de reestructuración de deuda, con independencia del tipo de trámite y del órgano que intervenga en su admisión y trámite.
e asumen riesgos .persona o empresa,ento de un negocio conlleva a asumir riesgos que solvencia, especditen o esperamos a que
30 Se sugiere reemplazar presentaciones de libre redacción (ej. demandas tradicionales de libre redacción) por planillas digitales de completado estandarizado con cierto margen para la libre redacción.
31 Se sugiere reforzar el trabajo conjunto de los tribunales comerciales y penales (a semejanza de lo previsto por el art. 233, LCQ) como sistema real de contrapesos respecto de la veracidad de lo manifestado por el sujeto deudor en la presentación inicial y de la documentación aportada; consado en junio/2021.3717631: s, con notorio dispendio

del requerimiento de reestructuración de deuda por fraude, o por ausencia o desaparición sobreviniente del presupuesto objetivo invocado por el sujeto deudor en su presentación inicial[32].

La manifestación y acreditación de información relevante es tan vital para la admisión del proceso de reestructuración de deuda que la ley vigente privilegia su incorporación inicial (en la etapa preconcursal), en detrimento del principio de acceso a la justicia, por cuanto el concurso preventivo no puede declararse abierto hasta tanto se cumplimente el artículo 11 LCQ.

La reforma hacia un sistema de "admisión automática" con diferimiento de presentación de información relevante para etapas ulteriores del proceso es el camino acorde con las visiones más modernas sobre el tratamiento de la persona o la empresa en la "zona de insolvencia" que, en la medida de su viabilidad, puede obtener una "segunda oportunidad" en tiempos igual de oportunos. Para ello, *resulta clave que el sujeto deudor comprenda que el éxito o fracaso de la herramienta empleada dependerá, en gran medida, de la información efectivamente aportada por él y de su veracidad*[33], pues un proceso informado aumenta la confianza de los acreedores respecto del acuerdo de pago propuesto, a la vez que mejora su perfil crediticio; en cambio, en un proceso sin información —en la mejor de las hipótesis— la negociación será bajo condiciones subóptimas y el acceso a la financiación de la deuda, dificultosa o muy costosa. Sin información ni financiación, la persona o empresa difícilmente pueda —en condiciones regulares de mercado— superar la crisis económica/financiera actual o inminente. El examen *a priori* de estas variables posibilitará la elección de la herramienta más idónea para cada caso.

---

de recursos econfacilitar la recuperaci. Paralelamente, se requerirán tribunales más sofisticados y especializados en la materia que en la actualidad.

32 Más sobre el tema en Chiavassa, Eduardo y Di Tullio, José A. (2004), *Subsistencia de la cesación de pagos en el concurso preventivo frente a la homologación del acuerdo. La posible revocación de la sentencia de apertura del concurso preventivo*, AR/DOC/2449/2004. Para los autores: "La hipótesis de revocación de la sentencia de apertura del concurso preventivo por ausencia o desaparición sobreviniente del presupuesto objetivo concursal es posible frente a determinadas circunstancias que revelen la impropiedad de la reestructuración empresaria sobre la base de un accionar inescrupuloso del deudor, lesivo de los intereses legítimos de los acreedores y de la propia jurisdicción, cuya tutela pretende en forma indebida"; en cualquier caso: "Resuelto por el magistrado con extremo cuidado".

33 Más sobre el tema en *Report on the treatment of MSME insolvency (English)*. Washington, DC: World Bank Group. Véase en: http://documents.worldbank.org/curated/en/973331494264489956/Report-on-the-treatment-of-MSME-insolvency; consultado en junio de 2021. En este reporte se afirma que la información financiera es un elemento clave en la mecánica de una economía de mercado, y que la experiencia muestra que los problemas de información son más importantes cuanto más pequeña es la empresa, especialmente en las economías en desarrollo.

El desafío será optimizar la regulación de la insolvencia en sus diferentes estadios para eficientizar, en definitiva, el mercado; esto es: crear herramientas que hagan posible el rescate de sujetos viables o la liquidación del patrimonio de aquellos sujetos cuya recuperación no sea factible, de una manera simple, ágil y no estigmatizante. *Un modelo regulatorio que facilita la reinserción del deudor en el circuito productivo y financiero es una decisión legislativa que contribuye a la salud del mercado y a la construcción de una concepción no aversiva al fracaso*, puesto que, en la vida de consumo y al emprender un negocio se asumen riesgos que, incluso con la adecuada educación financiera o la debida diligencia, pueden poner a la persona o empresa "contra las cuerdas".

PROPUESTA DE SANEAMIENTO ACTIVO PARA LA NORMATIVA CONCURSAL

ALONSO, Ana C. y CULLARI, Carlos

Ponencia

Las políticas estatales positivas o activas de saneamiento deben incluirse en la ley concursal, mediante la incorporación de nuevos institutos que permitan canalizar paquetes de ayuda financiera y/o salvatajes accionarios por parte de terceros, personas jurídicas públicas y/o privadas.

I.- Desarrollo

1. Michel Foucault[34] sostuvo que en la modernidad la relación entre las palabras y las cosas es contingente, cambia según el contexto de enunciación. De esta manera, muchas veces las "palabras" desbordan a las "cosas": las formas exceden a los contenidos y los significantes pueden alterar el orden del mundo material y concreto.

Tradicionalmente, el crédito —como noción de impulso económico— fue y es uno de los pilares troncales del derecho concursal, cuyas notas distintivas siempre se dirigieron a protegerlo a fin de prevenir la pérdida de la confianza pública transaccional de quien se concursa y de la operatoria o red mercantil de la que es parte.

Luego, a comienzos de la segunda parte del siglo pasado, se avanzó hacia la noción de conservación de la empresa "económicamente viable y socialmente útil" como fuente generadora de bienes y servicios y proveedora esencial de empleo.

Cabe preguntarnos si, en pleno posmodernismo, la noción de saneamiento concursal de una empresa a partir de la aplicación del estatuto concursal no se encuentra disociada de la realidad, lo que se concretaría cuando la expectativa de saneamiento de una empresa a través de la aplicación del régimen concursal va por un carril y la realidad va por otro.

En efecto, la ley concursal es un estatuto jurídico que interactúa dentro del derecho privado y del derecho público. Al vincularse trasversalmen-

34 Foucault, Michel, *Las palabras y las cosas, Una arqueología de las ciencias humanas*, 2ª edición, Ed. Siglo XXI, México, 2010.

te con el bloque de normas federales, el ordenamiento concursal fue permeable a que ciertos acreedores posean tratamientos diferenciales, cuestionando de algún modo o deconstruyendo el principio de igualdad, e incidiendo en gran medida en la recuperación económica y financiera de quien hizo uso de la herramienta concursal tal como es concebida en nuestra actual legislación, siendo necesarios introducir ciertos cambios a la estructura concursal saneatoria.

Ejemplo de esto último son los acreedores fiscales, que se presentan ajenos a las posibilidades de quitas y esperas, e imponen su propio régimen de pago; los acreedores "vulnerables" e "hipervulnerables", cuya prioridad de cobro se impone por aplicación de los compromisos asumidos por nuestra república mediante aquellos tratados que versan sobre derechos humanos, integren o no el bloque constitucional federal[35], entre los que encontramos a los acreedores laborales, acreedores con discapacidades o enfermedades, acreedores adultos mayores, acreedores vulnerables por razones de género, etc., cuyas vulnerabilidades deberán ser analizadas interseccionalmente, respetando la diversidad.

Es claro que, en la actualidad y aún en épocas de una aguda crisis recesiva potenciada por la pandemia mundial provocada por el SARS-CoV-2, el parlamento no intentó una reforma del estamento concursal a través de herramientas concursales "de emergencia" como las empleadas en otras crisis vernáculas (años 2001/2002) a través de la sanción de las leyes 25.561, 25.563 y 25.589.

El proyecto de reforma al régimen concursal en el marco de la emergencia de covid-19[36] presentado por los diputados del Bloque Federal Neuquino Luis Di Giacomo, Pablo Ansaloni, José Luis Ramón, Antonio Carambia, Flavia Morales, Ricardo Wellbach y Diego Sartori —que obtuvo media sanción en el Senado el 15/10/2020, actualmente reenviado a Diputados con las modificaciones introducidas por la Cámara Alta— más bien apostó a restringir el marco subjetivo y a evitar el uso del sistema concursal en pos de la criminalidad económica, teniendo en consideración el impacto político, económico y social que suscitó el concursamiento de la agroexportadora Vicentín.

35 Denominación utilizada por primera vez por nuestra CSJN en el fallo "González de Delgado y otros c/ Universidad Nacional de Córdoba", Fallos 323:2659. Refiere a que los tratados con jerarquía constitucional junto con la Constitución Nacional configuran el bloque de la constitucionalidad argentina. Se trata de normas por fuera de la constitución, pero que gozan de la misma jerarquía.

36 Proyecto denominado "Ley de Sostenimiento de la actividad económica en el marco de la emergencia sanitaria pública Coronavirus Covid-19 – Emergencia para Procesos de concursos preventivos y quiebras" aprobado por la Cámara de Diputados el 31 de julio de 2020.

No obstante ello, a la hora de resolver la crisis empresaria, la herramienta concursal no fue la preferida del público[37], lo que refleja no solo la pérdida de confianza en el sistema, sino tal vez su ineficiencia e incardinación en un plan integral de rescate de las empresas en crisis. Es claro que, en este momento de crisis mundial, el eje fue de soluciones activas o positivas ante la insolvencia.

En las soluciones pasivas, la intervención del Estado es en forma indirecta, introduciendo reformas de emergencia a la ley concursal, como serían diferimientos de plazos de vencimiento del período de exclusividad y del plazo de inicio de cumplimiento de las propuestas, flexibilidad judicial a la hora de analizar abusos respecto de los acuerdos preventivos homologables, mayor amplitud de las quitas y esperas, reducción de alícuotas de tasa de justicia, diferimiento de ejecuciones de bienes, entre otras, a las que cabe agregar aquellas incorporadas por el proyecto de ley *supra* aludido en su artículo 310, secciones "Régimen del plan de salvataje" y "Parámetros del plan de salvataje", en las que se introducían mayores facilidades, en cuanto a la categorización de acreedores y naturaleza de los acuerdos, para alcanzar el acuerdo concordatario.

En las soluciones activas o positivas, el Estado adopta políticas directas y generales de saneamiento. Ejemplo de esto último fue el otorgamiento de ayuda financiera —sin necesidad de que el sujeto atraviese una solución concursal— mediante el "Programa de emergencia al trabajo y producción"[38] (conocido como ATP), por el que —entre otros beneficios— permitió el subsidio del 50% de la masa salarial y el diferimiento del pago de los aportes sociales y contribuciones patronales, rubros que pueden tener hasta una incidencia del 66% de la facturación neta total. También permitió la obtención de créditos repro, entre otros varios beneficios que exceden el marco de esta ponencia.

Entendemos que las medidas activas deben tener andamiaje en el actual estatuto concursal, insitucionalizando cualquier participación o injerencia del Estado o de terceros, a fin de fomentar este tipo de políticas a través de una regulación formal que evite eventuales discrecionalidades del Estado y/o de terceros.

2. Es una realidad mundial que esta crisis sanitaria produjo una tremenda desaceleración de la actividad económica y provocó la crisis terminal de varias empresas. Los Estados tomaron medidas a fin de conservar aquellas

37 Según el estudio desarrollado por la consultora Centro Cepa (www.centrocepa.com) publicado en dicho portal el 15 de septiembre de 2020, se observó una incremento sostenido de presentación de concursos preventivos entre los años 2016 hasta su pico máximo en 2019, para desacelerar notoriamente a partir del año 2020.
38 Creado por el decreto 332/2020 a partir de la resolución general de AFIP 4.898/2020.

empresas económicamente viables y socialmente útiles, protegiendo de este modo las fuentes de trabajo y apuntando a que la superación de la crisis permitirá seguir generando valor agregado industrial y fuente de divisas externas que dinamizan los mercados locales.

En Alemania, Angela Merkel dispuso salir al rescate de su aerolínea de bandera Lufthansa mediante importantes aportes de capital de nueve mil millones de euros, que se verían reflejados en una nueva conformación del paquete accionario de la aerolínea en el que el Estado alemán pasaría a tener el 20% del paquete accionario, pasando a convertirse en una sociedad de economía mixta o bien una sociedad con participación estatal mayoritaria, de acuerdo a nuestro régimen de la Ley General de Sociedades[39]. Dicha medida fue aplaudida por la visión estratégica de la mentada estadista en rescatar un símbolo alemán y una importante fuente de ingreso de divisas y generadora de empleo local.

En el ámbito local[40], el Estado nacional conjuntamente con la provincia de Mendoza rescataron la empresa metalmecánica IMPSA del grupo Pescarmona, mediante el aporte de USD 20 millones y USD 5 millones, respectivamente, para viabilizar una empresa altamente competitiva y única en Latinoamérica, que provee turbinas para uso hidroeléctrico, con una dotación de 700 empleados (35% de ellos ingenieros).

Las políticas activas como mecanismo general de la actividad empresaria son necesarias y deben canalizarse por el carril institucional adecuado para su efectiva capitalización por parte de las empresas en crisis, dentro de la ley concursal y con la debida tutela de los parámetros de orden público del régimen.

Podrán recurrir a dichas políticas de asistencia crediticia las empresas en crisis que se encuentren atravesando un proceso concursal (preventivo o liquidatorio) que acrediten estrictamente que las razones de la insolvencia no obedecen a actos pasibles de generar responsabilidad societaria (conf. art. 274, ley 19.550, y 173, ley 24.522) y que la producción se enmarque bajo aquellos parámetros de bienes que aportan valor agregado y empleo.

La opción estará abierta para que terceros (persona jurídica pública o privada) soliciten ante el juez del concurso la participación activa. En el primer caso, deberá tratarse de empresas consideradas estratégicas para la producción nacional.

Las medidas que proponemos como posibles consisten en asistencia crediticia y financiera y capitalización de la empresa en crisis. El momento procesal oportuno de su pedido dependerá del caso concreto; pero en todos los casos la temporaneidad será la clave del éxito de la medida.

39 Diario económico en línea www.elpaís.com, del 25 de mayo de 2020.
40 Conf. publicación del diario *La Nación* del 25/09/2021.

Si es en un momento inicial, la prueba deberá ser contundente, siempre la sindicatura y el comité de control deberán emitir opinión fundada y el juez del concurso, finalmente, decidir.

Avanzado el proceso, el informe general (art. 39 LCQ) —hoy en día relegado a una radiografía un tanto etérea del patrimonio del deudor— será una base esencial a la hora de probar los requisitos mencionados, recuperando una significación concreta.

Necesariamente se deberá acordar verosimilitud al plan de negocios, previendo sanear la estructura de costos interna, para lo cual será necesario, además, reactivar los convenios colectivos de crisis por el período de transición hacia la recomposición de la actividad productiva.

Una vez aprobado el plan de asistencia crediticia, deberá arbitrarse un canal para que el juez disponga que los bancos o instituciones que fomentan el desarrollo productivo (estatales o con participación estatal) habiliten líneas de crédito flexibles y auxilio financiero inmediato, para ser aplicados como capital de trabajo bajo estricta vigilancia del síndico hasta la homologación del acuerdo, toda vez que el *iter* que depara alcanzar la homologación suele coadyuvar a profundizar las causas de desequilibrio económico.

Dicho organismo evaluará si la asistencia financiera es suficiente o en virtud a la infracapitalización de la empresa que la pondría en una situación terminal de funcionamiento, tanto económico como normativo, a la luz de las previsiones de la LGS, el Estado debería incurrir en un plan de salvataje de mayor magnitud mediante aportes de capital que se capitalicen en su estructura accionaria, según los ejemplos locales e internacionales ya reseñados.

No se intenta "imponer" al agente financiero paraestatal un negocio ruinoso, sino que supervise el marco de asistencia financiera de aquel deudor que resulte merecedor de líneas de crédito por la naturaleza de sus prestaciones y la necesidad de protección de las fuentes de trabajo. La eventual resistencia de la entidad financiera deberá contar con dictamen técnico financiero-contable calificado y tener la aprobación mayoritaria de su órgano de administración.

3. Lo desarrollado en el punto anterior son las soluciones propuestas actualmente por el Estado mediante la batería de medidas crediticias activas, ya señaladas, cuyo fundamento supone el ingreso del universo productivo en zona de emergencia a partir de la pandemia provocada por el SARS-CoV-2.

Las empresas insolventes que no recurrieron a la solución concursal hoy cuentan con las ayudas aludidas, sin los costos adicionales y los tiempos aletargados que conlleva el proceso concursal en la actualidad.

Es necesario incluir estas políticas activas en nuestra ley, colaborar con los sujetos concursados en un marco normativo ordenado y claro, que importe la visibilización de aquellas empresas necesarias para el progreso industrial de nuestra nación, a fin de que recuperen la posibilidad de repago.

Mencionamos como medida activa la posibilidad de intervención estatal a través de la inyección de capitales. Entendemos que podrá hacerlo a través de sus sociedades con participación, sin restricciones para capitalizar aquellas empresas mediante el ingreso al proceso de salvataje (art. 48 y ss. LCQ) instancia *in extremis* y complementaria al régimen de asistencia financiera que se postuló anteriormente.

Ya en el concurso liquidatorio, el Estado podrá:

1. participar en la continuación de la empresa inyectando fondos que consoliden un renovado capital de trabajo para reactivar la producción, o bien, fracasada esta instancia, solicitar la apertura del procedimiento previsto por el artículo 203 LCQ para que se enajene la empresa "en block" de la manera prescripta por el artículo 205 LCQ; e
2. inyectar fondos en el régimen de avenimiento o pago total del pasivo para lograr la rehabilitación social y proceder a su capitalización, acordando a los acreedores distintas formas negociales de cancelación de sus créditos o bien de participación en el esquema accionario de la sociedad.

4. Dada la crisis mundial a la que Argentina no es ajena, el Estado debe asistir activamente a las empresas en crisis, para lo cual necesitamos urgentemente una modificación de nuestra ley concursal, institucionalizando los mecanismos a través de los que el Estado coadyuve con el objetivo de dicha ley, consistente en la conservación de la empresa económicamente viable y socialmente útil, ya sea a través de la reestructuración de sus pasivos o bien —y ya en su liquidación— a través de su reactivación.

Esta enunciación de alternativas de ingreso de asistencia del Estado para sostener actividades empresarias que son fuente de valor y riqueza en nuestro mercado resulta meramente enunciativa y pretende enmarcar el

accionar de un Estado presente para promover, como indica el preámbulo de nuestra Carta Magna, el bienestar general.

Por lo dicho, sostenemos:

Las políticas estatales positivas o activas de saneamiento deben incluirse en la ley concursal, mediante la incorporación de nuevos institutos que permitan canalizar paquetes de ayuda financiera y/o salvatajes accionarios por parte de terceros, personas jurídicas públicas y/o privadas.

LA REGULACIÓN DEL DERECHO CONCURSAL PARA CONTRIBUIR AL DESARROLLO EMPRESARIAL

SOMOZA LÓPEZ, Gustavo A.

Ponencia

Ante el contexto que creó la irrupción del Covid 19 en nuestras vidas y en la vida empresarial en general, al producir un real cimbronazo sobre la actividad económica y social, me planteo con la presente analizar alternativas para que el derecho concursal sea una eficaz herramienta para contribuir a la búsqueda del equilibrio de las unidades productivas y cimentar aumentando su viabilidad económica y social.

A las mujeres y hombres de derecho nos dará mucho trabajo la irrupción de esta pandemia sin ningún antecedente para los que en este momento habitamos nuestro planeta, no solo durante la misma, lo cual es grave, sino en el día posterior de la pandemia.

La tesis de este trabajo se funda en que la emergencia epidemiológica ni la post emergencia epidemiológica no debe ser utilizada para vulnerar derechos y garantías de las personas humanas, y por ende de las personas intervinientes en procesos concursales, sino todo lo contrario, que se garantice la división de poderes y los derechos de todas las personas. Aún con la gravedad del actual contexto, busco con el presente alternativas para pensar el tiempo post pandemia, lo cual también en cierto modo es un llamado a la esperanza y a buscar motivaciones en ese día después, que no solo es una posición optimista sino una necesidad y, en el caso de las mujeres y hombres de derecho, es una obligación. En ese día después tendremos que replantearnos muchos temas propios del derecho de las obligaciones, contratos, derecho del trabajo, derecho de la seguridad social, entre muchos otros, y obviamente le reservo un lugar de privilegio al Derecho Concursal. Que no se limite a ser meras reglas procesales, que lo son, sino a ser canal válido para estructurar alternativas de recuperación económica más en sociedades con las limitaciones nuestras.

Desarrollo

La ley nro. 24522, que regula en nuestro país la materia concursal (LCQ a partir de aquí), al igual que la mayoría de las legislaciones de la materia en el mundo crisis económicas o financieras de carácter general ha

ocurrido a través de la historia, una observación de los procedimientos concursales clásicos parece indicar que ellos están orientados principalmente a las crisis de los patrimonios individuales. Han aparecido más contemporáneamente otros fenómenos, vinculados a la crisis de los grupos económicos, y fundamentalmente los provocados por las llamadas "crisis sistémicas". Estas últimas pueden tener también distintos grados (regionales, financieras, económicas, políticas, sociales, globales, etc.). Pero ante una crisis sistémica como la actual debemos analizar y plantearnos poner en crisis la tradicional regulación concursal y mutarla a un régimen que busque articulando desde la solución para la crisis de patrimonios individuales encuentre una solución a la crisis sistémica. Tarea difícil pero necesaria. La crisis sobre la que trabaja el derecho concursal es la crisis financiera, que puede ir acompañada o no de una crisis económica. Esta última puede manifestarse por dificultades generadas en los diversos ámbitos de la empresa sin que produzca una crisis financiera en toda regla. Ante toda situación falencial se debe con las normativas aplicables buscar compatibilizar los intereses enfrentados entre deudor y acreedores. Dicha acción se puede lograr con la articulación de acciones que permitan disminuir costos, proteger el patrimonio de los acreedores y, en caso de ser posible, que la unidad productiva del deudor continúe en tanto sea económica y socialmente viable. La solución concursal no debe limitarse a una respuesta económica al problema. Ello porque ante una situación falencial no estamos solo ante un problema económico, sino que estamos ante una situación de crisis sistémica de la unidad productiva (sea proveedora de bienes o de servicios). Por lo cual se deben analizar alternativas que busquen soluciones que reviertan dicha situación de crisis sistémica de la unidad productiva, pero buscando que dicha solución prevea satisfacer a los acreedores. Obviamente es un equilibrio difícil de lograr, pero que debemos intentarlo. Ante dicho contexto hoy lo vemos agravado por la crisis sistémica no solo local que la irrupción y duración de la actual pandemia.

Debemos explorar alternativas creativas ante una situación grave como la actual y potenciar mejorando, en función de la experiencias que surja de la casuística. Institutos de nuestra ley concursal, que pueden contribuir al desarrollo empresarial, tales como:

a. APE: "Según lo establecido por la LCQ 72 in fine, la publicación de los edictos haciendo conocer la presentación del acuerdo preventivo extrajudicial para su homologación implica la suspensión de todas las acciones de contenido patrimonial contra el deudor en los términos previstos en la LCQ 21, con las excepciones allí previstas". "Tal suspensión alcanza a todos los acreedores por causa o título anterior a la presentación y posee un efecto decisivo para el

éxito del instituto”[41]. “Si bien es cierto que el APE se genera en sede no jurisdiccional mediante la obtención de las conformidades respectivas, su vocación, intención y causa fin es resolver el estado objetivo de insolvencia o dificultades económico-financieras. La ley confiere a los acreedores y al deudor la base de solución de la crisis, pero esa estructura contractual solo será eficaz concursalmente después de trámites caracterizadamente concursales y la homologación judicial”. “Si bien el deudor tiene amplias facultades para acordar las modalidades con sujeción a las cuales serán cancelados los créditos comprendidos en el acuerdo (LC 71 y cetes.) Aquellas deben ejercerse regularmente (erg. CSI: 953, 1071 y cctes. y LC 52) para hacer posible su oponibilidad a terceros no participantes”. “El magistrado cuenta con la facultad de ponderar si ha existido un ejercicio abusivo de un derecho para lo cual debe tener en cuenta, entro otros elementos, si ha existido intención de dañar, si el perjuicio ocasionado es anormal o excesivo, si se ha actuado de manera irrazonable ó si la conducta es contraria a la moral y las buenas costumbres”. “Dado que el acuerdo preventivo extrajudicial participa de los mismos principios que los acuerdos concursales judiciales, resulta aplicable a su respecto el art. 52 inc. 4° de la ley 24522 en cuanto establece que el juez no podrá homologar una propuesta abusiva o en fraude a la ley”[42]. “sin entrar en el examen de las discusiones doctrinarias que ha generado el asunto, parece claro hoy que el APE sometido a homologación es uno de los tipos de concursos admitidos por la ley. Así se infiere no solo de su finalidad y consistencia —permitir al deudor superar su crisis económica por vía del sacrificio de sus acreedores—, sino principalmente de los efectos que de dicha homologación derivan, los que inequívocamente le otorgan ‘tipicidad’ concursal. Es que, homologación mediante, el acuerdo trasciende a sus celebrantes para extenderse a todos los acreedores del deudor, incluso disidentes y ausentes, adquiriendo así la nota específica y esencial del concordato”[43].

b. *Crown Down*: “Para la Excma. CSJN, aquella sentencia (…) ‘resulta irrazonable y alejada de la naturaleza y finalidad

41 “Petroquímica Panamerica S.A. c/Alquimaq S.A. s/ ejecutivo” – CNCOM – SALA D – 20/02/2020
42 “Geprin S.A. s/ acuerdo preventivo extrajudicial” – CNCOM – SALA B – 21/02/2013
43 “Transportadora de Gas del Norte SA s/ concurso preventivo” – CNCOM – SALA F - 12/06/2012

> que tiene el procedimiento de salvataje', pues 'limitar la legitimación para impugnar dicho procedimiento solo a quienes, por su carácter de acreedores, poseen derecho a voto, dejando de ese modo de lado a terceros que la norma habilita expresamente a participar en las mismas condiciones que quienes tienen un crédito a favor en el concurso, constituye una interpretación ajena a la finalidad de dicho procedimiento'"[44]. "El art. 51 de la ley concursal establece que tramitada la impugnación y si el juez la estima procedente, se debe decretar la quiebra. Si se trata de una sociedad de responsabilidad limitada, sociedad por acciones y aquellas en que tenga participación el Estado, se aplica el procedimiento previsto en el art. 48. La normativa es contundente al establecer que, si se hace lugar a la impugnación, corresponde declarar la quiebra o recurrir al procedimiento previsto en el art. 48. En este contexto, la decisión del juez de no declarar la quiebra carece de fundamento legal. Ninguna disposición de la ley concursal admite la posibilidad de que el deudor subsane los defectos del acuerdo presentado luego de que ha sido rechazada la homologación por sentencia definitiva, para que presente una nueva propuesta, abriéndose un nuevo período de exclusividad e impugnaciones, como ocurrió en el caso. Dicha posibilidad de subsanación no surge de la letra de la ley y tampoco es coherente con sus fines"[45].

"En lo atinente a los defectos en la convocatoria efectuada para el procedimiento establecido por el artículo 48 L.C.Q., según la reforma de la ley 25.589, la concursada sostiene que la reforma legal modificó la convocatoria de terceros interesados, pues no alude actualmente a la transmisión de ninguna empresa en marcha, sino a la adquisición de las cuotas o acciones de la sociedad concursada. Por consiguiente, al haberse convocado a los terceros según el texto de la anterior norma —verbigracia: 'adquisición de la empresa en marcha'—, alega que esto 'pudo' generar un estado de incertidumbre incompatible con el interés de los posibles 'legitimados' para participar en el salvataje. Al respecto, corresponde advertir liminarmente que —como bien señala la propia apelante—, el agravio o perjuicio que alega es eventualmente invocable por los 'terceros legitimados' para participar en el salvataje y no por la propia sociedad fallida, pues ella carece de legitimación hasta tanto se hubiere inscripto algún interesado en el registro pertinente (cfr. doc. art. 48:4 L.C.Q.). Por ende, tampoco se encuentra en condiciones sustanciales

44 "Complejo Agroindustrial San Juan S.A. s/ Concurso preventivo" – CSJ DE TUCUMAN – 02/05/2016

45 "Frigorífico Doina SA s/ concurso preventivo" - CNCOM - SALA E - 05/04/2006

ni procesales de representar los eventuales intereses de estos terceros (v. Heredia *Tratado Exegético de Derecho Concursal*, t. 5, pág. 737/8, Bs. As. 2002). En tal contexto, este capítulo de la apelación carece de un requisito de admisibilidad subjetivo como es el agravio, ya que no existe un interés jurídicamente tutelable del aquí recurrente, recaudo genérico de los actos procesales de parte (Palacio Lino, *Derecho procesal Civil*, T. V, pág. 85; cfr. doc. art. 242, Código Procesal; v. esta Sala, 10.3.09, en 'Banco Macro c/ Ozzan Diego Martin s/ ejecutivo')"[46]. Ante una crisis sistémica como la actual debemos superar esa falsa dicotomía e ir a un régimen falencial que busque la integración del acreedor con el deudor buscando reinsertar a este en la rueda productiva tornando a través de reorganizaciones societarias viable económica y socialmente la unidad productiva y de ese modo generar un flujo de fondos que ayude a cumplir las obligaciones con los acreedores y más aun aquellos acreedores que también son proveedores lograr por dicho circuito virtuoso una maximización de la riqueza de la zona donde dicha crisis empresaria que devino en solución concursal, y de ese modo lograr que dicha solución concursal sea realmente tal. Contrariamente a lo que se piensa en ámbitos cercanos al mundo jurídico, creo que este fenómeno es único y ni siquiera asimilable a la crisis de Argentina del año 2001, porque esta crisis es mundial y no solo local. Ello lo podemos ver solo como un obstáculo, pero lo que propongo es que sea un motor para pensar ideas que en la post pandemia que nos ayude a todos a solucionar estos problemas. Al menos debemos intentar resolverlos. Buscando realizar los cambios normativos que en consecuencia faciliten la solución a la problemática que la insolvencia produce no solo en los actores del proceso sino en la comunidad donde están insertos.

En el tiempo actual y en la post pandemia tendremos que evitar que un contexto de emergencia como el actual no vulnere libertades, tendremos que evitar que una situación excepcional no frustre los proyectos de vida de todos, o al menos que dicha afectación no sea tan grande que los destruya por completo. Considero que el centro de todo nuestro trabajo como mujeres y hombres de derecho es la persona humana, que es central tanto en los deudores como en los acreedores de los procesos concursales, o bien como propietarios, o bien como proveedores o bien como trabajadores y aun como acreedores involuntarios. Al respecto, debemos pensar, utilizando términos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina que "el derecho a la vida es el primer derecho natural de la persona humana preexistente a toda legislación positiva que resulta garantizado por la Constitución Nacional […] el hombre es eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo —más allá de su naturaleza trascendente— su persona es inviolable y constituye

46 "Finca Marilia s/ conc prev s/ incidente de apelación" – CNCOM – SALA C – 06/08/2010.

un valor fundamental con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental". Lo cual también es reconocido en el sistema interamericano de DDHH: cabe señalar que la Convención Americana (arts. 1.1 y 2) impone el deber para los estados parte de tomar todas las medidas necesarias para remover los obstáculos que puedan existir para que los individuos puedan disfrutar de los derechos que la convención reconoce. En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, consideró que es "deber de los Estados parte de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos". El derecho a la vida es un derecho humano fundamental, cuyo goce pleno es un prerrequisito para el disfrute de todos los demás derechos humanos. De no ser respetado, todos los derechos carecen de sentido. En razón de dicho carácter, no son admisibles enfoques restrictivos del mismo. De conformidad con el artículo 27.2 de la Convención este derecho forma parte del núcleo inderogable, pues se encuentra consagrado como uno de los derechos que no puede ser suspendido en casos de guerra, peligro público u otras amenazas a la independencia o seguridad de los Estados Partes. El derecho a la vida es un derecho humano fundamental, cuyo goce pleno es un prerrequisito para el disfrute de todos los demás derechos humanos. En virtud de este papel fundamental que se le asigna en la Convención, los Estados tienen la obligación de garantizar la creación de las condiciones que se requieran para que no se produzcan violaciones de ese derecho. Si bien la Corte Interamericana de DDHH expresa claramente que es obligación de los estados, en algunos párrafos como el siguiente: Los Estados tienen la obligación de garantizar la creación de las condiciones que se requieran para que no se produzcan violaciones de este derecho inalienable y, en particular, el deber de impedir que sus agentes atenten contra él. La observancia del artículo 4, relacionado con el artículo 1.1 de la Convención Americana, no solo presupone que ninguna persona sea privada de su vida arbitrariamente (obligación negativa), sino que además requiere que los Estados adopten todas las medidas apropiadas para proteger y preservar el derecho a la vida (obligación positiva), conforme al deber de garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos de todas las personas bajo su jurisdicción, las mujeres y hombres de Derecho no podemos mirar al costado sino que debemos ser actores protagónicos de las acciones que busquen mejorar las condiciones de vida de todos sin distinciones de nivel socioeconómico, sexo, condición sexual, ocupación, creencia o pensamiento político. Podemos y debemos ver a la crisis como una oportunidad para mejorar nuestro contexto, si no lo hacemos estaremos condenados a vivir en una sociedad donde las desigualdades extremas sean la regla y no la excepción, y en una sociedad con una

desigualdad extrema ninguna de las personas podrá alcanzar su proyecto de vida. Si ponernos el objetivo de mejorar el régimen concursal con una visión sistémica contribuiremos a evitar que las desigualdades aumenten de modo crítico. Considero que la definición central de la función de las abogadas y abogados, con las herramientas de nuestra profesión, podemos trabajar para cambiar la realidad para mejor: más libertad, más garantías, más equidad, acceso a trabajos dignos, más salud, más educación, que las prisiones sean sanas y limpias como predica nuestra constitución. Un gran trabajo, sin duda, pero que debemos encarar con gran responsabilidad porque si no lo hacemos, Dios mediante, el mundo postpandemia será un mundo que no será digno de vivir. El derecho solo sirve si con él podemos mejorar la vida de la persona humana que tiene que ser el objetivo de todo orden normativo, si no es así, es letra muerta.

LA CONSERVACIÓN DE LA EMPRESA: DISCORDANCIA ENTRE LO DICHO Y LO HECHO ANTES Y DURANTE LA EMERGENCIA SANITARIA

MENÉNDEZ, Juan A.

1.- La conservación de la empresa constituye uno de los objetivos que justifican un derecho de la insolvencia

Los estudios, investigaciones y debates académicos giran fundamentalmente en torno a los mecanismos adecuados para preservar a esta organización frente a la crisis, en busca de la protección de los numerosos intereses involucrados, que exceden del derecho del deudor y del acreedor, y de la importancia que, especialmente las pequeñas y medianas empresas, tienen en la economía argentina, que —según datos de la Fundación Observatorio Pymes— producen más del 50% de la riqueza nacional y cerca del 70% del empleo[47].

Desde hace tiempo existe consenso sobre cuestiones básicas que deben implementarse para facilitar la superación de las dificultades por las que atraviesa una empresa que resulte viable: actuación tempestiva, incorporación de señales de alarma, modificación del presupuesto objetivo de los procesos concursales, posibilidad de que cualquier interesado inste la solución preventiva, la necesidad de presentación de un plan de empresa o reestructuración o saneamiento, etc. Sin embargo, resulta preocupante y llamativo que esos consensos no se reflejen, o lo hagan de manera insuficiente, ni hayan sido receptados por la legislación concursal.

Esta omisión legislativa se hace más evidente actualmente, en tiempos de emergencia sanitaria, cuyos efectos —sumados a los desequilibrios estructurales preexistentes y el escenario recesivo de los últimos años— colocan a nuestras pymes en una verdadera encrucijada sobre su viabilidad. En lo que respecta a nuestra disciplina, no se ha dictado ninguna norma que contemple la situación de aquellas empresas que transitan un proceso concursal o deben defenderse de los pedidos de quiebras de sus acreedores, pese a los planteos de la doctrina que, mediante jornadas, estudios y presentación de proyectos, reclamaban y reclaman una intervención en la emergencia.

47 https://www.observatoriopyme.org.ar/.

La finalidad del presente trabajo es destacar nuevamente la discordancia o falta de correspondencia entre lo dicho y lo hecho, y la necesidad de elaborar estrategias para que los consensos doctrinarios tengan una adecuada recepción legislativa.

Seguramente que la recepción legislativa de esos instrumentos no constituya una solución generalizada a las crisis de las empresas, fundamentalmente pymes, sin embargo, constituirán herramientas útiles a los fines de permitir una mejor resolución de las dificultades de aquellas que, aun atravesando un proceso concursal, puedan superar la crisis y resulten viables.

2.- Resumen de los consensos

A manera de síntesis, dados los límites de la presente ponencia, comenzaremos por sostener que el primer consenso es "la conservación de la empresa" que, como principio, objetivo, finalidad o premisa prioritaria, se impone al momento de interpretar y justificar un derecho de insolvencia.

Su fundamento reside en el hecho de que la subsistencia de la empresa importa al bienestar general —debe separarse la empresa del empresario— y en la necesidad de contemplar diferentes intereses convergentes involucrados en la misma: los trabajadores, los proveedores, los clientes, la comunidad nacional, el mercado en su conjunto y el estado.

Se advierte, sin embargo, que debe priorizarse la conservación de la empresa siempre que pueda desaparecer la causa de la crisis, para cuyo objetivo será necesario modificar la estructura empresarial[48]; o que debe subordinarse siempre al hecho de que el nuevo ente sea rentable en un futuro inmediato. Sin olvidarse al aplicarlo, que la paz social no implica la preservación ruinosa de una empresa[49].

No hay duda sobre el acuerdo doctrinario en la necesidad de priorizar la "conservación de la empresa", y en el extenso trabajo intelectual que lo justifica, sin embargo, como nos recuerda Richard: "Ni la ley societaria ni la concursal traen una expresa declaración sobre la necesidad de conservar la empresa"[50].

48 Cámara, Héctor. *El Concurso Preventivo y la Quiebra*. Volumen I, p. 14, Editorial Depalma, 1ª reimp., 1980.

49 Kabas de Martorell, María Elisa y Martorell, E. Eduardo. El principio de conservación de la empresa ante la imperiosa necesidad de su revisión crítica. La Ley, 24/03/87, Id SAIJ: DACA870080.

50 Richard, Efrain Hugo. Comunicación al Primer Congreso Colombiano de Derecho Concursal, organizado por la Universidad de Medellín en homenaje al Prof. Dr. Jesús Sanguino Sánchez, Colombia, Medellín, Septiembre de 2007. Disponible en Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba (República Argentina) http://www.acader.unc.edu.ar.

3.- Los consensos en pandemia

A partir del 11 de marzo de 2020, fecha en la cual la Organización Mundial de la Salud determinó que la enfermedad COVID-19 puede caracterizarse como una pandemia, los estados comenzaron a dictar regulaciones de emergencia a los fines de apaciguar los graves efectos de la propagación del virus, que limitaron la libertad ambulatoria y económica, y que determinaron una paralización de las actividades de la mayoría de los sectores de la economía.

A nivel general y con ciertas excepciones, las empresas debieron y deben enfrentar problemas serios, como la imposibilidad de producir y comercializar bienes o prestar servicios; la ruptura de la cadena de pagos, y en términos amplios, las dificultades de mantener un giro comercial frente a las restricciones impuestas; que se suman a las derivadas de la crisis económica que atraviesa el país.

Existió consenso académico en la necesidad de dictar regulaciones específicas y extraordinarias que, por lo menos, minimizaran los efectos de la crisis, y especialmente en nuestra disciplina, la necesidad de adaptar la regulación concursal a la nueva realidad, planteándose lo que se llamó *un derecho concursal de emergencia*, las opciones, los problemas y algunas advertencias[51].

En nuestro país, numerosos espacios dedicaron en análisis de la nueva realidad, elaborando ideas y propuestas de regulación. A manera de ejemplo, a poco de declarada la emergencia sanitaria, la editorial La Ley emitió una edición especial que llamó "El impacto de la pandemia en la empresa"; la *Revista Deconomi*, de la Facultad de Derecho de la UBA, dedicó un número extraordinario a la Pandemia y emergencia empresarial[52]; entre otros.

También se alertó sobre la necesidad de regulación de la renegociación de los créditos incluidos en los acuerdos homologados, planteando que la profunda crisis empresarial, producida por la pandemia, les exige al legislador y a la jurisdicción que generen y habiliten todas las herramientas que puedan aportar, nuevas alternativas para su saneamiento y la continuación de la actividad[53].

51 Rojo, Angel. Reflexiones sobre el Derecho concursal de emergencia. 11 de mayo de 2020. *Blog de la Facultad de Derecho*, Universidad Autónoma de Madrid. Disponible en http://www.blog.fder.uam.es/2020/05/11/reflexiones-sobre-el-derecho-concursal-de-emergencia/.

52 *DECONOMI*, Revista Electrónica del Departamento de Derecho Económico y Empresarial de la Facultad de Derecho, UBA. http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/revista-deconomi/revistas/rev-deconomi-Ed-0006-covid.pdf.

53 Raspall, Miguel. "La crisis y los créditos posconcursales: alertando sobre la necesidad de su tratamiento". Disponible en https://blog.errepar.com/la-crisis-y-los-creditos-posconcursales-alertando-sobre-la-necesidad-de-su-tratamiento/.

Se presentaron numerosos proyecto de ley que, en una apretada síntesis, proponían: creación de un régimen concursal especial para pymes; convenio colectivo de crisis para empleados de la concursada; extensión del período de exclusividad; prórroga de los plazos cumplimiento de los acuerdos homologados; creación de financiamiento especial para concursados; suspensión de ejecuciones en trámite, de pedidos de quiebra, posibilidad de renegociación de los acuerdos homologados, levantamiento de medidas cautelares sin sustanciación; creación de un nuevo procedimiento de restructuración de deuda más simplificado; posibilidad de presentarse en concurso y verificar créditos en formato digital; etc[54].

Asimismo, desde distintos espacios se reclamó la intervención del Estado y se presentaron propuestas. El proyecto de ley de El Arca plantea: saneamiento por deudas de consumo; acuerdo concursal por componedores; concurso preventivo simplificado, con medidas transitorias para la emergencia y propuestas de modificaciones a la ley 24.522[55].

Un proyecto de ley ha obtenido tratamiento parlamentario, pese que a la fecha de presentación de esta ponencia aún no fue sancionado. Si bien el Senado lo aprobó el 31 de julio de 2020, debió volver a Diputados para el tratamiento de las modificaciones propuestas, entre las cuales se mencionan: la de extender la emergencia hasta el 30 de junio de 2021, la aclaración de que serán beneficiarios quienes se declararon en quiebra a partir del comienzo de la emergencia sanitaria; y la exclusión a quienes cometan ciertas operaciones financieras en el exterior.

En resumen, el proyecto plantea que durante el plazo que dure la emergencia se suspenderá el cómputo de plazos procesales en todos los procesos regidos por la ley 24.522, en lo dispuesto al denominado "período de exclusividad". Se establece, además: "En cada proceso, el juez del concurso deberá fijar fundadamente un nuevo cronograma para dicho período contemplando la suspensión dispuesta y fijando la fecha de los actos pendientes a partir de la misma". En el caso de los juicios que se inicien a partir de la vigencia de la ley, el plazo previsto en el artículo 43 de la Ley de Concursos y Quiebras será de 180 días, pudiendo el juez, a pedido del deudor, en las condiciones establecidas por dicha norma, extenderlo por única vez en 60 días adicionales.

También se suspenden "los procesos de ejecución de cualquier tipo de garantías de obligaciones financieras, incluidas las ejecuciones de garantías de cualquier tipo respecto de los fiadores, avalistas, codeudores

54 Disponible en https://www.marval.com/publicacion/proyectos-de-reforma-de-la-ley-de-concursos-y-quiebras-a-raiz-del-coronavirus-13687.
55 Mallo, Rafael, "Propuestas desde El Arca para el régimen de los concursos y para la insolvencia en la emergencia" disponible en http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/revista-deconomi/articulos/Ed-0011-N05-MALLO.pdf.

y otros obligados respecto a las obligaciones de los sujetos concursados comprendidos en la emergencia". Y se contempla la suspensión de "la totalidad de las subastas judiciales y extrajudiciales, incluidas las hipotecarias y prendarias de cualquier origen que estas sean", al tiempo que se prohíben "nuevos embargos sobre cuentas bancarias, excepto para el caso de los procedimientos de comprobación y pronto pago de créditos laborales, y créditos de origen alimentarios".

Pese a ello, hasta el momento, no se ha dictado ninguna norma que respondiera al pedido de la doctrina y de distintos ámbitos de estudio, y este es el planteo de la ponencia: la discordancia o falta de correspondencia entre los consensos doctrinarios sobre cuestiones básicas y elementales del derecho concursal y la legislación pertinente.

Un análisis crítico al proyecto de ley, que también señala el divorcio entre lo jurídico y lo político, lo ha efectuado la Dra. Lidia Vaiser, planteando que, en rigor, no constituye una reforma legislativa, sino una "suspensión de ciertos plazos ínsitos en el proceso concursal" y en las ejecuciones y liquidaciones vinculadas a estos, entre otros cuestionamientos[56].

4.- Algunas posibles explicaciones

Afirmaba Cámara, al plantear la imperiosa revisión de la ley 11.719, que el destino natural de los ordenamientos sobre la insolvencia es el de ser retocados y corregidos continuamente, porque sus previsiones resultan siempre efímeras dada la extrema movilidad y susceptibilidad del crédito —a cuya protección tienden—, y también porque la astucia e ingenio de los intereses privados logran al poco tiempo eludir las trabas legales… el fraude parece inherente a este instituto y propio del proceso expeditivo impuesto por razones de orden práctico[57].

Efraín Hugo Richard comenzaba su trabajo de la siguiente manera: "¿Podremos atenuar la crisis empresarial que ya se ha instalado? transcribiendo una frase del sociólogo Gabriel Tarde "Un proceso civil es casi siempre la consecuencia y el síntoma de falta de honradez, cuando no un delito más o menos disfrazado o disimulado", si bien advertía sobre el intento de provocación de la idea, y que la misma "podrá quedar fácilmente desacreditada si ante el fenómeno sanitario y patrimonial que estamos atravesando, no tenemos otra posibilidad que llevar las causas masivamente a Tribunales"[58].

56 Vaiser, Lidia. "Un proyecto de ley tardío, fallido, casi inocuo", El Dial, 08/09/2020. MJ-DOC-15520-AR | MJD15520.

57 Cámara, Héctor. *El Concurso Preventivo y la Quiebra*. Ed. Depalma, 2ª reimpresión, 1982, pp. 4/5.

58 Richard, Efraín Hugo. "¿Podremos atenuar la crisis empresarial que ya se ha instalado?" *DECONOMI*, año III, número 2, disponible en http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/

Estas breves referencias doctrinarias evidencian una presunción de fraude sobre los procesos concursales que podría explicar, parcialmente, la prudencia o la omisión legislativa. Aun cuando no se comparta la conclusión y aun cuando las causas que provocan la actual crisis sobre la empresa sean objetivas, externas y se desvinculen del accionar del empresario, de los deudores, de los acreedores y de medidas adoptadas sobre un determinado sector de la economía.

Otra posible explicación es la decisión consciente del legislador de abstenerse frente a la emergencia, de modo tal que el derecho vigente continuara aplicándose en materia concursal, sin "interferencias". Como sostiene Rojo, el confinamiento de la población y el cese de la actividad económica producto de la pandemia colocan al Poder Ejecutivo frente a dos opciones, la primera abstenerse o intervenir, y esta última frente a la decisión de excepcionar o reformar[59].

En ese sentido, el tratamiento tardío, incompleto y demorado de un proyecto de ley, que a la fecha no se ha sancionado, acredita que se resolvió abstenerse bajo la apariencia de una frustrada intervención simulada.

La abstención u omisión del Poder Ejecutivo Nacional ha sido puesta de manifiesto por numerosos referentes de la doctrina concursal. Vítolo la califica como "el insólito silencio del Estado frente a la crisis empresaria" en un trabajo en el que detalla los proyectos presentados y plantea un modelo de rescate[60].

Por último, la falta de correspondencia señalada puede entenderse como una discordancia aún mayor entre lo jurídico y lo político. Entre dos dimensiones autónomas aunque interdependientes, pero como se ha señalado, el derecho sin la política se pierde en la ineficacia[61].

Resulta una conclusión evidente que la doctrina concursal argentina no ha podido influir en la política a los fines de obtener una legislación concursal acorde a los tiempos, lo que implica repensar los medios necesarios para que esos consensos sean receptados en la forma esperada, entendiendo que nuestras universidades; los colegios profesionales; las jornadas, congresos específicos y sus conclusiones; y la comunicación directa a nuestros legisladores revisten un rol fundamental a tal fin.

revista-deconomi/articulos/Ed-0006-N07-COVID-RICHARD.pdf.

59 Rojo, Angel. *Reflexiones… ob. cit.*

60 Vítolo, Daniel R. "COVID-19 y empresas en crisis: ¿reformas a la ley de concursos y quiebras o Plan Marshall?". *Doctrina Societaria y Concursal ERREPAR (DSCE)*. Agosto, 2020.

61 Morea, Adrian Oscar. *Las relaciones entre la política y el derecho*. Id SAIJ: DACF200221.

5.- Algunas reflexiones

Ha transcurrido un tiempo prudencial desde que la emergencia sanitaria fue declarada. Existen consensos sobre la forma y el modo de intervenir, pese a lo cual no se ha dictado siquiera una norma en materia concursal que permita asumir su crítica.

La omisión apuntada transcurre en tiempos de pandemia, donde las especiales circunstancias determinan la necesidad del aporte de herramientas e instrumentos que permitan a las pymes superar la crisis por la que atraviesan.

Me permito concluir con dos ideas del mismo autor.

1) Maffía, al plantear en 1985 que la consigna de la hora era la conservación de las empresas socialmente útiles, concluía en la necesidad de "terminar con la quiebra vista como procedimiento concursal único o preponderante, terminar con los procedimientos concursales vistos como problema de acreedores y deudor, terminar con la concepción bonelliana de la insolvencia como presupuesto de todo posible concurso, terminar con las 'soluciones preventivas' conceptual y lingüísticamente vinculadas a la quiebra; conferir de una buena vez importancia prioritaria a la generalidad de intereses atados a la conservación de las empresas socialmente útiles, en primer lugar los puestos de trabajo; consecuencia de lo último, empezar de una buena vez a buscar remedios para los inconvenientes que soporta una empresa de importancia social tan pronto se adviertan, a instancias de cuantos interesados merezcan reconocerse a los fines de esa legitimación: órganos societarios de decisión, de administración, de control, accionistas o al título que fuere partícipes minoritarios en el capital de la sociedad; acreedores, representantes del personal, cámaras empresariales a solicitud de proveedores, empresas vinculadas, etc; intervenir cuanto antes, sin esperar a que la insolvencia se instale y además se exteriorice en los famosos 'hechos reveladores' de hace ochenta años"[62].

2) "Sí: la consigna es superar las dificultades de las empresas socialmente importantes, y para ello la intervención ha de ser tempestiva. Clarito, al punto de que nadie lo discute. No tan claro, en cambio, cómo efectivizar los buenos deseos"[63].

Antes y ahora, el problema es el mismo. Existen diagnósticos correctos y consensos doctrinarios. No se discuten ni los fundamentos ni la necesidad

62 Maffía, Osvaldo J. *Derecho Concursal*, Tomo I, Depalma, 1993, p. 192.
63 Maffía, Osvaldo J. *Ob cit.*, p. 181.

ni la conveniencia de la intervención y reforma legislativa en materia concursal, el problema está, como dijo el recordado maestro, en quién le pone el cascabel al gato.

¿HACIA UN DERECHO CONCURSAL DE CARÁCTER METAPATRIMONIAL?

NAGEL, Emanuel

I.- El derecho de la insolvencia y el "derecho de gentes"

Indiscutiblemente, y sin perjuicio de la adhesión por Argentina en el año 1972 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados —ley 19.865—, tratado que contiene ponderables reglas sobre la interpretación y aplicación obligatoria de los tratados en los Estados ratificantes (arts. 28 y 29 de la Convención), la reforma constitucional de 1994 trajo consigo un sustancial avance en cuanto a la incorporación de tratados internacionales de derechos humanos que tienen jerarquía constitucional —de conformidad al art. 75, inc. 22—, y sumado a ello las otras normas internacionales vigentes en el Estado, que sin tener dicha jerarquía, son aun superiores a las leyes internas. La incorporación de dicho plexo normativo obliga entonces a ser criteriosos en la actividad jurídica. Indefectiblemente se deben contemplar los principios y valores del sistema jurídico a la hora de pedir o de definir soluciones. En este aspecto, el derecho concursal no ha sido ajeno y ha sido prolífera la labor de abogados y jueces; se han fijado en varios fallos criterios de interpretación y solución que abalan lo antedicho[64].

1. El derecho concursal frente al Código Civil y Comercial. Las exclusiones a la garantía común de los acreedores. Cuestiones puntuales

Brevitatis causae, solo algunas reglas opto por citar de las que ha traído el derecho de fondo que entró en vigencia en el año 2015.

1.1. La garantía común y los bienes inembargables. Si bien se mantiene

64 Por citar Leading Case con criterios diversos en primera, segunda instancia y en lo resuelto por nuestro máximo tribunal. Votos en disidencia de los ministros Maqueda y Rosatti, respectivamente, "Pinturas y Revestimientos aplicados S.A." (Fallos: 337:315), CSJN, "Institutos Médicos Antártida s/ quiebra s/ incidente de verificación ("R.A.F. y L.R.H. de F.")", CS, AR/JUR/1632/2019, este último temporalmente posterior, pero casi inmediato —aunque con criterio diferentes criterios, argumentos e integración de la mayoría— al precedente CSJN, "Institutos Médicos Antártida s/ quiebra s/ incidente de verificación ("R.A.F. y L.R.H. de F.")", CS, AR/JUR/1632/2019.

el principio general de que el patrimonio del deudor es la garantía común de los acreedores (arts. 242 y 743), dicho régimen tiene varias excepciones que están tratadas en el mismo cuerpo normativo. En esta senda, el artículo 743 dispone que cualquier acreedor puede exigir la venta judicial de los bienes de su deudor a los fines de satisfacer su crédito, y que todos los acreedores pueden ejecutar dichos bienes en forma igualitaria, excepto que exista alguna causa legal de preferencia —lo que nos remite a la insuficiencia, y por ende al régimen concursal—. Por ello, debe señalarse que el derecho concursal forma parte del derecho patrimonial común[65]. Normalmente se analiza el fenómeno del incumplimiento en las obligaciones como una cuestión individual entre un deudor y un acreedor a quien la ley asigna acciones para efectivizar su crédito sobre el patrimonio de aquel. Sin embargo, el derecho concursal aprehende una realidad material vinculada al incumplimiento, pero mucho más amplia: la insolvencia, ante la cual todos los acreedores del deudor común ejercen derechos sobre todos los bienes que componen su patrimonio. En efecto, cuando un sujeto se encuentra afectado por la situación de cesación de pagos, la ley concursal regla procedimientos de saneamiento o, en su caso, de liquidación, procesos que deben hacer realidad el principio de la responsabilidad patrimonial ante los acreedores mediante la habilitación de un proceso universal que sirva para la recomposición activa y pasiva del patrimonio del deudor. Ahora bien, la regla general reconoce excepciones. El Código se encarga de establecer específicamente las exclusiones a la garantía patrimonial. El artículo 744 del CCyCN enumera ciertos bienes que han sido excluidos de la garantía común y, consecuentemente, se encuentran exentos del poder de agresión de los acreedores. Estas se constituyeron como una novedad en la regulación del derecho sustancial codificado y responden a situaciones en las que el legislador ha valorado que por diversas razones —fundamentalmente por el respeto a la dignidad humana— es indispensable sustraerlos de la acción de los acreedores. El régimen anterior no contenía enunciación similar, de forma que esto se encontraba regulado en leyes especiales —la LCQ contiene una enumeración de bienes excluidos de la garantía en el art. 108— y en normativas procesales. Asimismo, por la norma incorporada en el artículo 697 del citado cuerpo, queda virtualmente derogada la contenida en el inciso 3 del artículo 108 LCQ relativo a los frutos de los bienes de los hijos menores, que corresponden a ellos aun cuando sean administrados por sus progenitores, que en todo caso están obligados a preservarlos.

1.2. La garantía común y la protección de la vivienda familiar. Además de los bienes considerados dignos de protección conforme lo expuesto

65 Rivera, Julio César, *Instituciones de Derecho Concursal*, Santa Fe, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2003, t. I, p. 17.

ut supra, declarándolos "inembargables", el Código dedica un acápite al "régimen de la vivienda", que se encuentra protegida no solo por el sistema que se instituye a partir del artículo 244 del Código Civil y Comercial, sino también por los artículos 456 y 522, en caso de que el deudor se encontrare casado o tuviera unión convivencial inscripta, lo cual configura una verdadera novedad y un ámbito de protección más amplio. Expresa sobre el punto Aída Kemelmajer de Carlucci[66] que la relevancia de la vivienda no es solo su valor patrimonial, sino también extrapatrimonial, pues si bien en el plano material otorga a la persona amparo a su integridad física, jurídicamente tiene un alcance más amplio: es el espacio que garantiza la efectividad de los derechos de la personalidad y, consecuentemente, se transforma en el centro de la esfera de su intimidad, el santuario de la vida privada.

Así, el sistema de protección que consagra el Código es superador del viejo esquema de la ley 14.394: tutela ya no solamente la vivienda familiar, sino que amplía el alcance de la protección jurídica a la morada personal. Así las cosas, el avance respecto al sistema anterior es la autorización para su constitución a favor del titular de dominio sin familia, atendiendo a la situación cada vez más frecuente de personas que viven solas, lo que constituye un aspecto sociológico que se ha incrementado notablemente en los últimos tiempos, y que ha tenido entonces un adecuado reconocimiento. El legislador consigna la protección también para estos supuestos.

2. El diálogo de fuentes. Importancia de los principios generales del derecho

El Código incorpora normas relativas a la aplicación del derecho. Existían disposiciones de este tipo en la legislación velezana, pero ahora expresamente se incorpora entre las fuentes de aplicación a las disposiciones contempladas en la Constitución Nacional y Tratados internacionales vigentes. Asimismo, se impone al magistrado la necesidad de resolver teniendo en cuenta la finalidad de las normas e interpretando las leyes de modo coherente con todo el ordenamiento jurídico. Esta disposición obliga a contemplar intereses que exceden las tradicionales discusiones en torno a la prevalencia de los intereses que "protege" o pretende proteger el derecho de la insolvencia. ¿Corresponde la protección del interés social o debe darse preminencia al interés de los acreedores en todas las soluciones? No es menos importante mencionar la defensa de la competencia, la competencia desleal, los derechos de los consumidores y usuarios, esto es, la regulación de la actividad

66 Kemelmajer de Carlucci, Aída, *Protección jurídica de la vivienda familiar*, Buenos Aires, Ed. Hammurabi, 1995, pp. 24 y ss.

económica empresaria en el mercado, la licitud y transparencia de la actuación; todos temas abordados en actividades académicas nacionales e internacionales, existiendo leyes modelo, y una tendencia universal en el derecho comparado hacia su legislación y control. A esto no es ajena la insolvencia y la situación de la empresa que se encuentra en ese estado, que se pretende superar y para lo cual son insuficientes los mecanismos concursales, razón que nos obliga a repensar las soluciones desde las distintas aristas que confluyen —por ejemplo, la cuestión referida al voto hostil, la exclusión del competidor en el mercado, la necesaria, compleja y ardua tarea de valoración que corresponde hacer al magistrado concursal en pos de una solución justa que contemple los intereses que convergen en estas situaciones, no solo referidas al voto, sino también a la participación en los procesos de adquisición de empresas por la vía del artículo 48—. Entonces, y sin pasar revista de las distintas voces vertidas sobre los puntos que menciono, propongo que el interés concursal debe contemplar a todos estos, de manera que las soluciones en los procesos concursales deben tener una perspectiva integral, contemplando incluso el "interés general", o interés de la sociedad que se ve afectada por la crisis de la empresa, aplicando entonces el conjunto de principios y valores que informan al ordenamiento jurídico, pero también generando soluciones compatibles con los derechos humanos fundamentales.

3. El derecho internacional de los derechos humanos y las situaciones frente a la escasez

El constitucionalista Andrés Gil Domínguez, al analizar los fundamentos de los votos de los ministros de la CSJN en el fallo "Asociación Filantrópica Francesa", focaliza el estado actual de la situación en el poder judicial para la cuestión del caso en concreto. El voto de la mayoría, el cual coincide con el de la minoría en "Institutos Médicos Antártida", defiende un Estado legislativo de derecho donde la regla de reconocimiento que establece el alcance de los derechos previstos por la Constitución y los instrumentos internacionales es solamente la ley, sin que la jurisdicción pueda dar a lugar a una excepción ni en casos extremos. Por su parte, la minoría, la cual constituyó la postura triunfante en "Institutos Médicos Antártida", pregona por un Estado constitucional y convencional de derecho donde los derechos establecidos por la Constitución y los tratados internacionales como regla de reconocimiento tienen fuerza normativa y constituyen el techo al cual los jueces deben recurrir cuando deben resolver un caso particularmente extremo como el de M.B.L. La minoría se reservó la facultad de realizar ponderaciones concretas y particulares, aunque no concuerden con las realizadas por el legislador, dado que el caso así lo exigía. La mayoría defiende la postura de que los jueces son meros aplicadores de la ley, estando los contenidos de los derechos solo

regulados por esta y el control de constitucionalidad restringido. En ese sentido, el prestigioso constitucionalista marca la diferencia entre el derecho pasado, actual y proyectado a futuro: "Derecho del pasado, fundado en la ley, del derecho actual y proyectado al futuro, fundado en valores, figurados en convenciones, de donde se extraen principios, a cargo de jueces activistas"[67].

Este rol activista que destaca Gil Domínguez guarda relación con un riesgo concretado y mencionado en *Los Derechos en Serio*, obra en la cual el filósofo jurídico y catedrático Ronald Dworkin demuestra que los nuevos principios emergen de un lugar distinto de las reglas jurídicas en sí mismas. Cuando habla de los principios, se refiere en general a estándares que deben respetarse al pertenecer a alguna dimensión de la moralidad como la justicia, y establece una diferencia inamovible en cuanto a lo que son las normas. Así, frente a hipótesis diferentes, el resultado pueda ser distinto, ya que a los principios no les es aplicable el concepto de validez. Los nuevos principios, intercambiables con las políticas, se formulan teniendo en cuenta aspiraciones, objetivos de conveniencia o metas ideológicas, que no tienen una solución válida definida de antemano, como sucede con las normas. El "peso" debe ser evaluado. ¿Por quiénes? He allí que el aparato estatal, un juez, un gobernante, un funcionario administrativo, que establece sin balanza alguna una medida de peso *ad hoc*[68], conforme las particularidades de lo que se le presenta.

II.- Breve consideración de los intereses que convergen en el marco de la insolvencia

Mucho se ha discutido sobre el "interés concursal", el que se constituiría como el fin propio del derecho concursal y resulta de complejidad no menor, en cuanto involucra distintos tipos de intereses y situaciones que confluyen en el marco de la insolvencia. Así, aparece tanto el del acreedor común como el del privilegiado, el acreedor laboral y sus preferencias, el acreedor vulnerable y el involuntario —sobre el que se ha construido una teoría en la doctrina y jurisprudencia a partir de fructíferos debates y litigios—, orientando a soluciones que procuren de manera eficiente resolver las situaciones de injusticia que la legislación concursal no pudo prever al momento de su sanción; y que por la confluencia de intereses económicos y de poderes de diversos grupos tampoco han podido revisarse en instancias de discusión legislativa. Todos estos aparecen como protagonistas activos de la situación concursal, la continuación de

67 Cf. Gil Domínguez, Andrés. *Convencionalidad, discapacidad y normatividad*. La Ley, 11/02/2019, p. 4.
68 Dworkin, Donald. *Los Derechos en Serio*. España, Editorial Ariel, 2018, p. 73.

la "empresa viable" —sobre la que se habla hace 20 años, aun sin poder precisar un concepto objetivo—, las fuentes de trabajo y las consecuencias dañosas que la desaparición de la empresa puede generar en el contexto de su actuación. Todos los aspectos mencionados en el apartado anterior son intereses que convergen en la situación de quebranto, como también los que pueda tener el Estado —por ser la empresa prestadora de servicios o contratista considerando las facultades que la legislación concursal otorga en relación a los contratos con prestaciones recíprocas pendientes—. Mucho se puede decir además sobre el interés de los socios o accionistas, que en sociedades cerradas han abocado años de trabajo y esfuerzo. Esto en el mejor de los casos, porque también cabrá indagar su deliberada actuación en relación a la falta de dotación de capital, o la postergación del interés social en aras de obtener fines ilícitos o beneficios propios. Lo mismo respecto de la empresa abierta, que habiendo captado recursos en el mercado de capitales, sea cotizando sus acciones, colocando obligaciones negociables, entre otros activos y derivados que invitan a participar y confiar en la empresa, que despiertan frente a la insolvencia temor generalizado por la pérdida de la inversión y apuro por retirar los mismos cuanto antes, situación que agrava aun más el estado de iliquidez de la empresa.

También debemos mencionar al consumidor sobreendeudado, y los fructíferos debates que se vienen dando hace años respecto necesidad de tratamiento particularizado con mecanismos ágiles rápidos, adecuados, económicos y eficaces para dar un cauce a la situación de la insolvencia familiar; al tiempo que también se ha propuesto y contrapropuesto sobre un régimen particular de insolvencia para las pymes —tema sobre el que el Banco Mundial ha elaborado una guía, al tiempo que el Grupo de Trabajo V de la CNUDMI prepara un "Proyecto de texto sobre un régimen de insolvencia simplificado"—. También, citando las normas internacionales, debe mencionarse el caso de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Insolvencia de Grandes Empresas, que en su Capítulo 5, titulado "Protección de los acreedores y *otras personas interesadas*", puntualmente en el artículo 27, expresamente contempla: "*Al otorgar, denegar, modificar o dejar sin efecto alguna de las medidas previstas en la presente Ley, el tribunal deberá cerciorarse de que queden debidamente protegidos los intereses de los acreedores de cada empresa del grupo que sea objeto de un procedimiento de planificación o que participe en él y otras personas interesadas, incluida la empresa del grupo que fuera objeto de las medidas que se otorgaran*".

En suma, el conjunto de personas incluidas en el concepto de *interés concursal* se encuentran en una posición jurídica de conflicto latente al haber recursos escasos (masa activa) para repartir entre los interesados (masa pasiva —y otros—). Ese conflicto inherente a toda insolvencia no

solo se da en el momento final (informe final y proyecto de distribución tras la liquidación en la quiebra, o el pago del dividendo en virtud de un acuerdo homologado), sino que se encuentra plenamente activado durante toda la vida del concurso. El riesgo está siempre presente en el procedimiento y esto obliga a los órganos y funcionarios del concurso a plasmar en la realidad una solución justa al conflicto, en el sentido de contemplar todos los intereses convergentes. En suma, el riesgo puede estar presente en la administración de la masa o ante la existencia de propuestas de adquisición de la masa, por poner dos ejemplos paradigmáticos, aunque también en la negociación de propuestas, en los acuerdos con privilegiados, en los pedidos de grandes grupos o los obstáculos que los mismos tracen.

III.- Conclusiones y propuestas

El CCyCN atravesó las soluciones e interpretaciones en materia concursal. Estas intromisiones se derivaron de los principios y valores jurídicos con los que deben resolverse los "casos" en virtud de los artículos 1 y 2 —muchos de ellos incorporados en la Constitución y en los referidos tratados internacionales de DDHH—, lo que ha guiado nuevas formas de ver las cosas. La fuerte presencia del derecho de gentes, la inviolabilidad y dignidad de la persona humana y la protección de su integridad entre otros valores socialmente ponderables como merecedores de custodia, en determinado contexto sociotemporal, es lo que ha llevado a generar una nueva cosmovisión del derecho, que es consecuencia de la labor de más de medio siglo y que encuentra en el CCyCN, un derecho que ya no mira a sujetos abstractos, difusos, sino que orienta sus directrices a formular soluciones concretas, que contiene principios que deben orientar las mismas, con claras inclinaciones hacia la protección de los vulnerables, de los intereses de los niños y de todos aquellos a los que el derecho llega. Porque esto es una realidad, la abstracción y generalidad que se predican tradicionalmente como características de la ley —como fuente del derecho— generan como consecuencia que muchas veces las soluciones sean injustas, o cuanto menos inapropiadas para cada caso en particular. Asistimos a un proceso importante de transmutación del derecho al que el derecho concursal no puede ser indiferente. Invito a reflexionar sobre el tema y a involucrarnos en los mencionados y en otros que existen. En ese andarivel debemos velar por lograr —cada uno desde su lugar— que las soluciones frente a la insolvencia sean más justas, orientas, razonadas y defendidas en base al conjunto del ordenamiento jurídico, con una visión **integradora** de las diversas fuentes. El siglo XXI nos pone grandes desafíos. No me caben dudas de que una reforma legislativa es necesaria y debe ser debatida concienzudamente contemplando los temas actuales que atraviesan el tratamiento de la insolvencia. Aportemos al intercambio

en pos de reformular los objetivos del derecho de la insolvencia en un todo armónico con el ordenamiento jurídico en general y los principios fundamentales que informan al sistema jurídico, propendiendo a lograr las mejores soluciones con criterios generales, pero también —y como refería antes— pudiendo adaptarlas para brindar la equidad, justicia y rectitud que cada caso reclama.

DERECHO Concursal / PERSPECTIVAS ACTUALES

TOMO I: INSTITUCIONES Y PRINCIPIOS CONCURSALES

EBOOK

REELABORACIÓN DE LOS PRINCIPIOS Y PRESUPUESTOS SUSTANCIALES

UNIVERSIDAD NACIONAL DEL SUR
Departamento de Derecho - Bahía Blanca, 2021

¿PODRÍA EXISTIR EQUIDAD CONCURSAL SIN PERSPECTIVA DE GÉNERO?

CAMMARATA, Martín

1. Introducción

Para responder la pregunta inicial es necesario, en primer lugar, precisar los conceptos de *equidad* y *perspectiva de género*, así como su vinculación práctica con el derecho concursal.

En tal sentido, puede considerarse que la equidad: "Se inscribe intrínseca y necesariamente en la función judicial que consiste en derivar racional o prudencialmente desde el derecho válido y vigente la mejor o más justa solución para cada caso"[69]. En línea con ello[70], se expidió la Corte Suprema de Justicia Nación (CSJN) al indicar que el juez "No solo puede sino debe juzgar con equidad en los casos particulares a su decisión"[71].

En lo que aquí respecta, podríamos afirmar que la equidad concursal consiste en aplicar la solución más justa para cada caso, en atención a la derivación racional, convencional y concreta de la LCQ.

La jurisprudencia recurre frecuentemente a la equidad como fundamento en la aplicación de la LCQ. En este sentido, se ha recurrido a la equidad para:

I) graduar los intereses pactados, morigerando el crédito incorporado en el pasivo concursal[72];

II) evitar que, a los efectos de la mayoría de personas, se compute más de una vez a quien se ha subrogado en los derechos de cinco acreedores concursales[73];

69 Vigo, Rodolfo Luis, "Distintas concepciones de la equidad". Publicado en: *La Ley* 11/05/2015, 1. La Ley 2015-C, 1314.
70 La CSJN ha considerado: "Hacer justicia, misión específica de los magistrados, no importa otra cosa que la recta determinación de lo justo in concreto" (Fallos CSJN: 302:1611).
71 Fallos CSJN: 302:1611.
72 CNCOM., Sala A, 7/8/2013, "Simonelli, María Teresa s/ / conc. prev s/ incidente de revisión (por Segovia Fernández, Agustín)".
73 CNCom., Sala B, 28/08/2014, "Bonelli, Maria Silvina s/ quiebra s/ Incidente de apelación art.250 c.p.c.c.n. por Rossi, Guillermo Ceferino".

III) exceptuar la interposición de una demanda de extensión de quiebra del plazo legal previsto al efecto[74]

IV) eliminar la obligatoriedad de la propuesta concursal residual para quienes no votaron el acuerdo preventivo[75];

V) autorizar al deudor concursado a efectuar pagos postconcursales respecto de obligaciones preconcursales de pago no vencido, por tratarse de créditos con garantía real sobre bienes indispensables para su giro comercial[76].

Existen numerosos ejemplos de sentencias que recurren al principio de equidad al resolver cuestiones vinculadas al derecho concursal, mas no existe tal numerosidad de sentencias que hayan resuelto con equidad y perspectiva de género. Ello, a pesar del estrecho vínculo que las une y a pesar de que la "justicia debe juzgar con perspectiva de género"[77], entendida esta como el enfoque que refiere a la "justicia en el tratamiento de hombres y mujeres"[78] que permite "incluir tratamientos iguales o diferentes en términos de derechos, beneficios, obligaciones y oportunidades, puesto que se apunta a la compensación de las desventajas históricas y sociales de las mujeres"[79].

2. La necesidad de comprender, legislar y aplicar el derecho concursal con perspectiva de género

Podría sostenerse que el derecho concursal argentino, al igual que los sistemas normativos occidentales, instituye una aparente neutralidad de género[80]. Esto es, aparenta remitirse a un ser humano universal y neutral[81], aunque, en realidad, la verdadera idea de sujeto remite al hombre. Una reflexión similar se incluyó en los fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial (CCC), oportunidad en la cual se sostuvo que en

74 CNCom., Sala C, 17/04/2006, "Maderas Ecológicas del Litoral S.A. s/quiebra".
75 Juzgado de Procesos Concursales y Registros Nro. 3 de Mendoza, 22/3/2002, "Pedro López e Hijos S.A. s/conc. prev.".
76 CCiv.yCom. de Rosario, Sala II, 12/08/1999, "Laromet S. A., conc. prev.".
77 Medina, Graciela, "Juzgar con perspectiva de género. ¿Por qué juzgar con perspectiva de género? y ¿cómo juzgar con perspectiva de género?". Publicado en: *SJA* 09/03/2016, 09/03/2016, 1.
78 Romina Pzellinsky (Dir.), "Herramientas para abordar temas de género en el ámbito educativo", MPF, 2018.
79 Romina Pzellinsky (Dir.), "Herramientas para abordar temas de género en el ámbito educativo", MPF, 2018.
80 Julie Dodds Streeton, "Feminist Perspectives on the Law of Insolvency", 6 *Adelaide L. Rev. Res. Papers* 1, 1994.
81 *Protocolo para juzgar con perspectiva de género*, Dirección General de Derechos Humanos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ciudad de México, México, 2020.

"la tradición histórica, el sujeto del derecho privado ha sido el hombre".

Aun cuando no haya existido una reforma con los aspectos valorativos que caracterizan al CCC, no puede negarse que "la normativa concursal está inserta dentro de un todo armónico que es el orden jurídico"[82], lo cual torna exigible el control de constitucionalidad, de convencionalidad y el diálogo de fuentes.

En este sentido, se ha sostenido: "Si las leyes aplicables lo deben ser "conforme" —es decir, a tono, en consonancia o en respeto— Constitución Nacional […] y los tratados de derechos humanos en que el Estado sea parte, ello significa un diálogo inescindible, fluido y permanente entre el derecho constitucional-convencional y el derecho privado"[83].

De allí que sea necesario juzgar con perspectiva de género de manera que la respuesta jurisdiccional logre que los derechos constitucionales y demás previsiones legislativas se concreten en soluciones justas[84]. A continuación, se analizan algunos institutos concretos del derecho concursal que deberían (entre otros) ser considerados desde tal perspectiva.

3. Periodo de exclusividad

En virtud del artículo 43 de la LCQ, el periodo de exclusividad solo se puede extender, en principio, entre los 90 y 120 días computados a partir de la notificación de la sentencia de categorización. Para su graduación concreta, la LCQ refiere al número de acreedores y de categorías.

La aplicación irrestricta de dicha norma podría dar lugar a decisiones injustas en casos concretos. Es por ello que, entre otras circunstancias, se ha justificado la prórroga del periodo de exclusividad por cuanto:

I) las pymes se vieron especialmente afectadas por la pandemia[85];

II) adherirse al plan de pago de la AFIP conllevaba 20 días[86];

82 Juzgado de Procesos Concursales y Registros Nro. 3 de Mendoza, 22/3/2002, "Pedro López e Hijos S.A. s/conc. prev.".
83 Marisa Herrera, Gustavo Caramelo, Sebastián Picasso, *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, 1ª ed., CABA, Infojus, 2015.
84 Medina, Graciela, "Juzgar con perspectiva de género. ¿Por qué juzgar con perspectiva de género? y ¿cómo juzgar con perspectiva de género?". Publicado en: *SJA* 09/03/2016, 09/03/2016, 1.
85 Juz.Nac.Com. Nro. 21, 13/5/2021, "Big Bloom S.A. s/ concurso preventivo".
86 Juz.Nac.Com. Nro. 3, 13/5/2021, "Escuela Argentina de Marketing S.A. s/ concurso preventivo".

III) los acreedores "se encuentran dispersos en distintas ciudades de nuestro país"[87];

IV) el síndico y los integrantes del comité de control prestaron conformidad con el pedido de extensión[88];

V) en la audiencia informativa, la concursada brindó "explicaciones detalladas sobre el estado en el que se encuentra trabajando"[89];

VI) se consideró la necesidad de salvaguardar la empresa y sus fuentes de trabajo[90];

VII) ningún acreedor cuestionó la solicitud de prórroga[91].

Incluso, se ha referido que la extensión del periodo de exclusividad nunca podría considerarse "irrelevante por la relativa poca cantidad de empleados bajo relación de dependencia que presenta la concursada, puesto que […] hoy cada empleo cuenta porque tras un puesto de trabajo hay una familia"[92]. El fragmento citado deja entrever, así como también lo ha sostenido la CSJN, que el periodo de exclusividad reviste una importancia medular en el concurso preventivo por encontrarse estrictamente vinculado con el "espíritu mismo de la ley 24.522 que propende a la solución preventiva"[93].

Entre las múltiples razones que se analizan para extender el periodo de exclusividad, se han considerado especialmente las circunstancias que afectan el aprovechamiento del periodo de exclusividad por parte del deudor concursado, así como el impacto económico causado por la pandemia en las pymes y la importancia de proteger las familias. Sin embargo, no han trascendido resoluciones con perspectiva de género, a pesar de que la pandemia impactó (e impacta) desproporcionadamente en las mujeres.

En este sentido, se destaca que, lamentablemente, la pandemia afectó a las mujeres en aquellas "categorías" que son tenidas en cuenta por los juzgados al extender el periodo de exclusividad:

87 Juz.Nac.Com. Nro. 18, 11/5/2021, "Masa Argentina S.A. s/ concurso preventivo".
88 Juz.Nac.Com. Nro. 5, 28/5/2021, "Argentina Corre S.A. s/ concurso preventivo".
89 Juz.Nac.Com. Nro. 5, 28/5/2021, "Argentina Corre S.A. s/ concurso preventivo".
90 Juz.Nac.Com. Nro. 5, 17/12/2020, "Cia. Argentina de Disfraces S.A. s/ concurso preventivo".
91 Juz.Nac.Com. Nro. 11, 6/10/2020, "Santa Maria de Martin S.A. s/ concurso preventivo".
92 Juz.Nac.Com. Nro. 23, 8/10/2020, "Electro World Group Argentina S.A. s/ concurso preventivo".
93 CSJN, 25/2/2003, "Supercanal Holding S.A. s/conc. prev.".

- **Impacto económico**. Basta con considerar que en la Argentina existe una brecha salarial equivalente al 16,4%[94]. Por si ello fuera poco, la "pandemia del COVID-19 generó un retroceso de más de una década en los niveles de participación laboral de las mujeres en la región"[95], y además "propició el aumento en la brecha entre mujeres y hombres de niveles de desempleo y precarización laboral".
- **Impacto en el aprovechamiento del tiempo**. En la investigación dirigida por la Dra. Karina Bidaseca se concluyó que la: "sobrecarga de trabajo —doméstico, de cuidados y educativos— se expresa de forma significativa en la vida de las mujeres"[96]. Los datos recabados por la Dirección Nacional de Economía, Igualdad y Género resultan ilustrativos de la inequidad en la distribución de las tareas del hogar, por cuanto estas representan "un 15,9% del PIB y es el sector de mayor aporte en toda la economía"[97], y se trata de tareas que son realizadas en un 75,7% por mujeres. Es decir, "más de las tres cuartas partes y, de este modo, dedican diariamente 96 millones de horas de trabajo no remuneradas a las tareas del hogar y los cuidados"[98].
- **Impacto en las familias**: pues "la absorción mayoritaria de estas tareas por parte del género femenino condiciona su inserción en el mercado de trabajo, así como el tiempo que estas personas destinan a otras tareas como la educación, el autocuidado, el ocio, la participación social y política"[99].

Las situaciones expuestas generan un impacto desproporcionado en la vida de las mujeres, que podrían impactar en el aprovechamiento del periodo de exclusividad, y que eventualmente justificarían una extensión de dicho periodo.

En este sentido, si se pretende lograr soluciones equitativas y convencionales, dichas circunstancias e inequidades estructurales deberían ser consideradas al tiempo de extender el plazo de exclusividad en el caso de un concurso preventivo.

94 Ver informe completo en https://www.argentina.gob.ar/noticias/estereotipos-de-genero-y-brecha-salarial-marcan-el-mercado-laboral.
95 https://www.cepal.org/es/comunicados/la-pandemia-covid-19-genero-un-retroceso-mas-decada-niveles-participacion-laboral.
96 Karina Bidaseca, Michelly Aragão Guimarães Costa, Maura Brighenti y Santiago Ruggero: "Diagnóstico de la situación de las mujeres rurales y urbanas, y disidencias en el contexto de COVID-19".
97 Ver informe completo en https://www.argentina.gob.ar/noticias/la-direccion-de-economia-igualdad-y-genero-presento-el-informe-los-cuidados-un-sector.
98 Ibid.
99 Ver nota titulada, "La pandemia profundizó las desigualdades de género", publicada el 10 de marzo de 2021.

4. Análisis de la propuesta concursal en los términos del art. 52 LCQ

Comunicada la existencia de acuerdo preventivo y no deducidas impugnaciones en término (o una vez rechazadas estas), el juez debe pronunciarse sobre el acuerdo preventivo en los términos del artículo 52 de la LCQ. En su párrafo 4, dicho artículo estipula: "*En ningún caso el juez homologará una propuesta abusiva o en fraude a la ley*".

A tal fin, la jurisprudencia ha considerado múltiples circunstancias tales como:

I) los intereses de los acreedores disidentes y ausentes[100];

II) la existencia de un esfuerzo parejo del concursado que descarte que el peso de aquella descanse enteramente sobre el sacrificio de los acreedores[101];

III) la buena fe, la moral y las buenas costumbres[102];

IV) las erogaciones que deberían realizar los acreedores para percibir sus créditos[103];

V) orden público económico[104]; y

VI) las posibilidades del patrimonio concursado[105].

Así, son varios los elementos y consideraciones que se han tenido en cuenta al analizar una propuesta concordataria en la oportunidad prevista por el artículo 52 LCQ, aunque parecería no incluirse la perspectiva de género (al menos no directa y expresamente). Ahora bien, ¿podría dicho análisis prescindir del principio de equidad y del deber de juzgar con perspectiva de género?

Una respuesta en sentido negativo vulneraría la propia doctrina de la CSJN, por cuanto ha destacado: "Los jueces no pueden buscar la fenomenología del acto abusivo […] sino casuísticamente […] lejos de cualquier aplicación mecanicista y con la flexibilidad necesaria para su adecuación a las complejas circunstancias humanas"[106].

100 CCiv.yCom. de Bahía Blanca, Sala I, 14/2/2017, "Jensen, Roberto Alfredo (su patrimonio) s/ quiebra".
101 CCiv.yCom. de Bahía Blanca, Sala I, 14/2/2017, "Jensen, Roberto Alfredo (su patrimonio) s/ quiebra".
102 CNCom., Sala C, 3/10/2011, "DMRT S.A. s/concurso preventivo".
103 CNCom., Sala E, 16/10/2007, "Szwarcberg Hermanos S.A. s/conc. prev.".
104 CNCom., Sala B, 25/8/2009, "P S B S.A. s/concurso preventivo s/incidente de apelación art. 250 cproc.".
105 CCiv.yCom. de Necochea, 12/3/2009, "Frechero, Osvaldo Saúl y otra".
106 CSJN, 15/3/2007, "Arcángel Maggio S.A. s/concurso preventivo s/inc. de impugnación

Tampoco podría, en determinadas ocasiones, efectuarse dicho análisis sin atender a las desigualdades de género que condicionan estructuralmente la economía regional y local. Lo expuesto conlleva a concluir que, dependiendo de las circunstancias del caso concreto, el análisis de la propuesta del acuerdo preventivo en los términos del artículo 52 LCQ debería efectuarse con perspectiva de género.

5. Créditos con privilegios autónomos

La jurisprudencia ha interpretado reiteradamente que el régimen de privilegios de la LCQ es de "carácter taxativo y de interpretación restrictiva"[107]. En los últimos años, con fundamento en lo dispuesto por tratados internacionales, se ha reconocido carácter privilegiado a créditos en favor de:

I) trabajadores, por aplicación del Convenio 173 de la OIT[108];

II) niños, niñas y adolescentes, en virtud de la Convención de Derechos del Niño[109].

En dicho contexto, el estándar internacional de protección de los derechos humanos de la mujer nos interpela a reflexionar sobre el carácter de los siguientes créditos (entre otros):

- **Alimentos**: especialmente, cuando son debidos por el deudor concursado en favor de los niños, niñas y adolescentes que conviven con la madre.
- **Compensación económica**: de otra manera, se comprometería seriamente su finalidad de compensar el "desequilibrio manifiesto" producido por el divorcio.
- **Indemnizaciones en caso de violencia**: caso contrario, se gestaría una nueva vulneración en los derechos de la mujer, por cuanto se incorporaría a la masa concursal un crédito quirografario que quedará sujeto a los términos del acuerdo concordatario.

al acuerdo preventivo". En un sentido similar, se concluyó: "No puede efectuarse un análisis de la propuesta de acuerdo preventivo y de la reformulación efectuada, en forma aislada y totalmente descontextualizada del marco general que imponen las actuales circunstancias socioeconómicas que atraviesa nuestro país". Juzgado de Procesos Concursales y Registros Nro. 3 de Mendoza, 22/3/2002, "Pedro López e Hijos S.A. s/conc. prev.".

107 CNCom., Sala C, 28/11/1997, "Colorín S.A. s/ concurso preventivo s/ incidente de revisión promovido por Aguas Argentinas".

108 CSJN, 26/3/2014, "Pinturas y Revestimientos Aplicados S.A. s/ quiebra". Fallos: 337:315.

109 CSJN, 6/11/2018, "Asociación Francesa Filantrópica y de Beneficencia s/ quiebra s/ incidente de verificación de crédito por L. A. R. y otros". Fallos: 341:1511

Si se pretende lograr soluciones equitativas y convencionales, el carácter de créditos debería ser analizado a la luz de los tratados internacionales.

6. Conclusión

Considerando que el derecho concursal está inserto en un "todo armónico que es el orden jurídico"[110], entre cuyos imperativos constitucionales cabe mencionar la equidad y la igualdad real de oportunidades, la perspectiva de género debería ser considerada en el dictado de sentencias fundadas en la LCQ. A modo ejemplificativo, se han mencionado anteriormente su importancia en asuntos relativos a la extensión del periodo de exclusividad, el análisis de la propuesta concursal en los términos del artículo 52 de la LCQ y el carácter con el que determinados créditos son incorporados al pasivo del deudor concursal.

De esta perspectiva, se pretende evitar que el derecho concursal acentúe las inequidades de género a través de la aplicación mecánica de normas que invisibilizan desigualdades de hecho. En conclusión, dependiendo de las particularidades de cada caso concreto, considero que no podría existir equidad concursal sin perspectiva de género.

110 Juzgado de Procesos Concursales y Registros Nro. 3 de Mendoza, 22/3/2002, "Pedro López e Hijos S.A. s/conc. prev.".

EL COSTO DE LOS DERECHOS. QUÉ DERECHOS PROTEGER FRENTE A LA QUIEBRA

PEREYRA, Alicia S.

Ponencia

Estudiar los costos de los derechos no significa restar importancia al derecho, a la política y la moral. La importancia de reflexionar sobre este tema radica en la necesidad de analizar la relación que existe entre los derechos, por un lado, y la democracia, la igualdad y la justicia distributiva, por el otro. Cass Sunstein y Stephen Holmes[111] son dos profesores norteamericanos, con una larga trayectoria académica, que se han dedicado a investigar el derecho constitucional y la historia del pensamiento político moderno. En su libro —a partir del cual reflexionamos acerca de los derechos a ser protegidos frente a la quiebra del deudor—, plantean una tesis por demás de atractiva. Se preguntan: ¿de qué depende la eficacia de los derechos? Y se responden: depende de los impuestos. Para sostener su tesis, parten de un caso concreto: un incendio ocurrido en el estado de Nueva York, en la región de Westhampton. Los costos materiales del incendio habrían ascendido a 2,9 millones de dólares de no haber sido por la acción eficiente y decidida del cuerpo de bomberos. Al final, los costos materiales ascendieron a 1,1 millones de dólares, menos de la mitad de lo que habrían costado en otras circunstancias. ¿De qué dependió la acción vigorosa y eficiente del cuerpo de bomberos de Westhampton? ¿De su nobleza, de su generosidad, de su altruismo? No: dependió de los recursos con los que contaban. Porque si no hubieran tenido los recursos necesarios, no habrían podido controlar a tiempo el incendio. Con este ejemplo, Sunstein y Holmes buscan dejar en claro que los derechos no son independientes de sus costos; que los unos están asociados intrínsecamente con los otros. Y lo plantearon en los años 90 en Chicago, cuya escuela de pensamiento económica considera que cuando hay menos presencia del Estado, hay más libertad. Entonces, ¿de qué depende la protección efectiva de los derechos frente a la quiebra del deudor? La protección de los derechos NO depende de los privilegios establecidos en la LCQ, sino de la Constitución Nacional, los pactos incorporados y de la normativa toda que rige los destinos de los ciudadanos todos.

111 Reflexiones sobre el libro de Cass Sunstein y Stephen Holmes.

1. ¿Cuánto cuestan los derechos?

Se suele distinguir entre derechos civiles y derechos sociales, considerando que los civiles son más valiosos que los sociales. Sin embargo, todos los derechos comparten una estructura en común, que no depende de la moral ni de la ética, sino de la economía. Sunstein y Holmes definen a los *derechos* "como intereses importantes que pueden ser protegidos de manera confiable por individuos o grupos usando instrumentos de gobierno". *Costos* significa los costos incluidos en el presupuesto[112]. Todos los derechos le cuestan al Estado, aunque sea extendida la creencia de que nuestros derechos más fundamentales no tienen costo alguno. Si no se invierten recursos en un derecho, este no pasará de ser una mera declaración sin efectos concretos. Es por ello que todos nuestros derechos —sin distinción alguna—, dependen de los impuestos recaudados por el gobierno y la afectación que se haga de ellos en el presupuesto. Eso significa que no es posible pedir, al mismo tiempo, que la política reduzca impuestos y dé garantía plena a nuestros derechos. Pero sí se puede pedir que se haga una distribución responsable y equitativa de los mismos. Los derechos y las libertades individuales dependen fundamentalmente de una acción estatal vigorosa.

1.1. Los derechos protegidos por nuestra Constitución Nacional

El artículo 14 de la CN establece: "*Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a la Leyes que reglamenten su ejercicio; a saber: de trabajar y ejercer toda industria lícita; de navegar y comerciar, de peticionar a las autoridades; de entrar, permanecer, transitar y salir del territorio argentino; de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa; de usar y disponer de su propiedad; de asociarse con fines útiles; de profesar libremente su culto; de enseñar y aprender*", y el artículo 14 bis de la CN establece: "*El trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes, las que asegurarán al trabajador* […]*; la protección integral de la familia; la defensa del bien de familia; la compensación económica familiar y el acceso a una vivienda digna*".

112 *Ibídem*, p. 34.

1.2. ¿Cuándo y cómo existen los derechos?

A partir de este reconocimiento en nuestra Constitución Nacional, los derechos "interesan" porque hay un sistema legal efectivo que los trata como tal y que debiera utilizar recursos colectivos para defenderlos. Interesan porque debiera existir una capacidad creada y mantenida por el Estado para evitar o compensar daños, para acotarse y restringirse, para velar por su correcto uso, evitando el uso abusivo de los derechos. Pero no es todo: **el derecho solo existe cuando tiene un costo presupuestario, cuando está incluido en el presupuesto del Estado**. La educación, la protección de la propiedad privada, la libertad de expresión, la seguridad social, el debido proceso y el voto son algunos de los derechos que más valoramos. Y no son gratuitos, sino que cuestan dinero. Es decir que requieren la permanente inversión estatal. Los derechos existen a partir de la decisión política del Estado de protegerlos y garantizarlos. No obedece a un atributo intrínseco de los derechos, sino a que es el Estado, a través de sus órganos administrativos, el que decide qué derechos proteger y con qué intensidad, por lo que es imperativo poner énfasis en la forma en que se toma esa clase de decisiones.

1.3. ¿Qué derechos protege el Estado?

Imaginemos que una persona pone en peligro el orden interno y la seguridad pública. El Estado, de manera inmediata, tratará de evitarlo. Esta actuación no implica un gasto oneroso extra y, por lo tanto, puede ser asumido por el Estado. Al Estado no le cuesta mucho, en términos económicos, evitar que un vecino altere el orden interno y la seguridad pública, porque ya hay una estructura montada para ello: un cuerpo de policía cuya función es garantizar el orden interno y la seguridad pública. Imaginemos también que una persona no tiene dónde pasar la noche y demanda al Estado que le proporcione una vivienda. No obstante a que el artículo 14 bis de la CN dice: "*El Estado otorgará* […] *el acceso a una vivienda digna*", no goza del derecho a que el Estado le proporcione inmediatamente una vivienda. Porque garantizar este derecho es muy costoso para el Estado. Y porque, dado que tiene recursos limitados, elige dar prioridad a los derechos que considera más urgentes (como la seguridad), y gastar en ellos. Interpreta Campos Bernal —acerca de la tesis de Sunstein y Holmes— que, en el primer ejemplo, al Estado no le cuesta mucho, en términos económicos, evitar que una persona ponga en peligro el orden interno y la seguridad pública: "*Porque ya hay una estructura montada para ello: un cuerpo de policía cuya función es garantizar el orden interno y la seguridad pública* […] *un policía lo puede detener. En el segundo ejemplo, en cambio, el Estado no puede reaccionar con igual rapidez y eficacia, salvo que lo hubiese previsto* […] *Si ya hay un cuerpo*

de policías cuya finalidad es garantizar la seguridad pública y el orden interno es porque el Estado ya destinó recursos públicos para ello. No es el caso de la vivienda donde, como se plantea en el ejemplo, el Estado no ha destinado recursos suficientes para su satisfacción inmediata"[113]. Todos los derechos cuestan. Y, por lo tanto, su protección y garantía no obedece a un atributo intrínseco de los derechos, sino a una decisión política. **Es el Estado, a través de sus órganos administrativos, el que decide qué derechos proteger y con qué intensidad, por lo que es imperativo poner énfasis en la forma en que se toma esta clase de decisiones**. "*Los que describen los derechos como absolutos hacen imposible plantear una importante pregunta fáctica: ¿quién decide en qué nivel financiar qué conjunto de derechos básicos para quién? ¿Y, exactamente quién tiene el poder de decidir esas asignaciones? Prestar atención a los costos de los derechos no solo conlleva cuestiones de cálculo presupuestario sino también problemas filosóficos básicos de justicia retributiva y transparencia democrática*"[114].

> Entonces ¿qué derechos protege el Estado? Solo aquellos para los que destina fondos en el presupuesto. Respecto de los otros, pareciera que el Estado ha decidido no protegerlos, o lo que es lo mismo, no reconocerlos como tales, ya que no destina el dinero para que se hagan efectivos.

1.4. ¿Es el mercado una entelequia que no requiere la intervención estatal?

Hay una corriente de pensamiento que sostiene que el mercado es una entelequia que no requiere la intervención estatal. Sunstein y Holmes consideran que esto es una falacia; que el Estado siempre interviene, ya sea por acción o por omisión. Que existen dos tipos de intervención: una positiva y una negativa. Una intervención positiva es destinar parte de la recaudación de los impuestos a la educación o a la Administración Nacional de Seguridad Social (ANSES), por ejemplo[115]. Una intervención negativa es no asignar una partida presupuestaria para la construcción de las viviendas que necesitan los habitantes del país. O que se decida que determinadas empresas no paguen impuestos y que sea el mercado el que decida de qué manera se van a distribuir los recursos, según el rendimiento de las empresas. Todas nuestras libertades dependen del activismo estatal, de su intervención permanente. Necesitamos —en todos los casos— que existan

113 *Ibídem*, p. 345.
114 Cass Sunstein y Stephen Holmes, Siglo XXI Editores, 2011, p. 153.
115 "Destino de la Recaudación de los impuestos al 31.03.2016", www. mecon.gov.ar.

tribunales abiertos y efectivos (administración de justicia), una policía funcionando (seguridad), mecanismos de controles vigentes (control estatal), sin lo cual aquellas libertades resultarían constantemente amenazadas. Sunstein y Holmes sostienen que la oposición entre mercado libre e intervencionismo estatal está erróneamente fundada, ya que el Estado interviene siempre. Lo que importa es decidir qué intervenciones son apropiadas y justificadas y cuáles no[116]. Aunque no intervenga, el Estado también interviene. En el primer supuesto interviene con mayor intensidad que en el segundo, pues dispone directamente de un recurso en el presupuesto para hacerlo. En el segundo también interviene, porque esa decisión de no hacer nada tendrá efectos en la economía y ha sido tomada en el marco de un proceso democrático. Antes de así decidirlo, tuvo que discutir, plantear razones, escuchar críticas, aprobar una ley, promulgarla, etc. En las propias palabras de Sunstein y Holmes: "*Todo gobierno liberal debe abstenerse de violar derechos, debe 'respetarlos'* [...] *Si el gobierno se desentiende por completo de la economía esta no será libre en el sentido que admiramos, y ciertamente no producirá la prosperidad sin precedentes históricos a la que muchos estadounidenses se han acostumbrado* [...] *Pero la inacción del gobierno, propugna por un sistema económico viciado por la fuerza, el monopolio, la intimidación y los localismos estrechos de miras. La libertad del individuo, su 'derecho a que [los forajidos y los ladrones] lo dejen en paz', no puede separarse de su derecho a recibir ayuda del Estado, es decir, a una serie de servicios públicos (provisiones y protecciones legales básicas) proporcionados por el gobierno*"[117].

1.5. ¿Solo son costosos los derechos sociales?

Durante años, se ha sostenido en los tribunales como una verdad revelada que los derechos sociales —los relacionados con la salud, la educación, la vivienda— son más costosos que los civiles. Esto tiene su explicación en el hecho de que las partidas presupuestarias asignadas para la protección de esos derechos son insuficientes. La negativa a garantizar los derechos socioeconómicos implica desconocer que también los derechos "de primera generación" cuestan dinero. Por ejemplo, ¿cuánto cuesta llevar a cabo una elección política, típico derecho civil? Nadie niega que este derecho deba asegurarse. Sin embargo, muchos resisten la idea de que los derechos socioeconómicos también deben ser respaldados y garantizados con las partidas presupuestarias necesarias. Los derechos, en cuanto requieren una erogación de recursos para su protección, dependen estratégicamente del cobro de impuestos y su inclusión en

116 Roberto Gargarella y Paola Bergallo, Presentación del libro, Siglo XXI Editores, pp. 11/13.
117 *Ibid*, p. 94.

el presupuesto nacional. Esta visión es interesante porque incorpora una dimensión estratégica y de justicia social en el ámbito fiscal. Los impuestos no son meras cargas económicas basadas en el principio de solidaridad, sino precondiciones mínimas para la vigencia de nuestros derechos fundamentales.

1.6. La acción de la justicia para respaldar y hacer efectivos los derechos económicos, sociales y culturales no es suficiente

Los individuos se acercan a los tribunales para pedir que levanten una acción de censura estatal o garanticen las elecciones o el debido proceso; pero resulta harto dificultoso que la justicia asegure el derecho a la vivienda o a la salud de alguien, ya que estos últimos derechos aparecen como "muy costosos", o lo que es lo mismo, no tienen asignadas partidas presupuestarias suficientes para que gocen de ello todos los ciudadanos. Nadie niega que los tribunales deban intervenir para hacer posible la vigencia de los derechos civiles (de primera generación). Sin embargo, se resiste la idea de que los derechos sociales, económicos y culturales deben ser respaldados siempre por los tribunales. La SCJN en su clásico fallo "Ekjekdjian, Miguel Ángel c/ Sofovich Gerardo y otros" (LL1992 C-340), resolvió: "*Una norma es operativa cuando está dirigida a una situación de la realidad en la que puede operar inmediatamente, sin necesidad de instituciones que deba establecer el Congreso*". Y que en el supuesto del artículo 14 bis de la CN: "*La interpretación textual según la cual toda persona 'tiene derecho a…' despeja cualquier duda sobre la existencia de la alegada operatividad*".

> Es verdad que los tribunales cuentan con muchas respuestas posibles —más allá de un sí o un no— para asegurar el cumplimiento de un derecho. Ellos pueden, por ejemplo, obligar al Poder Legislativo a satisfacer un derecho en un plazo determinado, sin definir el modo en que debe hacerlo, o a justificar su negativa, o pueden convocar a una audiencia pública —como sucede para el caso del "tarifazo" que estamos viviendo en nuestro país— para que los poderes políticos diseñen la mejor forma de responder al problema. **Pero la definición y el cuidado de los derechos deben estar a cargo de los poderes políticos**.

1.7. Los derechos solo pueden hacerse efectivos mediante su inclusión en el presupuesto

La conexión entre su inclusión en el presupuesto y la exigibilidad de los derechos aparece como innegable. El costo de los derechos debe

asumirlos el Estado con fondos públicos que provienen, sobre todo, del pago de los impuestos. Si el Estado no tiene recursos suficientes para garantizar los derechos, porque cobra muy pocos impuestos o los cobra mal o los asigna de manera equivocada, quienes se beneficien con esos recortes serán quienes decidirán cómo y en qué medida se protegerán los derechos, poniendo en riesgo la institucionalidad democrática. Un Estado no puede decidir entre intervenir o no intervenir en la economía, sino entre intervenir mejor o peor. **El criterio para determinar si es adecuada una intervención no es su rendimiento económico, sino la vigencia de los derechos fundamentales**. El espacio ideal para determinar cuándo es idónea una intervención estatal es la discusión democrática. Los derechos exigen gastos públicos. Tanto la libertad de expresión como el derecho al sufragio suponen decisiones redistributivas y gastos, porque todos los derechos se financian con los presupuestos generales, con impuestos y no con tasas particulares. Todos los derechos, ya sean civiles y políticos o sociales y culturales, dependen de una contribución colectiva, aunque ninguno pueda ser exigido de una manera perfecta y por completo. Que los derechos tengan un costo implica un deber de responsabilidad, no solo para el titular del derecho, sino también para el Estado que debe protegerlos. Los derechos no pueden protegerse en un contexto de insolvencia o incapacidad de los gobiernos; tampoco son los derechos una receta marcada por el egoísmo irresponsable de sus titulares[118]. Es el poder público el encargado de realizar y desarrollar la inversión pública para llevarlos a la práctica, para concretarlos. Para lograrlo, es necesario que exista un control democrático de las asignaciones presupuestarias, tanto en la protección como en la exigibilidad de los derechos. La deliberación democrática acerca de qué derechos y de qué manera se protegen debe estar sometida al examen y al debate público. La redistribución de los ingresos públicos no solo debe aplicarse para hacer efectivos los derechos civiles, sino a los derechos económicos, sociales y culturales, ya que estos derechos establecen y estabilizan las condiciones del desarrollo individual y de coexistencia y cooperación colectivas.

2. ¿Qué derechos se protegen en la quiebra?

> En la quiebra se protege el **derecho de los trabajadores** frente a la seguridad social, porque —no obstante que el deudor haya omitido el pago de los aportes y contribuciones— el sistema jubilatorio asegura al trabajador una jubilación digna. El Estado

118 Liliana Galdámez Zelada, Stephen Holmes y Cass R. Sunstein: "El costo de los derechos. Por qué la libertad depende de los impuestos". Recensión de Liliana Galdámez Zelada. *Estudios Constitucionales*, Año 9, N° 2, 2011, pp. 808 y ss.

ha asignado una partida presupuestaria para ello. El Estado actúa por acción. En la quiebra **se tutela el crédito**, porque se entiende que el crédito es uno de los grandes pilares de la economía, ya que la cantidad o magnitud de operaciones crediticias mueve dinámicamente capitales y permite la creación de riquezas y desarrollos de los pueblos. Por lo que el Estado siempre busca la manera de proteger y salvaguardar los intereses de aquellos que ponen su capital o bienes ociosos a disposición de otros. El ordenamiento jurídico le atribuye al acreedor un conjunto de facultades y acciones para exigir su interés en la relación obligatoria. En la quiebra no se protege el derecho del deudor a proteger su vivienda, porque para ello es necesario que el Estado instrumente políticas y destine recursos en su presupuesto. Y, en nuestro país, ningún gobierno ni siquiera lo ha intentado. La alegada operatividad que dice la SCJN que tiene el artículo 14 bis de nuestra Constitución es solo una inoperativa expresión de deseo.

3. Conclusión

La discusión sobre los derechos prioritarios es una discusión filosófica y de justicia social distributiva. La democracia se legitima cuando da a todos los ciudadanos la oportunidad de participar de esa discusión, expresando sus puntos de vista y poniendo de relieve el interés público. Los derechos frente a la quiebra no dependen de los privilegios que les asigna la LCQ, sino de la Constitución Nacional, de los pactos incorporados y de la normativa toda.

¿ES DABLE SOSTENER LA NECESIDAD DE UN PRESUPUESTO OBJETIVO PREVIO PARA APLICAR EL DERECHO DE CRISIS?

BARREIRO, Marcelo B. y LORENTE, Javier A.

Ponencia

Sostenemos que resulta innecesario —y hasta nocivo— establecer la obligada comprobación de la existencia de un presupuesto objetivo previo (cesación de pagos o insolvencia) para dar curso a un procedimiento concursal, y que basta la propia petición y declaración del deudor para que se dé inicio al mismo.

I.- El presupuesto objetivo. Su crisis

Desde sus más remotos orígenes, el derecho concursal ha exigido la existencia y comprobación de un presupuesto fáctico objetivo como requisito previo para evitar la aplicación de los principios y normas del sistema obligacional individual[119], que permitió la aparición de aquel y de los procesos colectivos que regula.

Este presupuesto fáctico que preexiste y justifica la apertura de los procesos concursales ha recibido diversos nombres conforme las diversas legislaciones y los cambios de los tiempos: *cesación de pagos*[120], *insolvencia*[121], *estado de atraso* (que proviene del Código de Comercio de Napoleón), *crisis*, *impotencia patrimonial*, etc.

En definitiva, y más allá de las innúmeras teorías esbozadas en cuanto a su naturaleza y los ríos de tinta destinados a intentar definirlo, podemos coincidir en que dicho fenómeno importa un **estado general del patrimonio del sujeto deudor que implica la imposibilidad de atender sus obligaciones de modo regular y permanente.**

119 Que en la Argentina se fundamentarían por lo dispuesto en los arts. 730 y 731 del Código Civil y Comercial.

120 *Nomen iuris* que surge de nuestro art. 1 LCQ y que compartimos con el derecho concursal francés.

121 Estado de insolvencia conforme la recomendación de Cámara, Héctor "El concurso preventivo y la quiebra", Tomo I, pág. 235, Edit. Depalma, primera reimpresión, para quien *cesación de pagos*, *insolvencia* e *insuficiencia patrimonial* eran vocablos equivalentes (ver nota al pie 29 en la página citada).

Sabido es que este presupuesto objetivo no es ni puede ser el mero incumplimiento (como lo era en los inicios de nuestra materia), sino que es algo más profundo, un estado general del patrimonio que originará posteriores incumplimientos y que se exterioriza por hecho reveladores (los del art. 79 LCQ), a veces muy sutiles o imperceptibles. De allí que debemos intentar avizorarlos apenas se dé —o aun cuando está en cimiente—, para intentar arribar tempestivamente —antes de que sea tarde— a la solución concursal.

Como el propio derecho concursal, sus principios y paradigmas (ampliando enormemente el marco de intereses que intenta tutelar) también sus presupuestos históricos se encuentran en crisis.[122] Además del presupuesto "objetivo" (motivo de la presente), también se encuentra bajo revisión profunda el presupuesto "subjetivo". Principios sustantivos y adjetivos que hasta hace poco parecían inconmovibles hoy están en un proceso de mutación. Esta crisis de la materia es producto de la instalación casi permanente de situaciones económicas críticas —como una constante en las últimas décadas— que van obligando inexorablemente a adaptarse a este derecho de excepción para intentar prevenirlas o, en su defecto, atenuarlas.

Dicho estado de crisis no es, en nuestro criterio, destructivo sino evolutivo, en tanto y en cuanto intenta arribar al mejor derecho de crisis posible, lo que ha transformado a este derecho en central en todo modelo económico. Como consecuencia de las continuas crisis (en nuestro país y en el mundo) el derecho concursal está más vivo y es más necesario que nunca. Aquel derecho de clase[123] excepcional es hoy un derecho de aplicación habitual y cotidiana para todos.

Ahora bien, la crisis del presupuesto objetivo se dio a través de los siglos en la propia definición del concepto que pasó de aquel incumplimiento material inicial, a la definición de este como un estado general del patrimonio con hechos reveladores externos que permiten probarlo. Pero en esa evolución del concepto aún no alcanzamos a llegar tempestivamente a la situación crítica para atenderla de modo tal de poder evitarla o solucionarla. La propia existencia del presupuesto como requisito previo es hoy un obstáculo para arribar a la solución de modo tempestivo.

Por otra parte, la propia conceptualización de este presupuesto objetivo ha recibido diversas críticas, listadas a continuación:

122 Ver Barreiro, Marcelo, "La crisis del derecho de la crisis", en *Libro homenaje a Emilio Beltrán Sánchez del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal*, Edit. Legis, Colombia, 2014, pág. 593 y ss.
123 Galgano, Francesco, "Lex mercatoria", (Bolonia, 2001), Il Mulino Universale, p. 29.

- Se lo ha criticado por su vetustez y excesiva rigidez[124].
- El fenómeno descripto sigue girando, aun cuando se pretenda que no, en torno al incumplimiento (actual o inminente o posible: *imposibilidad de cumplir regularmente las obligaciones*), que era una definición que se privilegiaba cuando lo que prevalecía era el interés de los acreedores, que ya hemos visto no es hoy el único ni el más importante de los intereses tutelados en la ley concursal.
- Cuando regía en toda su original extensión ese presupuesto, la reina de los procesos concursales era la **quiebra** (los procedimientos preventivos y/o recuperatorios eran excepción para el buen comerciante o procesos menores).
- La definición de dicho presupuesto objetivo no atiende al interés público o general que posee hoy toda legislación concursal moderna.
- El presupuesto coloca un corsé rígido (no maleable) para atender tempestivamente el fenómeno que, si además es, como se exige, un estado permanente[125] y generalizado[126], nos coloca frente a una situación cuasi cristalizada a la que no llegaremos sino siempre tarde.
- Las rígidas definiciones del presupuesto objetivo no incluyen todas las patologías críticas de una empresa.
- La aparición de los nuevos paradigmas y principios a proteger (la empresa, el empleo, la paz social) implican inexorablemente que debe cambiar el concepto.
- Esa mirada rígida (que en algún caso ha pretendido adicionar una condición de mérito para el acceso al proceso concursal[127]) se contrapone —y a veces conspira— contra la propia denuncia de dicho estado por parte del propio deudor como hecho revelador[128].

124 Alegría, Héctor en Pajardi, Piero, *Derecho Concursal*, Buenos Aires, 1991, Ed. Ábaco, T. I, pág. 261.
125 La flexibilización que trae el art. 69 LCQ respecto de no exigir solamente encontrarse en cesación de pagos, sino ser suficiente estar experimentando el patrimonio en crisis "dificultades económicas o financieras de carácter general" no nos resulta suficiente.
126 Ambas condiciones (generalidad y permanencia) son esenciales a la propia definición del presupuesto como un estado (Argeri, Saul, "La quiebra y los demás procesos concursales", Tomo 1, pág. 165, Librería editora Platense, 1978, citando a Bonelli, "Del fallimento", Milán, Edit. Vallardi, v. I, n°. 43).
127 Como hemos visto, se ha planteado improcedentemente en algunos fallos en nuestro país.
128 Parece difícil suponer (salvo una patología extrema) que alguien quiera exponer judicialmente el fracaso empresario.

En definitiva, en la existencia y conceptualización acerca de la necesidad de un presupuesto objetivo para poder disparar los procesos concursales, nos encontramos claramente frente al problema de la **tempestividad** en el acceso a la solución concursal. Es esta una de las búsquedas del derecho concursal del siglo XXI: **llegar antes de que la insolvencia o la cesación de pagos se instalen de modo tal que la salida sea casi imposible**[129].

II.- Intentos de solución en el derecho comparado

En el derecho comparado existen distintos caminos adoptados para intentar arribar tempestivamente a la solución concursal desde las "alertas tempranas" de la legislación francesa de 1984. Así podemos ver:

- **Definición de un nuevo presupuesto objetivo:** en esa búsqueda de llegar antes, la doctrina ha evolucionado tratando de arribar a un concepto superador, omnicomprensivo: la **crisis de la empresa**, que se entiende incluye todas las patologías críticas posibles. Este es un concepto jurídico abierto[130] que deberá llenar el tribunal en cada caso. Ello exigiría la posibilidad (que no provee —de modo alguno— la ley argentina) de realizar una evaluación inicial sobre su configuración para abrir un proceso con elementos técnicos fundantes.
- **Grados de insolvencia o crisis:** otra opción adoptada por diversos ordenamientos pasa por definir grados diversos de crisis o insolvencia (como hace la ley francesa[131] que da lugar a diversos tipos de procesos según tengamos "meros indicios" a "insolvencia" pasando por "señales", o la ley italiana en la "insolpandemia"), o como prevé la ley española[132], que si bien en su artículo 3 exige el clásico presupuesto objetivo (insolvencia actual

129 Es esta la ansiada tempestividad llegar a tiempo para permitir que mayor cantidad de sujetos en crisis potencial salgan adelante.
130 Una suerte de "regulación laxa" de las que hablaba Herbert Hart en su obra cumbre *El concepto del derecho*.
131 Que desde 1984 intenta definir las famosas "alertas tempranas" que permitan llegar en tiempo y forma. Así, en dicha legislación solo los dos procedimientos concursales clásicos (de "recuperación judicial" o "liquidación judicial") exigen la prueba de la "cesación de pagos", pero el sistema también permite iniciar procedimientos de preinsolvencia que normalmente están disponibles solo para compañías que no están en "cesación de pagos", el más similar a nuestro régimen, el de *sauvegarde* ("salvaguarda") incorporado en la legislación francesa en 2005, similar a nuestro APE, pero también el "mandato *ad hoc*" y la "conciliación", que son procedimientos que involucran a mediadores designados por el tribunal (pero no la suspensión automática de pagos).
132 Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal.

o inminente) para la apertura del concurso, en el Libro II, bajo el revelador rótulo de "Del derecho preconcursal" contempla diversas figuras concursales que no se pueden transitar si el deudor se encuentra en estado de insolvencia, tales como el acuerdo de refinanciación (arts. 596 y ss.) o el acuerdo extrajudicial de pagos (arts. 631 y ss.). Se agrega incluso la figura de la simple "comunicación de la apertura de negociaciones" (art. 583, otrora el famoso art. 5 bis de la ley, previo al texto refundido), que por imperio del artículo 588 produce automáticamente una "prohibición de iniciación de acciones"[133] o *stay*, que le permite al deudor alcanzar durante esta un acuerdo extrajudicial de pagos o adhesiones a una propuesta anticipada de convenio o para alcanzar un acuerdo de refinanciación.

- **Cambio del mecanismo de ingreso:** otros modelos intentan alcanzar ese objetivo a través de la modificación del mecanismo de ingreso al proceso concursal. La crisis del presupuesto objetivo traducida a una pretensión permanente de llegar tempestivamente con la solución. Así algunas legislaciones han buscado la misma en la posibilidad de que la situación de crisis permitiera acceder a un único tipo de procedimiento (*v. gr*. España o Alemania) y que sea el tribunal el que determine *a posteriori* si la solución definitiva será preventiva o liquidatoria.

  Esta posibilidad de una única vía de ingreso ha sido criticada en doctrina[134], atento que se transforma en un mecanismo rígido que tiende a endurecer las soluciones concursales. Amén de ello, resulta útil preguntarse si este tipo de opciones de instancia única de ingreso no pueden resultar un camino posible al error, atento que es dudoso que, en todos los casos, se pueda definir de inicio —mucho más en un país como el nuestro que va de banquina a banquina en sus decisiones económicas— si un sujeto en crisis es o no salvable. Por otra parte, este modelo además le quita al propio deudor —quien mejor conoce su negocio— la posibilidad de decidir el camino a transitar.

- **Ampliación de los legitimados para instar el proceso concursal** (propuesta de los maestros Maffía y Rojo): esto es en el sistema de única vía, por lo que ese tercero puede obligar a instar un procedimiento preventivo o rehabilitatorio inclusive.

  i. Acreedores (ej. Estados Unidos, España; Alemania).

133 Art. 588 texto refundido.

134 Alegría, Héctor: "Objetivos y presupuestos concursales en el derecho actual (con especial referencia a la unidad conceptual del presupuesto objetivo), en L.L. 2009-C, p. 798. La Ley Concursal de España sigue un «sistema de entrada única, aunque con diversas salidas».

ii. Trabajadores.

iii. Organizaciones sindicales (Francia).

Ante el pedido o solicitud de apertura de un proceso concursal que denuncia la existencia del presupuesto objetivo por parte de un tercero, es el **juez quien evalúa si el mismo debe abrirse y, en tal caso, de qué grado o magnitud.**

- **Automaticidad de la apertura de los procesos concursales**: se trata, claramente, del modelo que fija el Código de Bancarrotas norteamericano, en el cual se establece la apertura automática de los procesos concursales, cualquiera de las muchas subespecies de ellos, se cumplan o no con todos los requisitos formales necesarios (aunque casi todos ellos se cumplen con meros formularios disponibles en las páginas web de los tribunales de quiebras[135]).

En nuestro país hubo un proyecto legislativo de 1993 que postulaba tal apertura automática del concurso preventivo que no prosperó[136], amén de lo cual cabe destacar que la ley 11.719 de 1933, si bien en su art. 1 establecía que la "cesación de pagos" constituía el "estado de quiebra"[137], en su artículo 11 (art. 1.389 del Código de Comercio) permitía a los sujetos alcanzados solicitar la apertura del juicio de "convocación de acreedores": "**antes** o hasta tres días después de la cesación de pagos"[138]. Ese *antes* parece indicar que no era necesario que el estado estuviera.

Sin alcanzar tal automaticidad, vale la pena referenciar las recientes reformas concursales colombianas (decreto-ley 560 del 15 de abril de 2020 y decreto-ley 772 del 3 de junio de 2020) que, entre otras significativas modificaciones y buscando

135 Pero que, a su vez, importan referir con valor de declaración jurada (sujeta a la posible comisión de delito en la falsedad de la información) datos de mucha mayor relevancia que los que exige nuestro arcaico art. 11 de la ley 24.522.

136 Nótese que el art. 86, primer párrafo LCQ, sí prevé una suerte de decreto automático de la quiebra cuando es a pedido del propio deudor.

137 Entiende la doctrina que la presentación judicial era por sí sola prueba suficiente y reveladora de ese estado (Yadarola, Mauricio, "Rev. Crítica de jurisprudencia", 1934, pág. 437, García Martínez, Francisco, "El concordato y la quiebra", Tomo I, pág. 157, Zavalia editor, 1953).

138 Comerciantes matriculados, sociedades comerciales o comerciantes no matriculados o sociedades no comerciales, siempre que estuvieran inscriptos en el Registro Público de Comercio.

agilizar el trámite del proceso, redujeron sustancialmente los requisitos formales de admisión disponiendo que el cumplimiento de los recaudos documentales y contables sean responsabilidad exclusiva del deudor y su contador o revisor fiscal, y que el juez del concurso (que en Colombia es un órgano administrativo, la Superintendencia de Sociedades) no realizará auditoría sobre el contenido o exactitud de los documentos aportados ni sobre la información financiera o cumplimiento de las políticas contables. No obstante, con el auto de admisión podrá ordenar la ampliación o actualización que fuere pertinente de la información o documentos radicados con la solicitud, a fin de que se puedan adelantar eficaz y ágilmente las etapas del proceso[139].

III.- Comentarios finales

1.- Las leyes concursales siguen, mayoritariamente, exigiendo **un presupuesto objetivo como unidad** (*núcleo duro*, como diría el maestro Alegría) para permitir la apertura de los procesos colectivos de solución de la insolvencia, lo cual entendemos conspira contra la tempestividad deseada. Sorprende que algunos autores que defienden a rajatablas la necesidad de tal presupuesto objetivo (cesación de pagos o insolvencia) para la apertura de los procesos concursales breguen también por las "alertas tempranas".

2.- Pueden **modalizarse y, aun, morigerarse** los mecanismos para acceder a diversos procedimientos o permitir otros legitimados para instarlos. Pero aun así los indicadores de recupero de créditos en dichos procesos concursales (en los países que poseen tales modelos) son bajos. Mejoran en EE. UU., donde, en nuestra consideración, no tienen la carga remanente del *decotor ergo fraudator* que aún poseen en los países de tradición continental europea (afortunadamente, cada vez menos). El riesgo empresario y la crisis son parte del sistema económico.

3.- La ansiada **tempestividad concursal es aún lejana** y debemos seguir trabajando para alcanzarla. Como parte de ese camino, entendemos esencial y básico el planteo de un **cambio cultural, que lleve a una modificación de conductas, para lo cual resulta imprescindible la determinación de alicientes o incentivos** para el sujeto o sus administradores, para arribar tempranamente a los procesos concursales.

139 Mastrovincenzo, Mariana, "Una reforma legislativa innovadora en Colombia que abre camino a procesos de reestructuración abreviados en Latinoamérica", abogados.com.ar, 7.07.2020.

4.- **Las crisis no se solucionan con leyes concursales**. Ante la insolvencia automática que una crisis sistémica genera, que cambia el esquema totalmente, ¿cómo anticiparla? En nuestro criterio (salvo hipótesis de fraude, que resultan inadmisibles y que se solucionan en otras instancias) nadie quiere *per se* caer en insolvencia[140], por lo que cuando alguien inste un procedimiento concursal cumpliendo los recaudos de ley debe este abrirse sin análisis sobre la verificación del presupuesto objetivo[141].

5.- Debe abandonarse cualquier **preconcepto** vinculado a la exigencia del presupuesto objetivo para la admisión de los procesos concursales vinculado a los posibles **abusos** que **deudores perversos** puedan hacer de ellos. Se tratará, en el peor de los casos, de excepciones raras, pues lo normal y habitual es que ningún deudor se someterá voluntariamente a las *horcas caudinas* de un proceso concursal si realmente no lo necesita. Y para aquellos excepcionalísimos casos de abuso, pues bien, para eso están los jueces[142].

140 Salvo dichas excepciones de fraudulencia, que deben ser atacadas con todo el peso de la ley.
141 Y en la eventualidad de acreditarse luego conductas irregulares, aplicar todas las medidas que la ley concursal postula a favor del magistrado (arts. 16, 17, 52.4, 274 de la ley 24.522, entre otras), incluso remitir actuaciones a la justicia penal para la investigación de la posible comisión de delitos.
142 Y los tribunales penales.

EL PRESUPUESTO OBJETIVO Y LAS EMPRESAS. REQUISITO FORMAL PARA SU EVALUACIÓN

D'ALBANO TORRES, Patricia I.

¿Por qué volver al tema propuesto en el temario del Congreso? Hace mucho tiempo que los abordamos desde distintos ámbitos. Se vienen ensayando distintas propuestas y, sin embrago, todas coinciden en que el presupuesto objetivo concursal "estado de cesación de pagos" para todos los procesos concursales sin mayor precisión ni demarcación legal, está superado por la realidad y hoy, más que nunca, es un deber de la ley dar respuesta a una sociedad cambiante y que fue receptando y evolucionando hacia nuevos derechos, nuevos conceptos y nuevas respuestas.

Por su parte, y ante la utilización fraudulenta de los remedios concursales y el fracaso de los mismos en su mayoría, el camino jurisprudencial está abierto para disciplinar la utilización de los procesos concursales y para que estos puedan cumplir el fin querido por la ley y el ordenamiento jurídico en su conjunto, valiéndose de él para encontrar las herramientas de prevención de las malas prácticas, más allá de la ley misma, pero ponderada en el sistema coherente y único en el cual la ley concursal está integrada.

En este sentido, el Máximo Tribunal reconoce que: "Por ello, el juez, en su carácter de director del proceso, debe apreciar objetivamente si el deudor ha contrariado la finalidad económico-social del concurso preventivo, que está dada no solo por la conservación de la empresa como fuente de producción y trabajo, sino que también está definida por el logro de una finalidad satisfactiva del derecho de los acreedores" (conf. Fallos: 330: 834 y 332: 2339). A lo cual debemos agregar: y satisfacer también el interés público de la comunidad en la cual se inserta la actividad del deudor.

De esta manera, en los últimos tiempos surgen con más frecuencia decisiones judiciales que integran un frente sólido para evitar las maniobras de fraude por parte del deudor.

Podemos resumir las constantes que surgen de los análisis jurisprudenciales señalados como parámetros contra dicho fraude:

- La información y documentación aportada por el deudor debe ser objetiva, verídica y suficiente para permitir el conocimiento de los negocios y operatividad de la actividad.
- Análisis de la existencia de irregularidades e inconsistencias en el proceso como, por ejemplo, la participación de sociedades extrajeras no inscriptas representadas por familiares de integrantes de la concursada o que son sus accionistas; desprendimiento de casi la totalidad del activo con un destino incierto de los fondos obtenidos por dicha operatoria.
- Análisis de la composición del activo y del pasivo, considerando, por ejemplo, la cantidad de acreedores verificados y con derecho a voto; incidentes en curso; acreedores denunciados y todavía no presentados; si se ofrece a los acreedores el pago de un dividendo inferior al que podrían obtener si se liquidasen los bienes, ya que en caso de una eventual quiebra el dividendo que aquellos podrían obtener cubriría un mayor porcentaje sus acreencias, etc.
- Ponderar los elementos obrantes en la causa
- Si el deudor no es fuente generadora de empleo, como, por ejemplo, no poseer actividad alguna, ni tener trabajadores en relación de dependencia, ni actividad, ni podría generar recursos genuinos para cancelar la propuesta ofrecida a sus acreedores, ni poseer las garantías suficientes para ello.
- Establecer si existen razones de entidad para conjeturar una eventual utilización de este régimen de excepción para un fin distinto del perseguido por la ley.

La enumeración podría seguir mucho más, pero bastan estos ejemplos para entender que la actividad judicial finalmente ha emprendido el camino para demostrar que es necesario disciplinar la utilización de los procesos concursales para que estos puedan cumplir el fin querido por la ley y el ordenamiento jurídico en su conjunto, valiéndose de él para encontrar las herramientas de prevención de las malas prácticas, más allá de la ley misma pero ponderada en el sistema coherente y único en el cual la ley concursal está integrada.

Nuestra realidad pandémica y post pandémica nos plantea escenarios diversos y novedosos, algunos sin un marco legal de regulación, que nos urgen a la reforma de la ley concursal en el tema abordado.

Así es como nos encontramos con conceptos como economía colaborativa, consumo colaborativo, consumo responsable, economía del acceso, contratos colaborativos, alianzas colaborativas, donde se buscan entre

personas humanas, y entre empresas hay una alternativa intermedia que surge de las alianzas entre ambos extremos, en las que algunas empresas que registran un *boom* de ventas aprovechan la fuerza de trabajo ociosa de otras para enfrentar una mayor producción, bajar costos, etc.

La Cámara de la Industria Argentina del Software (CESSI) suscribió un acuerdo con la firma Arcos Dorados, propietaria de la franquicia de los restaurantes McDonald's, para contratar en forma temporal, por seis meses en principio, a 200 de sus empleados. También podemos citar el caso de Mercado Libre, que generó un convenio similar junto al grupo Alsea (operadora de Burger King Argentina y Starbucks Argentina y Uruguay), y Arcos Dorados. Este convenio es para sumar al *staff* de Mercado Libre, de manera temporal, a los equipos de Atención al Cliente y Envíos en Argentina (principalmente en el centro de almacenamiento), a la vez que inició conversaciones para replicar esta iniciativa en otros países.

Como apreciamos con solo observar la realidad vemos el cambio acelerado del mercado y actividades donde mutualizan el acceso a los productos y servicios, deseo de los consumidores de controlar su consumo en lugar de ser "víctimas pasivas del hiperconsumo". Una realidad donde el cambio es la constante y las crisis de los sistemas son el resultado directo y donde todo conduce al fracaso de toda herramienta si no se convierte esa crisis en oportunidad, reconociéndola a tiempo.

Y aquí estamos todavía discutiendo las ventajas y desventajas de mantener "el estado de cesación de pagos" como único parámetro para medir la insolvencia de los sujetos.

Por esto debemos establecer con más precisión el presupuesto objetivo, en este objeto bajo estudio, es decir, las empresas[143]. Acompañándolo con requisitos formales que se deberían agregar a los ya existentes.

Entremos ahora a ver la importancia del presupuesto objetivo en el éxito de los procesos concursales. Desarrollaremos el tema considerando que, como enseña Ariel Ángel Dasso, la empresa está instalada en el ámbito de la economía como su factor medular y el bien jurídico tutelado ha mutado; hoy es el interés de la empresa, su conservación por el interés económico social que implica.

Afirmaban Yves Chassagnon y J.J. Garnier en 1982, en su libro *La reanudación de casos en dificultad en el marco legal,* que "La vida de una empresa no es más que una sucesión de dificultades, y el único punto es saber cómo superarlas". Esto nos lleva al concepto de la "vulnerabilidad de la empresa**".** Vulnerable es el sujeto susceptible de ser lastimado o herido ya sea física o moralmente, económica o socialmente. El concepto

143 Consideramos el concepto "empresa" en su sentido más amplio, como lo denomina el CCyC, "unidad económica".

puede aplicarse a una persona o a un grupo social según su capacidad para prevenir, resistir y sobreponerse de un impacto. Tanto las personas humanas como las jurídicas y las empresas tienen vulnerabilidad.

El *análisis de vulnerabilidad* es el proceso mediante el cual se determina la capacidad de la empresa para resistir el impacto de una amenaza. Se identifican también sus fortalezas para atender las emergencias. El proceso parte del conocimiento de la empresa, su organización y funcionamiento, y de la caracterización del evento que lo impactará.

Los *tipos de vulnerabilidad*, en general, se pueden clasificar en vulnerabilidad económico-financiera; vulnerabilidad operativa: por ejemplo, deficiencias en la prestación de los servicios; vulnerabilidad estructural; vulnerabilidad física; vulnerabilidad administrativa (debilidades organizativas y administrativas de la empresa para responder ante los impactos).

El *análisis de vulnerabilidad* cumple *tres objetivos básicos* como definir las medidas que incluirá el plan de mitigación; definir las medidas y procedimientos para elaborar el plan de emergencia, y evaluar la efectividad del plan de mitigación y del plan de emergencia y de actividades de implementación y capacitación. Esto es así porque dicho análisis permite conocer, principalmente, causas de la crisis, sea esta presente, posible o probable.

Todo esto permite la determinación precoz de los síntomas, la capacidad para tomar medidas tempranas de saneamiento y, por lo tanto, llevar a la superación de la crisis empresaria.

Como dijimos en ponencias anteriores, la realidad ha demostrado que cada proceso concursal requiere una solución distinta y, por ende, un distinto tratamiento en sus conceptos, requisitos y procedimientos. Los fracasos del sistema concursal en el logro de sus objetivos, no solo está dado en la conducta de los sujetos (abuso de los deudores, abuso de los acreedores, funcionamiento de la justicia, políticas económicas, escasa respuesta de organismos, inexistencia de un sistema eficiente general de acompañamiento a la solución de la crisis, etc.), sino, principalmente, por contar con una ley concursal limitada que no responde a las necesidades de las crisis económico-financieras actuales ni a la realidad de cada colectivo de deudores.

Esto nos lleva a ver la necesidad de analizar la información, comprobación, proyección, estrategias, recursos, productos, etc., que conformen la "gestión de la crisis" que la empresa va a llevar —o viene llevando— adelante para apoyar la asistencia legal del concurso preventivo, demostrando cómo este va a contribuir a la superación de la crisis. Esto considerando que, generalmente, la crisis afecta los activos críticos, la

estructura financiera, humana y económica, que no siempre significa interrupción de la actividad o amenazas directas, pero supone un riesgo sobre el plan de continuación del negocio, actividad o desarrollo del deudor. Especialmente en una realidad signada por la trascendencia de complejidades tecnológicas, de comunicación, de influencias casi instantáneas, de dinámicas extremas que aumentan la vulnerabilidad predominando la incertidumbre. Por ello, se sostiene que la gestión de la crisis requiere una mayor complejidad para enfrentar situaciones difíciles de predecir y de gran inestabilidad, haciendo indispensable que el deudor cuente con un plan de gestión de crisis que permita resolverla, y es este plan el que demostrará, en principio, cómo está encarando la empresa su crisis, por qué el concurso preventivo es parte de ese plan y cómo va a contribuir a la solución. Por supuesto que no podemos pensar que este plan de gestión de crisis va a ser algo estático y que la empresa debería cumplir estrictamente; todo lo contrario, la empresa debería estar constantemente trabajando sobre él a medida que las variables se modifiquen y exijan su adaptación.

Por su parte, contar con ello permitirá al juez concursal, a la Sindicatura, a los acreedores y a todos los grupos de interés (accionistas, proveedores, clientes, consumidores, etc.) que exigen la toma de decisiones, conocer con mayor fundamentación e información la viabilidad del concurso y de la empresa, actividad o vida económica financiera del deudor. Véase que una crisis significa vulnerabilidad, existencia de causas repentinas de desestabilización que limitan la capacidad de reacción, imprevisible o previsible de difícil resolución que requiere la capacidad de afrontar y recuperación adaptándose al nuevo escenario, para salir fortalecido de la misma. Esto requiere un plan de gestión de crisis, un camino por el cual, a través de distintos instrumentos, herramientas, aprovechamiento de oportunidades imprevistas, desarrollo de nuevas fortalezas, innovación, recursos para afrontar la incertidumbre, etc.

No es objetivo del presente perfilar el plan de gestión de crisis, sino de plantearlo como necesario en esta instancia y en la instancia del posible proceso concursal y como actualización del concepto de "plan de negocio" que nunca se cumple en oportunidad de la propuesta por ser de imposible cumplimiento. Ello es así pues en el panorama actual no se puede mantener un concepto estático y de difícil previsión respecto a su mantenimiento en un tiempo prolongado como el del cumplimiento del acuerdo. Si es recomendable que en tal oportunidad se continúe informando y acreditando la evolución, modificación, ajuste, etc. De la referida gestión de crisis y evolución de los negocios, actividades y/o desarrollo del deudor que irán haciendo posible (o no) el cumplimiento de lo propuesto y/o acordado en el ámbito judicial, de allí que, una vez abierto el proceso del concurso preventivo, el deudor debería cumplir con la presentación del plan de gestión de crisis durante el proceso de manera dinámica; el plan de gestión del cumplimiento del acuerdo, con medición de la capacidad de repago (*cash flow*), el cual también

debe ser presentado a medida que la etapa de cumplimento del acuerdo homologado hasta su total cumplimiento.

Continuando con esta idea, la ley concursal, sin perder su eje, puede dar respuestas al fenómeno de la realidad dinámica y frenética de cambio constante, no solo con la ampliación y diferenciación del presupuesto objetivo del concurso preventivo y la ampliación de los requisitos formales, como por ejemplo los planes arriba enunciados, sino también con un efectivo sistema de acompañamiento fiscal, crediticio, bancario, etc.

Conclusión. Distintos presupuestos objetivos viables y requisitos formales

Con lo aquí, sintéticamente desarrollado, podemos concluir que, coincidiendo con las etapas de la crisis empresarial podemos establecer como presupuesto objetivo de los procesos concursales serían los siguientes:

1. Dificultades económicas o financieras generales, ***temporarias, no irremediables y reversibles*** para el Acuerdo Preventivo Extrajudicial y el Concurso Preventivo.
2. Dificultades económicas o financieras generales, ***crónicas, permanentes y reversibles*** para el Acuerdo Preventivo Extrajudicial y el Concurso Preventivo.
3. Dificultades ***permanentes e irrecuperables que colocan a la empresa en insolvencia*** para el proceso de la Quiebra.

Para el examen de viabilidad judicial de cada uno de ellos, a nuestro entender, se debería agregar a los requisitos formarles que debe cumplir el deudor a los respectivos planes de gestión de la crisis, a saber: 1. Plan de gestión de crisis utilizado hasta el momento de solicitud del procedimiento, demostrativo de por qué el proceso concursal es parte de ese plan y cómo va a contribuir a la solución. 2. Plan de gestión de crisis durante el proceso, el cual es dinámico y debe variar según las etapas del proceso que se fueran cumpliendo. 3. Plan de gestión del cumplimiento del acuerdo con medición de la capacidad de repago (*cash flow*), que partirá desde la propuesta de acuerdo hasta su efectivo cumplimiento. 4. Existencia de actividad, de lo contrario, nada de esto se podría cumplir, salvo que consista en la gestión de activos susceptibles de producir renta.

PRESUPUESTO OBJETIVO VS. EFICACIA TEMPORAL DEL CONCURSO PREVENTIVO

ALMADA, Sebastián E.

Ponencia

"El tiempo es un problema para nosotros, un tembloroso y exigente problema, acaso el más vital de la metafísica; la eternidad, un juego o una fatigada esperanza"[144].

Se ha hablado y escrito mucho, muchísimo, sobre la cuestión atinente al presupuesto objetivo concursal, máxime frente al concurso preventivo como solución que llegue rápidamente para auxiliar al deudor, tanto persona física como empresa. Sin embargo, desde los renombrados trabajos de Rojo[145] y Maffía[146], allá por la década del 80 para tener un punto de inicio concreto, se está intentando reelaborar un nuevo presupuesto objetivo. Ello en virtud de la imperiosa necesidad de anticipación temporal del concurso preventivo para que este pueda ser exitoso, es decir, que el deudor pueda arribar a un acuerdo con sus acreedores que satisfaga en buena medida sus créditos, que sea sostenible y que le permita sanear su patrimonio.

Desarrollo

Sin lugar a dudas, el presupuesto objetivo concursal se encuentra en crisis, pero ¿a qué se debe? ¿A la poca respuesta que brinda el concurso preventivo como solución de *ultima ratio* a la insolvencia?, ¿a la escasa posibilidad de que los acreedores cobren el máximo posible lo que se les debe?, ¿o porque no brinda una solución efectiva para la salvación de empresas?

Tal vez la primera respuesta que se nos aproxima esté dada por los orígenes mismos del presupuesto objetivo.

El estado de cesación de pagos se fue moldeando a través del proceso liquidativo, teniendo como principales interesados a los acreedores, y es

144 Borges, J. L. *Historia de la eternidad*, Bs. As., 1936.
145 Rojo, Crisis de la empresa y de los procedimientos concursales, *RDCO*, 1981, 269.
146 Maffía, Metamorfosis de un concepto: de la cesación de pagos a la crisis empresarial, *LL*, 1984-C-775.

así como llega a nuestro medio, y también así se lo incorpora a nuestras leyes concursales.

Sin embargo, el escenario de pagar con moneda de quiebra, una vez liquidados todos los bienes del deudor, persona física o jurídica, es diametralmente diferente a la posibilidad de salvar una empresa. El propio hecho de aguardar a la configuración del estado de cesación de pagos como tal, fenómeno económico complejo que revela que el deudor no está en condiciones de cumplir regularmente con sus obligaciones, es el primer escollo —muchas veces insalvable— para lograr dicho objetivo.

Parece un contrasentido en la actualidad, teniendo como norte la conservación de la empresa útil —entendida como aquel interés general de que esta se mantenga con vida habida cuenta de su importancia para el lugar donde se ubica, la ocupación de mano de obra, la producción, los insumos que consume, y todo otro orden de cosas que las rodean—, esperar hasta la insolvencia. Es equivocado, ya no hay lugar a dudas.

Pero dado que este error ha sido remarcado ya hace más de treinta años, cuánto más ineficiente lo es actualmente respecto de una sociedad donde el tráfico comercial, ni hablar del fenómeno de la globalización y su consiguiente transferencia de datos son tan diferentes de aquellos. Hablamos de eficiencia en sentido estricto, es decir, que realiza su función a la perfección, y aquí viene una verdad de Perogrullo, el concurso preventivo es ineficiente, pero ¿por qué seguimos insistiendo en él?

La reforma que no se dio en la década del 90, estrictamente en el año 1995, al menos dejó abierta la puerta con la inclusión del conocido concepto de dificultades económicas y financieras de carácter general, que la doctrina entiende que representan un estadio previo a la insolvencia[147].

Lo importante aquí es que, *de lege lata*, para celebrar un acuerdo preventivo extrajudicial basta encontrarse en dichas dificultades o síntomas de crisis y que los efectos de la homologación del mentado acuerdo son prácticamente los mismos —sin dejar de tener en cuenta aquellas severas observaciones de Maffía[148]—, por lo que, traspolando (*rectius*, aplicando a un ámbito determinado conclusiones obtenidas en otro), no se advierte ahora la necesidad de mantener dicha diferenciación, luego del camino desandado después de la incorporación del APE y despejadas —o no— las dudas sobre el instituto. Mantener dos institutos concursales, reitero, con tantas similitudes y no permitir que el pleno proceso judicial goce de las ventajas de apertura de su primo hermano el APE parece un contrasentido.

147 Ver por todos: Chomer, *Concursos y Quiebras, Ley 24.522. Comentada, anotada y concordada*, Ed. Astrea, Bs. As., 2016, T I, p. 35.
148 Maffía, *Sobre el llamado "APE"*, Ed LexisNexis, Bs. As. 2005, pp. 207/216.

El otro concepto acuñado es el de la *crisis empresarial*, que también responde a una noción económica, y sin perder de vista que las causas de la misma pueden ser tanto internas como externas, ello hace que en muchos casos importe poco la actitud más o menos diligente del empresario en el devenir de la misma, pero sí se torna por demás importante la solución que brinde el sistema concursal, si las herramientas que provee son idóneas, rápidas y efectivas, es muy probable que la empresa como entidad útil se mantenga, en cambio, si debemos aguardar a que esté instalada la insolvencia como acontece actualmente, la eficacia se torna prácticamente nula porque la empresa como organización de recursos tiene comprometido todo su patrimonio en pos de lograr su objetivo y maximizar beneficios, lo que se traduce en un margen demasiado escaso para la obtención de nuevos créditos que permitan zanjar la crisis.

Más allá de eso, la respuesta del sistema concursal como tal no siempre deberá ser a través del concurso preventivo, pueden darse también nuevos procedimientos de financiamiento para las empresas en crisis —cuya viabilidad pueda ser *prima facie* comprobada— a través de organismos tanto públicos como privados; también brindar soluciones administrativas, teniendo en cuenta que en la generalidad de los casos son los fiscos, tanto nacionales como provinciales y también los de recaudación municipal, los mayores acreedores, que a su vez tienen tasado el modo de prestar su conformidad.

En definitiva, el concurso preventivo como tal, con la insolvencia como presupuesto esencial para su apertura debe ser modificado, a través de nuevos conceptos tales como el acuñado para el APE o el de crisis de la empresa; ya sea posibilitando el acceso temprano al concurso a través de otros legitimados para requerir la apertura —acreedores u organismos estatales— o brindando nuevas posibilidades preconcursales.

Conclusión

Sin lugar a dudas que se debe proceder a una modificación legislativa en este tópico, la doctrina lo ha señalado hace muchos años, pero es ahora cuando dicha necesidad se hace imperiosa, y no solo por el flagelo económico que la pandemia ha desatado, sino también por los nuevos tiempos que corren. Sin embargo, no podemos dejar de señalar que el concepto propio de concordato "preventivo" era el alterno del concordato "resolutorio"; de allí su acepción de prevenir, porque efectivamente se da con el arreglo entre el deudor y los acreedores que permite neutralizar el estado de insolvencia y evitar así la quiebra.

Entonces, se nos impone un nuevo interrogante, ¿no será que le estamos requiriendo al concurso preventivo una solución que no puede brindar?,

¿debemos buscar un nuevo presupuesto objetivo para el concurso preventivo o plantearnos un nuevo instituto preconcursal, judicial o administrativo, con nuevas reglas, y dejar subsistente el modelo actual como otro remedio, ya sí frente a la insolvencia, pero abriendo las posibilidades a otros legitimados para solicitar su apertura y evitar así que el remedio sea definitivamente tardío.

Cualquiera sea la opción elegida algo es seguro, la posibilidad de contar con un remedio eficaz para sanear el patrimonio no la brinda actualmente el concurso preventivo, por lo que su modificación se torna imperiosa; debemos sin embargo aprender del camino recorrido, echar mano de los avances tecnológicos existentes —tanto desde el punto de vista del manejo y circulación de la información como también de las herramientas digitales propias de un proceso donde el papel y la inmediatez presencial ya no son estrictamente necesarios—, debemos abrir la posibilidad a nuevos legitimados para requerir la solución preventiva cuando el propio deudor no la solicite.

En fin, debemos hacer…

LOS FIDEICOMISOS DE PATRIMONIOS DINÁMICOS SÍ SON SUSCEPTIBLES DE CONCURSO PREVENTIVO Y DE ACUERDO PREVENTIVO EXTRAJUDICIAL

LORENTE, Javier A.

I.- Introducción y premisas básicas

Comienzo por admitir, de antemano, que lo que pienso proponer y postular en la presente ponencia es contrario a la opinión mayoritaria en doctrina (aunque la mayor parte de ella anterior al CCyC) y contrario a los pocos fallos de los que tengo conocimiento que han abordado la cuestión.

De lo que pretendo tratar de persuadirlos, o al menos de sembrarles la inquietud intelectual, es que —desde mi punto de vista— los procedimientos de reorganización y/o recuperación empresarial frente a la insolvencia (en nuestro lenguaje el concurso preventivo y el acuerdo preventivo extrajudicial) sí están disponibles para un fideicomiso dentro del cual existe un patrimonio de afectación dinámico.

Y me apresuro a aclarar que esto que propongo no lo es *de lege ferenda*, aunque sí comparto los múltiples proyectos de reforma que vieron la luz durante el año pasado que específicamente incluían en el elenco de concursabilidad preventiva a los fideicomisos (incluso aquel que saliera de la Sala de Máquinas del colectivo concursal denominado el "ARCA"), sino que lo hago *de lege lata* o *de lege data* (según se prefiera), esto es, con el texto normativo actualmente vigente.

Pero para ello es menester que el destinatario de la presente ponencia, aunque no comparta su conclusión, al menos comulgue con las dos premisas básicas que paso a desarrollar y que tengo por verdades casi absolutas:

1) Que los procedimientos concursales reorganizativos o recuperatorios son mejores y más eficientes que los liquidatorios. Los últimos 100 años de evolución concursal global nos demuestran que, tanto para el deudor (obviamente), pero también para los acreedores, los trabajadores, los proveedores, los consumidores, el fisco y la macroeconomía en general, es mejor rehabilitar un patrimonio insolvente[149] que liquidarlo. De haber excepciones a

149 Una discusión subyacente, y que excede largamente el propósito del presente trabajo,

esta hipótesis, lo único que hacen es confirmar que —como regla general— la misma es indisputable.

2) Que dentro de los muy diversos tipos de fideicomiso, estoy apuntando esencialmente a aquellos que configuran un patrimonio de afectación dinámico. Estoy intencionalmente dejando fuera de mi proposición aquellos fideicomisos con patrimonios de afectación estáticos. Es la diferencia entre lo que en la jerga legal en idioma inglés distingue a los *Business Trusts* (esto es, aquellos dentro de los cuales hay un negocio en marcha y que dicho negocio o empresa tiene un valor en sí mismo cuando opera) de los *Safety Deposit Box Trust* (que como su nombre muy gráficamente indica, se trata ni más ni menos que una suerte de caja de seguridad jurídica donde el fiduciante instala diversas modalidades de riqueza —inmuebles, muebles registrables, fondos líquidos, cuentas bancarias o de títulos valores, acciones, etc.— para ser conservados de modo estático, produciendo renta, pero no generando deudas —más que las mínimas—).

Partiendo de estas dos premisas básicas, voy a defender la concursabilidad de aquellos **fideicomisos que vehiculizan empresas** y que, como tales, aun no siendo sujetos de derecho, innegablemente constituyen centros de imputación de normas (Kelsen) y son capaces —a través de su fiduciario— de adquirir derechos y contraer obligaciones. Solo para dar algunos pocos ejemplos de este tipo de fideicomisos que vehiculizan empresas (con patrimonios de afectación dinámicos) menciono los fideicomisos inmobiliarios de administración, los agropecuarios, los forestales, entre otros muchos más posibles.

Si el destinatario de la presente logra compartir estas dos premisas iniciales, entonces ahora sí les propongo un salto de fe: si un concurso preventivo o un acuerdo preventivo extrajudicial (APE) son mejores soluciones que una liquidación en caso de patrimonios empresarios en crisis, **¿por qué no habilitar tales remedios concursales a los fideicomisos que vehiculizan empresas?**

II.- Síntesis de las razones que justifican que un fideicomiso no es susceptible ni de concurso preventivo ni de acuerdo preventivo extrajudicial

Más allá de la frondosa doctrina que se ocupa de señalar las razones

es si dicho patrimonio insolvente, para ser merecedor de la solución rehabilitatoria, debe necesariamente ser viable. Al respecto, nos remitimos a nuestro trabajo: "La viabilidad económica o empresaria del patrimonio insolvente no es requisito de admisibilidad, continuidad y/o éxito del procedimiento concursal preventivo. A propósito de los concursos preventivos con fines liquidatorios", en *Revista Doctrina Societaria y Concursal*, ERREPAR, Nº 380, Julio 2019, págs. 579 a 584, en coautoría con el Dr. Ariel Di Bártolo.

por las que no correspondería la solución concursal preventiva ni el APE frente a un patrimonio fideicomitido en crisis (aunque existen opiniones doctrinarias disidentes)[150], creemos que la mejor síntesis de razones para justificar el rechazo de la posibilidad de concursamiento preventivo (o de APE) de un fideicomiso surge del pronunciamiento dictado por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala A, con fecha Buenos Aires, 6 de marzo de 2014, en autos Fideicomiso Catalinas Blancas I s/Concurso Preventivo.

El fallo en cuestión resumía el rechazo de la concursabilidad en cuatro razones:

1) Porque no está expresamente incluido en el elenco de sujetos concursables de los artículos 2 y 5 LCQ máxime que la ley 24.522 era posterior a la ley 24.441, por lo que pudiendo incorporar al fideicomiso a su régimen no lo hizo.

2) Que el fideicomiso no es un sujeto y que, por tanto, carece de personalidad jurídica y como tal no podría ser susceptible de concurso preventivo ni de APE.

3) Que otrora el artículo 16 de la ley 24.441 y hoy el artículo 1.687 CCyC, disponen que, en el supuesto de insuficiencia de los bienes fideicomitidos y a falta de otros recursos, procederá la liquidación del fideicomiso y de su patrimonio de afectación.

4) Y que ambas normas citadas previamente expresamente decía/dice que el fideicomiso **no puede quebrar**, y si bien el texto del artículo 1.687 CCyC mejoró bastante la orfandad normativa que portaba la ley 24.441, y explica que como sucedáneo de la declaración de su quiebra, y a falta de otros recursos provistos por el fiduciante o el beneficiario según previsiones contractuales, procede su liquidación debiendo el juez competente fijar "el procedimiento sobre la base de las normas previstas para concursos y quiebras, en lo que sea pertinente". Y puesto que una de las consecuencias posibles de un concurso preventivo no exitoso (o de un APE homologado incumplido o nulo) es el decreto de quiebra, no cabría otorgar tales remedios a un fideicomiso insolvente.

150 Games, L.M.F. y Esparza G. A., "*Fideicomisos y concursos*", Depalma, Buenos Aires, 1997, página 36, que con alguna reserva ven alguna posibilidad de concursamiento del fideicomiso; Junyent Bas, Francisco y Giménez Sofia, "La "insuficiencia" del patrimonio fideicomitido", quienes defienden el concursamiento del patrimonio fideicomitido, *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, Héctor Alegría director, mayo junio 2019, páginas 650 a 652.

III.- Las ocho razones que sí justifican que un fideicomiso no es susceptible ni de concurso preventivo ni de acuerdo preventivo extrajudicial

Sin desconocer el mérito de la doctrina y jurisprudencia que sostienen lo contrario, y reconociendo así que se trata de una cuestión debatible, a continuación, despliego las ocho razones por las que un fideicomiso que porta un patrimonio de afectación dinámico insolvente sí puede concursarse preventivamente y/o solicitar la homologación judicial de un APE, a saber.

Primera. Porque no está prohibido. Si bien este primer argumento está basado en un cuerpo legal que hoy prácticamente se encuentra en desuetudo, una primerísima razón para admitir el CP/APE de un fideicomiso es la parte final del artículo 19 de la Constitución Nacional que dice: "*Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley,* ***ni privado de lo que ella no prohíbe***". Como veremos en la última de las razones que apoyan mi ponencia, solo con este argumento primordial, en el sistema concursal norteamericano se concluye que los *trusts* o fideicomisos son elegibles para transitar procedimientos concursales.

Adicionalmente, y para reforzar que no solo no está prohibido, sino que podríamos entenderlo como expresamente admitido, vemos que la parte final del artículo 1.687 CCyC dispone que para liquidar un fideicomiso el juez debe remitirse a "*las normas previstas para* ***concursos*** *y quiebras*". Si la expresión "concursos" está tomada como género, entonces ello hace que involucre cualquier subtipo concursal, mientras que si está tomada como especie, entonces refiere puntualmente al concurso preventivo.

Segunda. Si se repara en la estructura lógico-jurídica del artículo 2 LCQ, se debe necesariamente aceptar que dicha norma establece una regla general de máxima concursabilidad, y solo en su párrafo final las excepciones a dicha regla.

Nos explicamos. El artículo 2 no solo sienta una regla o principio general de concursabilidad, sino que posteriormente refuerza dicha regla general brindando dos ejemplos (incs. 1 y 2) que reafirman la misma, para finalmente traer las excepciones de las personas reguladas por las leyes 20.091, 20.321 (veda que ha sido dejada sin efecto por la legislación de mutuales actualmente vigente), 24.241 (de aplicación imposible desde que desaparecieron las administradoras de fondos de jubilaciones y pensiones —AFJP—), y las excluidas por leyes especiales (entre las que no se encuentran expresamente los fideicomisos).

Así, y revirtiendo el razonamiento de la Sala A en el fallo Fideicomiso Catalinas Blancas I —que decía que la ley 24.522 era posterior a la

ley 24.441, por lo que pudiendo incorporar al fideicomiso a su régimen no lo hizo—, refutamos diciendo que, por las mismas razones, de haber querido excluirlo en el párrafo final del artículo 2, y habiendo podido, **no lo hizo**.

Tercera. Es completamente irrelevante que el fideicomiso no sea sujeto de derecho.

El argumento más importante al respecto, y que ampliaremos en la siguiente razón, es que el derecho concursal en su conjunto no está diseñado solo, ni mucho menos exclusivamente, para dar respuestas a los problemas de insolvencia o crisis de sujetos, sino —antes bien— de patrimonios.

De allí que, al menos por ahora, apunto que la propia LCQ (art. 2, inc. 1) admite como "sujeto" comprendido en el régimen concursal a un no sujeto, simplemente al patrimonio de afectación indiviso del causante mientras se mantenga separado del patrimonio de sus herederos.

Si bien se trata de un claro caso de patrimonio (sin sujeto), el citado fallo de la Sala A pretende dar una explicación diferente, casi fantasmagórica de la cuestión, indicando que sería "una manifestación ultractiva de la persona del deudor que, aún fallecido, sigue respondiendo por sus obligaciones con su patrimonio aún indiviso, en tanto este subsiste con esa calidad, como atributo que no se ha independizado aún de la persona del causante deudor".

Aunque muchísimo más discutible por cierto, para aquellos que en materia de insolvencia transfronteriza defendemos el principio de universalismo (versus la tesis territorialista), el precepto del artículo 2 inciso 2 LCQ que admite que los deudores domiciliados en el extranjeros se concursen respecto de bienes en el país, puede también válidamente explicarse indicando que es el patrimonio de afectación (bienes existentes en el país) el que se concursa y no es deudor domiciliado en el extranjero (pues el universalismo no permitiría más que un único proceso de este deudor con bienes en múltiples jurisdicciones).

Cuarta. Si acaso fuera tan importante que las soluciones de la LCQ solo se apliquen a "sujetos", proposición que ciertamente no compartimos, aún entonces podría justificarse la concursabilidad del fideicomiso explicando simplemente que quien se concursa es un sujeto (el fiduciario) aunque solo respecto del patrimonio fideicomitido.

Quinta. Casi a modo de reafirmación de las razones tercera y cuarta precedentes, la que aquí desarrollamos se basa en la asimétrica correlación entre los presupuestos objetivo y subjetivo, respectivamente. Nuestra LCQ, y en el derecho concursal en general, apunta más brindar

soluciones para patrimonios en crisis que para sujetos en crisis[151].

Si bien no soy un fan del arcaico presupuesto objetivo que exige el art. 1° de nuestra LCQ para la aplicación del régimen concursal, y honestamente creo que la cesación de pagos en un concepto periclitado (la mayoría de las legislaciones comparadas o bien no lo exigen o al menos lo han flexibilizado en forma extrema, estimulando soluciones dentro de la llamada *zona de preinsolvencia*), lo innegable es que dicho presupuesto objetivo no está correlacionado con un sujeto, sino con un patrimonio.

Desde el "jardín de infantes concursal" todos hemos aprendido que la cesación de pagos es el estado en que se encuentra **un patrimonio** que se manifiesta impotente para hacer frente por medios normales a las obligaciones que lo gravan[152].

La ley 24.522 (siguiendo en ello a la ley 19.551) adoptó respecto de la cesación de pagos la concepción de la teoría amplia, por lo que resulta un estado del patrimonio que se exterioriza mediante distintos hechos reveladores, los que la ley concursal ejemplifica en su artículo 79, ya que la insolvencia, mientras se mantenga latente y sin exteriorizarse en hechos concretos, resulta del todo irrelevante desde el punto de vista jurídico.

Entonces, si un patrimonio dinámico, aunque no sea un sujeto, se manifiesta impotente para hacer frente por medios normales a las obligaciones que lo gravan, debería poder recurrir al concurso preventivo y/o al APE.

Sexta. Redoblando la apuesta hecha en la razón precedente, no solo un patrimonio sin sujeto es susceptible de CP o de APE, sino que un mismo "sujeto" puede tener abierto y en trámite más de un proceso concursal de modo simultáneo, siempre que lo sea respecto de patrimonios de afectación diferentes.

Del juego armónico de los artículos 107, 234 y 236 LCQ, una vez rehabilitado, el sujeto fallido puede adquirir nuevos bienes y derechos que conformarán un nuevo patrimonio diferente al anterior conformado por los activos a la fecha de quiebra con más los adquiridos hasta el cese de la inhabilitación, todavía sometido —aquel primer patrimonio— al proceso liquidatorio. Respecto del nuevo patrimonio habido post rehabilitación, si este entrara en crisis, el mismo sujeto podría someterlo a un CP, a un APE o incluso a una nueva quiebra.

Séptima. Los fideicomisos sí quiebran. Aunque no ignoro que el artículo 16 de la ley 24.441 decía, y hoy el artículo 1.687 CCyC dispone,

151 Con la innegable excepción de aquellas personas humanas que, en ejercicio de un derecho constitucional de quinta generación, tienen el derecho a quebrar y a obtener el beneficio de un nuevo comienzo.

152 Del dictamen del Fiscal de Cámara *in re* "Crédito Alberdi s/Quiebra", CNCom., sala D, 6-11-81, LL 1982-A-161.

que el fideicomiso no quiebra y que en el supuesto de insuficiencia de los bienes fideicomitidos y a falta de otros recursos procederá la liquidación del fideicomiso y de su patrimonio de afectación, se trata apenas de una diferencia meramente nominal que, en lo sustancial, no permite distinguir —de modo relevante— la liquidación judicial universal y forzosa de un fideicomiso de la quiebra del mismo[153].

Octava. La concursabilidad del fideicomiso que vehiculiza una empresa es la solución de muchos regímenes comparados. Así, en Colombia, la ley **550 de 1999 hacía elegibles para su concursabilidad a las empresas, y con mayor claridad aún, la ley 1.116 de 2006 determina que son concursables tanto la persona natural o jurídica comerciando, como los patrimonios autónomos**[154]. En el caso de México, la Ley Federal de Concursos Mercantiles del año 2000 incluye expresamente la posibilidad legal de que un fideicomiso empresarial pueda concursarse (art. 4, II "patrimonio fideicomitido cuando se afecte a la realización de actividades empresariales"[155]). En cuanto al Código de Bancarrotas norteamericano, la concursabilidad de un *trust* (que si bien no es lo mismo que un fideicomiso se le asemeja lo suficiente) depende de si se trata de un *business trust* o de un *piggy bank trust* (*safe deposit*). Así, se admite sin discusión la aplicación de los capítulos 11 y 7 a los *Business Trusts* (concurso preventivo y quiebra, respectivamente), y los pocos casos jurisprudenciales de rechazo de remedios concursales de *trusts* son cuando no vehiculizaban empresas[156].

IV.- Conclusión y "yapa"

Por las razones expuestas, ponemos a consideración la siguiente ponencia: "Contrariamente a lo que reconocemos que es la tendencia jurisprudencial y doctrinaria muy mayoritaria, se postula que un fideicomiso sobre un patrimonio de afectación dinámico (una empresa) sí es susceptible de ser sometido a un concurso preventivo de acreedores y/o solicitar respecto del mismo la homologación de un acuerdo preventivo extrajudicial".

Y a modo de reflexión final, como "yapa", dejo un interrogante adicional: aquellos que postulan que un fideicomiso no es susceptible ni de concurso preventivo ni de APE, ¿modificarían su postura si dentro del propio contrato de fideicomiso se regulara expresamente la facultad de someterse a un CP o a un APE?

153 Para que esto no quede simplemente como una afirmación dogmática, nos remitimos a la ponencia denominada "Los fideicomisos SÍ quiebran", también presentada en este mismo congreso.

154 Para despejar toda duda posible, el decreto 1.038/2009 establece que los fideicomisos son susceptibles de ser concursados.

155 En 2005 fue el primer caso "Autoconstrucción".

156 En cambio, ni a los *Business Trusts* les es aplicable el Capítulo 13, procedimiento de reorganización conceptualmente previsto para personas humanas con recursos regulares.

LOS FIDEICOMISOS SÍ QUIEBRAN

LORENTE, Javier A.

I.- Introducción y remisión

La presente ponencia constituye una secuencia lógica y una ampliación de otra ponencia presentada por ante este mismo Congreso, ante la misma Comisión 1, titulada: *Los fideicomisos de patrimonios dinámicos SÍ son susceptibles de concurso preventivo y de acuerdo preventivo extrajudicial*.

En ella desarrollo ocho razones por las que un fideicomiso que porta un patrimonio de afectación dinámico insolvente sí puede concursarse preventivamente y/o solicitar la homologación judicial de un APE.

Más allá de remitir al lector a dicha ponencia previa y a todo lo expuesto en ella, destaco que la séptima razón que allí expongo es que los fideicomisos sí quiebran, y con el presente trabajo pretendo ampliar lo entonces sucintamente esbozado.

Y una vez más dejo aclarado que la afirmación de que los fideicomisos sí quiebran no lo es de *lege ferenda*, sino que, más aún, es **a pesar** de lo que dice literalmente el tercer párrafo del artículo 1.687 CCyC, que considero un simple desatino nominalista del legislador.

Así las cosas, y más allá de la apodíctica afirmación habida en la norma bajo análisis: "La insuficiencia de los bienes fideicomitidos para atender a esas obligaciones, **no da lugar a la declaración de su quiebra**", salvo cuando se den los supuestos previstos a continuación por el mismo párrafo tercero (recursos provistos por el fiduciante o el beneficiario según previsiones contractuales), la liquidación del patrimonio fideicomitido es ni más ni menos que una quiebra.

II.- Exégesis del tercer párrafo del art. 1.687 del CCyC

Reza textualmente el tercer párrafo del artículo 1.687 CCyC: "*La insuficiencia de los bienes fideicomitidos para atender a esas obligaciones, no da lugar a la declaración de su quiebra. En tal supuesto y a falta de otros recursos provistos por el fiduciante o el beneficiario según previsiones contractuales, procede su liquidación, la que está a cargo del*

juez competente, quien debe fijar el procedimiento sobre la base de las normas previstas para concursos y quiebras, en lo que sea pertinente".

Como antecedente de la norma actual, el 16 de la ley 24.441 decía algo parecido, pero ni tan siquiera daba un indicio de cómo se liquidaban los fideicomisos que, por mandato legal, no quebraban.

Fue la doctrina y la jurisprudencia las que tuvieron que cubrir tal vacío legal y, con esos antecedentes como fuente, la parte final del tercer párrafo del artículo 1.687 CCyC aclara (¿aclara u oscurece?) que la liquidación del fideicomiso y de su patrimonio de afectación lo es a través de un "procedimiento" cuya base son las normas previstas para "concursos y quiebras", y para peor: "en lo que sea pertinente".

Muchísimas dudas deja el texto legal, pero vamos a limitarnos a solo cuatro:

1) la insuficiencia de los bienes fideicomitidos no comprende todas las hipótesis en las que un fideicomiso puede encontrarse en situación de ser liquidado;
2) la remisión al "procedimiento" de la LCQ no puede tenerse por exclusivamente vinculado a los aspectos adjetivos del sistema concursal, pues aquellos están indisolublemente unidos a los sustantivos;
3) la remisión al sistema de "concursos y quiebras" abre la incógnita —para nosotros no hay tal— de si la remisión es solo al proceso liquidatorio (quiebra) o también a los procesos recuperatorios (concurso preventivo y/o APE); y
4) la fórmula "en lo que sea pertinente" es de aquellos clisés que abundan en este tipo de remisiones que, honestamente, nada aportan.

III.- Análisis sustantivo del tercer párrafo del art. 1.687 del CCyC: la liquidación judicial universal y forzosa de un patrimonio fideicomitido. Reglas sustantivas y procedimentales

En primer término, apunto que la expresión ***insuficiencia de los bienes fideicomitidos*** parece solo apuntar a los que hemos denominado como *fideicomisos con patrimonios de afectación estáticos*, e ignora que un fideicomiso que vehiculiza una empresa podría estar en insolvencia, en crisis económico-patrimonial, en cesación de pagos, etc., sin calificar ello como *insuficiencia de los bienes fideicomitidos*. Así lo aclara la doctrina, apuntando que esta última expresión no puede equipararse al concepto

de cesación de pagos prevista por la ley concursal[157].

Si el artículo 1.687 CCyC solo regula la hipótesis en que en el fideicomiso advierte una insuficiencia de los bienes fideicomitidos, cabe preguntarse qué otras soluciones están disponibles cuando el fideicomiso, estando o no en la situación legalmente descripta, experimenta un estado general que lo denota como imposibilitado para atender las obligaciones ordinarias que sobre el mismo pesan con los recursos ordinarios que el mismo genera. Ya hemos dado nuestra respuesta: un fideicomiso con un patrimonio de afectación dinámico puede recurrir al concurso preventivo y al APE.

Pero, en segundo lugar, y no menos llamativa, es la afirmación del legislador en el sentido de que los fideicomisos —cuando hubiere insuficiencia de los bienes fideicomitidos— no quiebran.

Esta afirmación dogmática habida en el artículo 1.687 me resulta de un voluntarismo tal que solo podría comparar con una norma que dijera: **el sol no sale por el este**.

En tercer lugar, y siguiendo con la imagen cardinal precedente, me represento que la muy confusa expresión final del artículo 1.687 CCyC en cuanto a como se liquidan los fideicomisos es algo así como decir que **el sol no sale por el este, pero sale por el punto cardinal que está exactamente opuesto al oeste**.

Aunque no dejo de merituar que el texto actual es de mejor factura técnica que el viejo artículo 16 de la ley 24.441, lo cierto es que la mención actual que a falta de quiebra del fideicomiso se "*procede su liquidación, la que está a cargo del juez competente, quien debe fijar el procedimiento sobre la base de las normas previstas para concursos y quiebras, en lo que sea pertinente*" es, cuando menos, poco feliz.

Interpretando la norma bajo análisis, prestigiosa doctrina ha afirmado que para la liquidación de un fideicomiso no debería aplicarse linealmente la regulación de la LCQ "porque la figura no fue incorporada a ese régimen", y porque "si se aplicara la normativa falencial, en forma indiscriminada, sin diferencias con un proceso de quiebra típico, estaríamos violando

157 David, Marcelo, "Liquidación de patrimonios fideicomitidos en el Código Civil y Comercial", en Calvo Costa, *Doctrina y estrategia del Código Civil*, T. IV, p. 964, aunque luego el autor citado formula una aclaración —que no compartimos— en el sentido que la insuficiencia de los bienes fideicomitidos haría referencia a un estado "anterior" (sic) al de cesación de pagos. Nos parece que se trata de conceptos diferentes. Un patrimonio puede encontrarse en plena cesación de pagos sin registrar "antes", ni después, ni necesariamente, una insuficiencia patrimonial. Similar crítica, y enfatizando que la expresión "insuficiencia de los bienes fideicomitidos" parece considerar solo un aspecto estático del patrimonio fideicomitido (que reiteramos no es nuestra hipótesis de trabajo), puede encontrarse en Aicega, María Valentina – Gomez Leo, Osvaldo R, Código Civil y Comercial Comentado Tratado Exegético, AA.VV. Dir. Jorge H. Alterini, T. VII, p. 1.157.

la voluntad del legislador que no quiso incluir el patrimonio fiduciario dentro de los supuestos del art. 2 de la ley concursal"[158]. Discrepamos con esta aserción. La regla general que impone el artículo 2 LCQ es la concursabilidad, y solo en el párrafo final se indican las excepciones al principio general. Sin atreverme a asumir cuál habrá sido la voluntad del legislador, lo indudable es que, si hubiera querido excluir al patrimonio fiduciario del sistema concursal, debió haberlo hecho expresamente agregando una excepción más al final del artículo 2 LCQ.

En sentido similar, y para explicar que a la liquidación de un fideicomiso no deben aplicarse necesariamente todas las reglas procesales y sustanciales de la LCQ, otro acreditado autor ha ejemplificado que en caso de liquidación de un fideicomiso con un único inmueble urbano (nótese que no se trata de un patrimonio dinámico, como es nuestra hipótesis de trabajo), no sería necesario el trámite falencial y se pregunta —retóricamente—, "¿por qué imponer al juez el largo, tedioso y costoso procedimiento de la quiebra para proceder a liquidar el bien, satisfacer a los acreedores y distribuir el remanente (si existiere) a los fideicomisarios?"[159]. No coincidimos tampoco con tan autorizada opinión: para saber quiénes son los "acreedores" se necesita recurrir a la LCQ. El procedimiento para liquidar un único bien, aun dentro de la LCQ, no es necesariamente largo, tedioso y costoso, la propia práctica jurisprudencial admite mecanismos alternativos a la subasta pública para la liquidación de activos falenciales y, finalmente, determinar si existe o no remanente también supone recurrir a la LCQ.

Siguiendo al citado autor, que afirma —siguiendo exegéticamente al artículo 1.687 del CCyC— la imposibilidad de declarar la quiebra del patrimonio fiduciario y que la norma "no admite interpretaciones discordantes" (que es precisamente lo que proponemos en la presente ponencia), tomemos entonces —por ahora— por válido que el procedimiento para liquidar un fideicomiso no es una **quiebra**. Entonces, ¿qué es?

Al solo fin expositivo, denominemos a este trámite como *liquidación judicial forzosa del fideicomiso*.

¿Cuáles son sus características más obvias?

Es un procedimiento **liquidatorio**.

Es un procedimiento **judicial** en el que interviene el juez que hubiera correspondido en los términos del artículo 3 LCQ.

Es un proceso **universal** (involucra la totalidad de la masa activa y pasiva

158 Lisoprawsky, "Concurso preventivo del patrimonio fiduciario", en Calvo Costa *Doctrina y estrategia del Código Civil*, T. IV, p. 967.
159 Marquez, José F., Código Civil y Comercial de la Nación y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial, AA.VV. dirigido por Alberto Bueres, T. 3E, p. 597.

del patrimonio fideicomitido). Esto es tan obvio que en todos los casos judiciales que he podio compulsar, en el proceso de "verificación" de créditos, se han admitido créditos con privilegio general, que solo tienen razón legal de existir en el marco de procesos universales[160], incluso en el caso Taxodium, en el que el tribunal (tanto en primera instancia como en Alzada) hizo una interpretación minimalista del artículo 1.687 del CCyC en cuanto a que la remisión a la LCQ solo era en lo procedimental (y no a las acciones de recomposición patrimonial que ella prevé, conclusión con la que obviamente discrepamos), pero —no sin alguna inconsistencia conceptual— antes había verificado a la AFIP con privilegio general.

Aun aquellos autores que *de lege lata* sostienen que el fideicomiso no quiebra (aunque algunos de ellos *de lege ferenda* se inclinan por una norma más clara aún) quizás podrían coincidir con la siguiente descripción del procedimiento de liquidación de un fideicomiso (especialmente si contiene un patrimonio "dinámico"): **Es un proceso judicial forzoso y universal que tiende a que una vez reconocidos los créditos genuinos que afectan a ese patrimonio, y liquidados los activos que componen el mismo, se distribuya el producido líquido respetando el orden de preferencias de la LCQ o del CCyC que, por caso, es lo mismo.**

Y se le aplican "las normas previstas para concursos y quiebras" no solo a lo "procedimental", como se lee en el fallo Taxodium (haciendo una interpretación literal que deja de lado que si bien proceso concursal e instituto concursal no son lo mismo —Garaguso— no es menos cierto que los aspectos adjetivos y sustantivos están tan íntimamente imbricados que son inescindibles).

Este procedimiento, si no es una quiebra, tiene **pico de pato, plumas de pato, pata de pato, hace cuac como un pato: es un pato** (quiebra) **o en el mejor de los pasos, una pata**.

Entonces, los fideicomisos **SÍ quiebran.** Y aunque no, el artículo 1.687 CCyC dispone que el fideicomiso no quiebra y que, en el supuesto de insuficiencia de los bienes fideicomitidos y a falta de otros recursos, procederá la liquidación del fideicomiso y de su patrimonio de afectación. Se trata apenas de una diferencia meramente nominal que, en lo sustancial, no permite distinguir —de modo relevante— la liquidación judicial universal y forzosa de un fideicomiso de la quiebra del mismo.

Y solo para dar un ejemplo paradigmático de cómo un legislador puede equivocarse grandemente cuando dicta una norma, traigo a cuento quizás uno de los yerros más mayúsculos de nuestra historia legal, pero que jamás perturbó seriamente la aplicación de la norma. Nos referimos no a una

160 Art. 2.580 CCyC.- Privilegios generales. Los privilegios generales solo pueden ser invocados en los procesos universales.

simple ley de congreso, ni siquiera a una súper ley (como sería un Código Civil y Comercial), sino que hablamos de la "ley de leyes": la Constitución Nacional. Los memoriosos recordarán que, en su redacción originaria de 1853, y aún luego de la reforma del artículo 1.860, el artículo 75 CN decía expresamente que el vicepresidente debía ejercer el Poder Ejecutivo Nacional (PEN), entre otros supuestos, en caso de "ausencia de la Capital" del presidente. A pesar de lo que literalmente decía la norma, ningún intérprete de la misma pretendía que el presidente, cada vez que se iba a descansar a la quinta presidencial de Olivos —provincia de Buenos Aires—, luego de su jornada laboral, debía delegar el ejercicio del PEN en el vicepresidente.

Algo parecido postulamos aquí: más allá del texto literal del artículo 1.687 CCyC, y especialmente en caso de fideicomisos continentes de patrimonios dinámicos, la liquidación de los mismos debe hacerse bajo las reglas generales de la quiebra. El Juez interviniente debe apartarse de la LCQ solo cuando las circunstancias fácticas y/o jurídicas del caso así lo exijan.

IV.- La analogía con las compañías aseguradoras que NO quiebran pero SÍ quiebran

Y para que el reproche no quede solo en el malhadado CCyC, extendemos la crítica a la situación de la liquidación de las compañías aseguradoras. El artículo 2 LCQ, parte final, excluye a los sujetos alcanzados por la ley 20.091.

A su turno, el artículo 51 de esta ley indica, como "Procedimiento sustitutivo de la quiebra", que los aseguradores no pueden recurrir al concurso preventivo **ni son susceptibles de ser declarados en quiebra**.

Si no se hubiese iniciado la liquidación forzosa del párrafo primero y estuviesen reunidos los requisitos para la declaración de quiebra, el juez ordinario competente dispondrá la disolución de la sociedad y su liquidación por la autoridad de control.

Y para reforzar la analogía entre la situación de liquidación de un fideicomiso y la de una compañía aseguradora, el artículo 52 de la ley 20.09 textualmente reza: "En los casos de los artículos 50 y 51, la autoridad de control ajustará la liquidación a las disposiciones de los concursos comerciales para las quiebras, y tendrá todas las atribuciones del síndico en aquellas".

Una vez más, la liquidación judicial universal y forzosa de una aseguradora por insolvencia tiene pico de pato, pluma de pato, patas de pato…

Las diferencias, más allá del *nomen iuris*, al igual que en el caso de la liquidación del fideicomiso, es que como liquidador puede designarse a

alguien que no sea un síndico de la lista de síndicos falenciales[161]. En el caso de las aseguradoras, es un liquidador propuesto por la Superintendencia de Seguros de la Nación y en la de los fideicomisos podría ser el propio liquidador designado convencionalmente o cualquier otro que designe el juez a cargo del proceso, **incluso un síndico de la lista**.

En los casi cincuenta años de experiencia jurisprudencial y doctrinaria de liquidación judicial universal y forzosa de compañías aseguradoras, y más allá de la cuestión meramente nominativa de no caratular los expedientes como quiebra (en ese sentido, la ley 21.526 de Entidades Financieras es mucho más "sincera" y llama a las cosas por su nombre propio), no hay registros de que a este procedimiento "especial", no se le apliquen, casi en su totalidad, las reglas procesales y sustantivas de la quiebra previstas en la LCQ.

Dicho sea de paso, no recuerdo jurisprudencia alguna que en materia de liquidación de aseguradoras no haya hecho aplicables las acciones de recomposición patrimonial falenciales como se decidió en el caso Taxodium.

V.- Conclusión

En conclusión, y por las razones expuestas, ponemos a consideración la siguiente ponencia: "*A pesar de la literalidad del tercer párrafo del art. 1687 del CCyC, se postula que una interpretación integral del régimen de liquidación de un fideicomiso es, en lo esencial, una quiebra, y se le deben, por tanto, aplicar todas las reglas sustanciales y procesales de la LCQ, excepto que fueren manifiestamente contrarias al régimen legal del fideicomiso*.

161 En algunos casos donde las cuestiones atinentes a la liquidación del fideicomiso eran esencial y minuciosamente jurídicas, los jueces intervinientes se inclinaron por designar como liquidadores a abogados, y no a síndicos contadores, o en otros casos a una dupla de contador y abogado.

LA CONCURSABILIDAD DEL FIDEICOMISO

JUNYENT BAS, Francisco

Ponencia

Por la presente afirmamos que el patrimonio fiduciario como tal es concursable y "apeable" y ante la frustración de dichos procesos procederá la liquidación, tal como lo establece el código. Esta solución que propiciamos consideramos que en muchos casos podrá ser más favorable al interés de todos los sujetos intervinientes en el contrato como para los acreedores, pues admitirá "recomponer la situación patrimonial" para continuar con el giro empresario.

En primer lugar, debemos señalar que si bien es real y cierto que ni los artículos 2 y 5 de la LCQ lo ha incorporado dentro de la nómina de los sujetos concursables, si pensamos en las mutuales, la ley concursal luego de varias reformas tampoco las incluyó y, sin embargo, es sabido que pueden hacer uso de los mecanismos previstos por la ley concursal (art. 37, ley 20.321).

Desde otro costado, y sin desconocer que el patrimonio fiduciario carece de personalidad jurídica, consideramos que ello no es necesario ante determinados supuestos previstos por la ley concursal, como son el patrimonio de la persona fallecida mientras se mantenga separado de los patrimonios de los herederos y respecto de los bienes situados en el país de la persona domiciliada en el extranjero.

En una palabra, si es posible concursar dichos patrimonios que no tienen personalidad jurídica propia, debería ser posible concursar un patrimonio fideicomitido, más allá de que debemos reconocer que tiene un régimen específico que requerirá de mayor análisis.

I.- Fundamentación: la judicialización de la liquidación del fideicomiso

Ante la indeterminación y la declamada flexibilidad de la ley 24.441 sobre los lineamientos a tener en cuenta llegada la instancia liquidativa y la conveniencia de la extrajudicialidad pretendida, ya que la declaración de quiebra era imposible por la sencilla razón de que el proceso liquidativo era ejecutado por el fiduciario fuera de la mirada de un juez, es así que el Código Civil y Comercial (CCivCom) estableció la judicialidad de la

liquidación en el artículo 1.687.

En lo que a nuestro interés respecta, este prevé: "*La insuficiencia de los bienes fideicomitidos para atender a esas obligaciones, no da lugar a la declaración de su quiebra. En tal supuesto y a falta de otros recursos provistos por el fiduciante o el beneficiario según previsiones contractuales, procede su liquidación, la que está a cargo del juez competente, quien debe fijar el procedimiento sobre la base de las normas previstas para concursos y quiebras, en lo que sea pertinente*".

La letra fría de la ley pareciera mantener al fideicomiso fuera del régimen del concurso y de la quiebra, tal como lo estatuía la ley 24.441. Sin embargo, nos inclinamos por la posición que habilita el concursamiento.

II.- El contrato de fideicomiso: "principio de separación de bienes"

El principal efecto que deviene de la constitución de un fideicomiso es "la separación" de los bienes que lo componen respecto del patrimonio de las partes del contrato, es decir, del fiduciante que los trasmite, del fiduciario propietario administrador y de los beneficiarios. Este principio es axial en la figura, pues asegura la intangibilidad de los bienes frente a acciones de agresión patrimonial, que pretendieran ejercer acreedores particulares de las partes, u otros interesados en sus bienes.

De allí que se constituye "este patrimonio separado" (art. 1.685 CCivCom) como "técnica negocial" que, mediante un nuevo "centro de imputación" sin personalidad jurídica, permite dinamizar activos y excluir las acciones singulares y colectivas de las partes firmantes del *pactum fiduciae*.

Tal como se sigue del artículo 1.686 CCivCom, este principio de separación patrimonial veda la posibilidad de que los acreedores del fiduciario ejerzan acciones singulares sobre los bienes que constituyen el patrimonio, o que el concurso del fiduciario abarque a los bienes bajo su gestión fiduciaria.

Tampoco los acreedores del fiduciante pueden ejercer acciones sobre los bienes fideicomitidos, pues ya no están bajo su titularidad. Se prevé que quedan a salvo las acciones para la revocación de la transmisión, ordinarias o concursales, debiendo concurrir para su admisión los requisitos generales y especiales aplicables para la revocación de cualquier acto jurídico fraudulento o ineficaz[162].

Así, el fideicomiso se constituye como un patrimonio separado que se encuentra bajo la titularidad del fiduciario, quien tiene los derechos de disposición, uso y goce sobre el bien que se le transmite en propiedad

162 Márquez, José F., "Comentario a los arts. 1666 a 1700", en *Código Civil y Comercial comentado*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2015, 1ª ed., t. 2, p. 1.003.

(art. 1.704 CCivCom).

Entonces, el fiduciario ejerce la propiedad para otro, en beneficio de otro, a cambio de una retribución[163]. No se puede desconocer el carácter de titular dominial del fiduciario, pero indudablemente, como administra en interés ajeno, se aleja en gran medida de sus potestades de dueño y ello justifica las diferencias técnicas que especifican al dominio fiduciario del dominio en general.

Por su parte, el fiduciante es el constituyente del fideicomiso por ser quien transmite los bienes; carece de facultades sobre el patrimonio, salvo las que se hubiere reservado en orden a la supervisión y la que la ley les concede en orden al pedir la remoción del fiduciario.

A su vez, los beneficiarios son las personas humanas o jurídicas que reciben los frutos obtenidos con la gestión fiduciaria durante la vigencia del fideicomiso (art. 1.671).

III.- Efectos de la configuración del patrimonio separado

De tal modo, se articula lo que en doctrina[164] se denomina *patrimonio separado* o *de afectación*. La regulación destaca los efectos en un triple orden de relaciones:

1. Frente al fiduciante, transmisor de los bienes, sus acreedores no pueden agredir el patrimonio fideicomitido porque han salido de la "garantía común"; son bienes ajenos —quedan a salvo las acciones por fraude y de ineficacia concursal—.
2. Frente al propio titular del dominio fiduciario —es decir, el fiduciario—, sus acreedores tampoco pueden agredirlo, pues el patrimonio especial conformado con estos bienes tiene una afectación al pago de los beneficiarios. La propiedad fiduciaria da vida a una "dualidad" de relaciones de propiedad sobre un mismo bien y este último se encuentra exento de la acción de los acreedores del propietario fiduciario que se limita a ser un verdadero administrador.

   La contracara de ello es que el fiduciario no responde con bienes propios por las deudas generadas en la gestión fiduciaria, es otra consecuencia del principio de separación patrimonial. Las deudas del fideicomiso son satisfechas con los bienes que conforman el

163 Puerta de Chacón, Alicia, "El dominio fiduciario en la ley 24.441 ¿Nuevo derecho real?", en Maury de González, Beatriz, *Tratado de Fideicomiso*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, p. 88.
164 Highton, Elena, Mosset Iturraspe, Jorge, Paolantonio, Martín y Rivera, Julio César, "Reformas al Derecho Privado. Ley 24.441", Ed. Rubinzal Culzoni, 1995, p. 51.

patrimonio separado. Claro está que la excepción será cuando el fiduciario haya causado daños a las partes o a terceros por la inejecución de sus obligaciones legales o contractuales o deberes legales que debe cumplir en su actividad; en cuyo caso será responsable a título personal.

Tampoco el fiduciario, el beneficiario o el fideicomisario responden con sus bienes por las deudas del fideicomiso, aunque es posible pactar que beneficiario o fideicomisario garanticen las deudas del fideicomiso. No existe tal posibilidad con relación al fiduciario para evitar contraposición de intereses.

3. Por último, los acreedores del beneficiario solo pueden cobrarse de los frutos de los bienes que administra el fiduciario, aunque pueden subrogarse en los derechos de su deudor. En una palabra, la separación e impermeabilidad patrimonial de los bienes fideicomitidos importa la constitución de dos masas patrimoniales en cabeza del fiduciario claramente determinadas.

IV.- Insuficiencia de los bienes fideicomitidos

Tal como señalamos anteriormente, una de las funciones prácticas de la creación legal de un patrimonio separado es que se reserva a un determinado grupo de acreedores: los acreedores del fideicomiso, es decir, aquellos cuyos créditos nacen "en la ejecución" del encargo fiduciario. De allí que los bienes fideicomitidos constituyen la garantía de las obligaciones contraídas en el fideicomiso.

Ahora bien, cabe analizar qué sucede cuando los bienes del fideicomiso son insuficientes para pagar las obligaciones contraídas como consecuencia de su ejecución.

1. La postura que niega la posibilidad del concurso del patrimonio fideicomitido

Por un lado, se encuentran quienes realizan un análisis exegético de la ley e interpretan que la intención del legislador es clara, no solo al excluir expresamente al fideicomiso de las disposiciones de la ley concursal, sino al indicar la prohibición de declararse su quiebra.

Lisopraswski[165] entiende que, al igual que la ley 24.441, el artículo 1.687 CCivCom excluye al patrimonio fiduciario de la utilización de las alternativas previstas en la LCQ, como son el concurso preventivo, el

165 Lisoprawski, Silvio V., "Concurso preventivo del patrimonio fiduciario", cita online: AR/DOC/3416/2015.

APE, la quiebra directa —ya sea a pedido del acreedor o del propio deudor—, así como la quiebra indirecta. Explica que, si se admitiera que se puede concursar preventivamente, se produciría un "desgarro" en el ordenamiento concursal, pues ante el fracaso de la vía concordataria debería declararse la quiebra y no otro medio de ejecución colectiva como es la liquidación judicial.

Asimismo, el mencionado autor sostiene que si la ley 26.944 no modificó expresamente el artículo 2 LCQ, se debe justamente a que no pretendió incorporarlo dentro de los "sujetos concursables".

En definitiva, considera que la *quaestio voluntatis* del legislador se sigue manteniendo en el actual artículo del código unificado, respecto de la veda de la solución concursal preventiva, aunque no lo prevea expresamente.

En igual senda se encuentran autores de talla como Boquin-Ceratti[166], Favier-Dubois (padre e hijo) y Kiper[167], entre otros, que reconocen que el nuevo régimen presenta sus limitaciones y genera dudas, consideran que sigue impidiéndose el concurso preventivo y dejando a la liquidación —aparentemente— como única solución para el caso de insuficiencia patrimonial.

2. La doctrina que sostiene la posibilidad del concursamiento

Desde otro costado, propician el concursamiento Games y Esparza[168], entendiendo que las exclusiones que hace la ley son solo con respecto a personas jurídicas, categoría normativa que no alcanza al fideicomiso, que carece de personalidad y tiene origen contractual o testamentario; no existen razones conceptuales o legales para que estos patrimonios, que son excepción a la unidad del patrimonio, queden fuera. En igual senda, Molina Sandoval[169] sostiene que el hecho de que el fideicomiso no pueda ser objeto de quiebra no importa necesariamente que no pueda presentarse en concurso preventivo, siempre y cuando la sanción resultante del incumplimiento no suponga la declaración falencial, sino la liquidación judicial.

166 Boquin, Gabriela F. y Ceratti, José L., ponencia en las XIX Jornadas Nacionales de Institutos de Derecho Comercial de la República Argentina, Rosario, 28 y 29 de junio de 2012.
167 Kiper, Claudio M. y Lisporawski, Silvio V., "Fideicomiso en el Código Civil y Comercial de la Nación", LA LEY, Sup. Esp. Nuevo Código Civil y Comercial 2014, cita online: AR/DOC/3836/2014.
168 Games, Luis M. y Esparza, Gustavo A., "Fideicomiso y concursos", Ed. Depalma, Buenos Aires, 1997.
169 Molina Sandoval, Carlos A., "La liquidación del patrimonio fideicomitido en el nuevo Código", cita online: AR/DOC/2035/2015.

Por su parte, Cristófaro[170] considera que no se debe impedir al fideicomiso ordinario el acceso a la solución preventiva, toda vez que el instituto opera como empresa y, como tal, puede insolventarse y lograr un reordenamiento y solución preventiva como lo han hecho tantas de ellas. Además, refiere que el CCivCom no veda la posibilidad del concurso o del APE, y la idea de que la quiebra es una consecuencia probable del concurso ya quedó superada con las mutuales, que pueden concursarse y, en caso de fracaso, se liquidan.

A su vez, Reggiardo[171] critica el régimen del Código unificado, pues plantea que deja una amplia franja de cuestiones sin resolver, cuando hubiera bastado con aplicar a los fideicomisos ordinarios el régimen de la LCQ. Afirma que hubiera sido más correcto directamente disponer la aplicación al fideicomiso de todo el régimen concursal, sin necesidad de otorgarle personalidad jurídica.

Si bien el mencionado autor no se pronuncia expresamente a favor de la posibilidad del concursamiento, la afirmación de aplicarle todo el ordenamiento concursal nos hace suponer que comulga con la idea de que el patrimonio fiduciario pueda concursarse.

En una palabra, podemos decir que aunque el texto legal es ambiguo, la posición de quienes están a favor de la concursabilidad del fideicomiso, pese a ser minoritaria, tiene argumentos que cabe analizar detalladamente antes de pronunciarse en un tema tan relevante.

V.- Nuestra posición: el patrimonio fiduciario como "sujeto" concursable

Por nuestra parte, reiteramos que el patrimonio fiduciario como tal es concursable y, ante la frustración de dichos procesos, procederá la liquidación, tal como lo establece el código. Esta solución que propiciamos consideramos que en muchos casos podrá ser más favorable al interés de todos los sujetos intervinientes en el contrato como para los acreedores, pues admitirá "recomponer la situación patrimonial" para continuar con el giro empresario.

Como argumentos de nuestra posición, en primer lugar, debemos señalar que si bien es real y cierto que ni los artículos 2 y 5 de la LCQ lo ha incorporado dentro de la nómina de los sujetos concursables, si pensamos

170 Cristófaro, Giovana E. del C., "Insolvencia del Fideicomiso en el nuevo Código Civil y Comercial", en IX Congreso Argentino de Derecho Concursal. VII Congreso Iberoamericano de la Insolvencia, Ed. Advocatus, Córdoba, 2015, t. II, p. 412.
171 Reggiardo, Roberto S., "La insuficiencia de los bienes fideicomitidos. La insuficiencia patrimonial del fideicomiso ordinario en el Código Civil y Comercial", en IX Congreso Argentino..., *ob. cit.*, p. 325.

en las mutuales, la ley concursal luego de varias reformas tampoco las incluyó y, sin embargo, es sabido que pueden hacer uso de los mecanismos previstos por la ley concursal (art. 37, ley 20.321).

Desde otro costado, y sin desconocer que el patrimonio fiduciario carece de personalidad jurídica, consideramos que ello no es necesario ante determinados supuestos previstos por la ley concursal, como son el patrimonio de la persona fallecida mientras se mantenga separado de los patrimonios de los herederos y respecto de los bienes situados en el país de la persona domiciliada en el extranjero[172].

En una palabra, si es posible concursar dichos patrimonios que no tienen personalidad jurídica propia, debería ser posible concursal un patrimonio fideicomitido, más allá de que debemos reconocer que tiene un régimen específico que requerirá de mayor análisis.

Además, el fideicomiso cuenta con personalidad fiscal y la legislación tributaria le otorga el carácter de sujeto de ciertos tributos del ordenamiento, en virtud de atribuírsele la realización de hechos económicos alcanzados por distintos impuestos, al punto de que en la actualidad posee su propio CUIT y debe tributar como si fuera una persona jurídica.

El Código prohíbe la declaración de quiebra (art. 1.687 CCivCom), pero no prohíbe la aplicación de otras herramientas contempladas en la Ley de Concursos y Quiebras. De tal modo, y atento a la falta de prohibición expresa y precisa de que no puede presentarse en concurso preventivo o realizar un APE, creemos que debe imperar el principio constitucional de reserva (art. 19 CN) y admitirlo como una posibilidad más que tiene el fiduciario.

Por otra parte, entendemos que el fiduciario, como principal interesado en la consecución del objeto y administrador de los bienes fideicomitidos, se encuentra facultado para arbitrar todos los medios que faciliten su continuación y, en ese contexto, la petición de apertura del concurso preventivo se evidencia como el medio más eficaz para cumplimentar con el objeto del contrato y así evitar la liquidación de los bienes. Si fracasare, se liquidará judicialmente, no quebrará[173].

Asimismo, es dable puntualizar que no consideramos justificativo suficiente para rechazar la posibilidad del concurso preventivo que como no puede quebrar, no puede presentarse en concurso, pues el artículo 5 LCQ admite el concurso de las personas "en liquidación", en cuyo caso

172 Reggiardo, Roberto S., "El fideicomiso en el Proyecto de Código Civil y Comercial", RDCCE, A III, nro. 5, octubre 2012, p. 239.
173 Larrondo, Evangelina y Wetzel, Fernando, "La aplicación de las normas concursales al fideicomiso", cita online: AP/DOC/43/2017.

el incumplimiento del acuerdo no supone la declaración en quiebra, sino un mecanismo liquidativo judicial muy parecido a la quiebra, en que el tribunal, según su criterio, deberá aplicar el régimen concursal en lo que considere “pertinente”.

FIDEICOMISO: CONCURSO PREVENTIVO Y APE

BROGLIO MICHELLI, Marcos G.

Ponencia

El presente trabajo intenta traer respuestas a un tema controvertido: la presentación del fideicomiso en concurso preventivo o de celebrar un APE sometido a homologación judicial. Se exponen los principales argumentos doctrinarios en favor de admitir dicha posibilidad, así como las ventajas que en la práctica jurídica acarrearía dicha posibilidad, ante la importancia del fideicomiso como vehículo de numerosas operaciones y negocios del derecho privado.

Fideicomiso

El artículo 1.666 define al fideicomiso como un contrato. Es un negocio unitario y no una combinación o red de contratos conexos, pues bien puede afirmarse que es una figura que excede el ámbito contractual y puede generarse por distintas causas fuente[174].

No es un sujeto de derecho, ya que la ley no le ha asignado dicha categoría[175], sino que nos encontramos ante un patrimonio separado del patrimonio del fiduciante o fiduciario. Estamos en presencia de un patrimonio de afectación a un fin determinado, que cumple una función casi análoga al objeto social de la personas jurídicas, delimitando la capacidad y facultades del fiduciario (arts. 151 y 156 CCCN)[176].

El fideicomiso genera un patrimonio separado o afecto, diverso al del patrimonio universal e incluso de otros patrimonios fiduciarios del mismo sujeto[177].

En los últimos años, cobró gran importancia como vehículo jurídico para el desarrollo de las más variadas actividades económicas, siendo los

174 Sanchez Herrero, Andrés, *Tratado de Derecho Civil y Comercial*, Tomo V, Ed. La Ley, 2018, p. 878.
175 No se encuentra incluido dentro de las personas jurídicas que el CCCN entiende como tales (arts. 146 y 148 CCCN).
176 Sanchez Herrero, Andrés, *Tratado…*, Tomo V, p. 922.
177 Kiper, Claudio y Lisoprawski, Silvio, *Tratado de Fideicomiso*, Tomo I, Ed. Abeledo Perrot, 2017, p. 436.

principales: el de inversión (inmobiliario, etc.), el de administración, de garantía y el financiero.

Respecto del *quid* de la concursabilidad, el artículo 1.687 trata algunos de los efectos que puede producir el fideicomiso. Este dispone que la insuficiencia de bienes fideicomitidos "*no da lugar a la declaración en quiebra*", y que ante la falta de otros recursos provistos por el/los fiduciante/s o beneficiario/s, se procede a la liquidación a cargo de un juez, sobre la base de las normas previstas para concursos y quiebras en lo que resulte pertinente.

La reforma introducida con el CCCN, en cuanto la liquidación judicial del fideicomiso, trajo de manera expresa la aplicación del conjunto falimentario ("*en lo que sea pertinente*"), siendo aplicables sus principios (universalidad e igualdad), así como el régimen de distribución (privilegios).

Sin embargo, la norma en comentario nada dice acerca de la posibilidad de celebrar un APE o concursarse preventivamente. En efecto, las distintas posturas doctrinarias oscilan entre la interpretación de si la prohibición expresa de declarar su quiebra es también comprensiva del concurso preventivo y el APE, o si —por el contrario— lo que se encuentra vedado es la quiebra como instituto liquidativo, mas no los remedios concursales preventivos.

La doctrina se encuentra dividida. La jurisprudencia, por el momento, se expresa por la negativa[178].

Remedios preventivos de insolvencia

Por las razones que se exponen a continuación, resultan de aplicación los remedios preventivos de crisis establecidos por la LCQ al fideicomiso.

El codificador prohibió la quiebra y, con ello, se podría interpretar que limitó la aplicación del estatuto falencial. Lo cierto es que a renglón seguido —art. 1.687 CCCN— dispone la liquidación de los bienes fideicomitidos: "*Sobre la base de las normas previstas para **concursos** y quiebras, en lo que sea pertinente*"[179].

De modo que si el legislador hubiese querido prohibir la concursabilidad del patrimonio fideicomitido, bien podría haberlo hecho expresamente, o haber dispuesto la aplicabilidad de las normas de quiebras, exclusivamente.

178 "Fideicomiso Catalinas Blancas I s/ concurso preventivo", Expte. 15972/2013, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala A.
179 La negrita me pertenece.

Una interpretación en tal sentido conduce a la conclusión, que el legislador no prohíbe la concursabilidad del fideicomiso, sino que impone una forma liquidativa —cuasi similar a una quiebra— en la que se aplican las normas de la LCQ que el juez estime pertinente[180].

Entre los argumentos de la tesis negativa encontramos:

1. Se sostiene[181] para no permitir la concursabilidad de los patrimonios fideicomitidos, que el art. 1687 CCCN veda expresamente la quiebra y que en el supuesto de permitirse el concurso preventivo, se desmembraría el sistema integral de la Ley de Concursos y Quiebras (LCQ).

En sentido opuesto, ambos sistemas —concurso preventivo y liquidación judicial— podrían convivir. Esto es así por cuanto la liquidación del fideicomiso se realiza sobre la base de las normas previstas para concursos y quiebras, **en lo que sea pertinente.**

Sin perjuicio de que puedan suscitarse ciertas particularidades en torno a la aplicación de determinados institutos de la LCQ, lo cierto es que en la práctica gran parte del estatuto falencial resulta aplicable a los procesos judiciales de liquidación de fideicomisos[182].

Lo expuesto da cuenta de la inexistencia de norma imperativa alguna que prohíba la concursabilidad del fideicomiso, e incluso declarar la liquidación judicial indirecta en el supuesto de fracaso del concurso preventivo.

Si bien no está entre los sujetos mencionados en el artículo 2 de la LCQ, y la ley le impide "quebrar" (art. 1.687, CCCN), mas no prohíbe otros mecanismos liquidativos.

180 Bien podría suceder que, dadas las especiales características de la figura y del proceso liquidativo, el juez no estime pertinente la aplicación de todas las normas relativas a la quiebra.

181 Kiper, C. y Lisoprawski, S., *Tratado de Fideicomiso*, *ob. idem*, p. 444.

182 Fideicomiso "Montevideo 1" o "Touluse I" s/ Liquidación Judicial (Mutuales - Cías de Seguro), Juzgado de 1ª Instancia en lo Civil y Comercial de 33ª Nominación de Córdoba (33ª Nom), Fecha: 10/07/2017; Publicado en: *RCCyC* 2017 (agosto), 10/08/2017, 156; Cita Online: AR/.1UR/39172/2017: "Efectivamente, el dispositivo legal citado no recepta la posibilidad de falencia de un fideicomiso, pero si prevé su eventual liquidación ante la insuficiencia patrimonial para hacer frente al cumplimiento del contrato, supuesto en el cual, y a falta de otros recursos provistos por el fiduciante o el beneficiario según previsiones contractuales, procede su liquidación a cargo del juez competente, quien debe fijar el procedimiento sobre la base de las normas previstas para concursos y quiebras, en lo que sea pertinente. Es entonces que se liquida un patrimonio separado (de afectación) que está bajo la titularidad del fiduciario, quien tiene los derechos de disposición, uso y goce sobre el mismo y que, dado su insolvencia se requiere su liquidación "sin quiebra", que no es sino la realización del activo y la cancelación del pasivo dentro de los límites del fideicomiso, dejando librado al juzgador los lineamientos del procedimiento sobre la base de la normativa concursal".

Tal es el supuesto previsto en el artículo 5 de la LCQ, que admite el concurso de las personas "en liquidación". En el concurso preventivo del fideicomiso, proceso en el que el incumplimiento del acuerdo (o los otros supuestos del art. 77, inc. 1, LCQ y también el art. 43, LCQ) no importa la declaración de quiebra, sino un mecanismo liquidativo judicial similar, el tribunal aplicará el régimen falencial en lo pertinente[183].

2. Otro argumento, dentro de la tesis negativa, hace eco que la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación, en particular, el artículo 1.687, posterior a la Ley de Concursos y Quiebras, no significa que el patrimonio fiduciario haya sido incorporado al régimen de la ley falencial; es decir, no autoriza la quiebra y tampoco el concurso preventivo[184].

Lo que expresamente se prohíbe es la quiebra del fideicomiso, no se hace mención alguna al concurso preventivo; sin embargo, cuando al remitir a la normativa aplicable lo hace en base a las normas previstas para concursos y quiebras, no se limita a las normas de la quiebra para la liquidación.

3. Se agrega como limitación a la posibilidad de presentarse en concurso preventivo el hecho de que el fideicomiso se trate de un contrato y no de una persona jurídica[185].

A través del fideicomiso, operan verdaderas empresas, o grupos de empresas (*v. gr*. fideicomisos agropecuarios, de planificación sucesoria), con la posibilidad de ser empleadoras, con bienes propios y ajenos, económicamente viables y socialmente útiles, donde la herramienta jurídica del concurso preventivo se presenta como una alternativa para emerger de la crisis[186], y no es un obstáculo que se trate de un contrato en vez de una persona humana o jurídica.

Es coherente con la tesis planteada —a fin de satisfacer el requisito de personalidad para acceder al remedio preventivo— la postura que sostiene que se podría concursar el fiduciario como persona en la proporción patrimonial afectada al fideicomiso[187].

Dicha postura, sustentada por el Dr. Ton, es la que a nuestro juicio más convence, a los fines de satisfacer la "personalidad", donde el fiduciario

183 Molina Sandoval, Carlos A., "La liquidación del patrimonio fideicomitido en el nuevo Código" Publicado en: *La Ley* 08/07/2015, 08/07/2015, 1, LA LEY2015-D, 1212; cita *online*: AR/DOC/2035/2015.
184 Kiper C. - Lisoprawski S., *Tratado de Fideicomiso*, *ob. idem*, p. 445.
185 *Idem*.
186 Junyent Bas, F. y Molina Sandoval, C., *Ley de Concursos, ob. idem*, p. 74.
187 Ton, Walter, "La necesidad de considerar un sujeto concursable al fiduciario en su patrimonio fideicomitido", en *IX Congreso Argentino de Derecho Concursal y VII Congreso Iberoamericano de la Insolvencia*, T. II, Advocatus, Córdoba, 2015, p. 303, citado en Junyent Bas, Francisco y Molina Sandoval, Carlos, *Ley de Concursos y Quiebras Comentada*, Tomo I, Ed. Abeledo Perrot, 2019, p. 74.

se concursaría como persona en la parte del patrimonio fideicomitido que le correspondiera, y su patrimonio personal no sería afectado por el concurso[188].

Puede cuestionársele a esta télesis doctrinaria negativa que no explica cómo es que la ley (LCQ) permite el concurso preventivo del patrimonio del fallecido, donde lo que se concursa no es un sujeto de derecho, sino más bien la universalidad de bienes que formaban su patrimonio[189]; y donde los efectos del remedio preventivo, tanto personales como patrimoniales, no alcanzan a los herederos[190].

Idénticos argumentos proceden para admitir la posibilidad de celebrar un acuerdo preventivo extrajudicial (APE). El fiduciario, en el carácter de titular del patrimonio en "*cesación de pagos o en dificultades económicas o financieras de carácter general —art. 69 LCQ—*", es el encargado de celebrar el acuerdo con sus acreedores y someterlo a homologación judicial.

Cuestiones a considerar. Recaudos legales de admisibilidad

En cuanto al requisito objetivo, la cesación de pagos o insuficiencia de bienes fideicomitidos[191], entiendo que, sin perjuicio de las diferencias conceptuales que pudieran plantearse, el concepto de *cesación de pagos*[192] resulta plenamente aplicable como presupuesto objetivo.

Los requisitos del artículo 11 LCQ se exigen, en líneas generales, sin particularidades para el caso del fideicomiso. Alguna dificultad podría presentarse en cuanto a los incisos 1 y 4 de la norma de referencia.

El inciso 1 dispone que se deben adjuntar las pertinentes inscripciones en los respectivos registros, así como el instrumento constitutivo.

188 Entiendo que dicha postura encuentra asidero jurídico en el art. 1.685 CCCN, donde claramente dispone: "*Los bienes fideicomitidos constituyen un patrimonio separado del patrimonio del fiduciario*".
189 Graziabile, Dario J., *Instituciones de Derecho Concursal*, Tomo I, Ed. La Ley, 2018, p. 202.
190 Junyent Bas, F. y Molina Sandoval, C., *Ley de Concursos, ob. idem*, p. 65.
191 La mayoría de la doctrina asimila conceptos, sin embargo, algunos autores sostienen que la insuficiencia hace mención a un estadio de crisis patrimonial anterior al estado de cesación de pagos (David, Marcelo A. "Liquidación de patrimonios fideicomitidos insolventes. Cambios sustanciales o límites razonables a la autocomposición", *Revista de Derecho Comercial y De Las Obligaciones*, septiembre-octubre 2020, Nº 304, p. 51).
192 Concepto enmarcado en la teoría amplia de la cesación de pagos. Se entiende a la misma como un estado de impotencia patrimonial frente a las deudas que puede existir aun antes de que el deudor haya incurrido en incumplimiento y que puede revelarse por cualquier hecho exterior que ponga de manifiesto que aquel no habrá de poder cumplir (Villanueva, Julia, *Concurso Preventivo,* Ed. Rubinzal Culzoni, 2003, p. 38).

Atento que a partir de la entrada en vigor del CCCN los fideicomisos se deben inscribir en el Registro Público —art. 1.669 CCCN—, se deberá adjuntar no solo el contrato, sino la toma de razón por parte del órgano de registración y sus modificaciones, si las hubiere.

En cuanto al inciso 4, que dispone acompañar los balances u otros estados contables exigidos al deudor conforme su actividad, cabe mencionar que no se impone legalmente que el fideicomiso deba llevar libros contables —art. 320 CCCN—[193].

Sin embargo, el CCCN establece que el fiduciario debe obrar con la "*prudencia y diligencia del buen hombre de negocios que actúa sobre la base de la confianza depositada en él —art. 1.674—*", como también con el deber de rendir de cuentas —arts. 1.675 y 1.676 CCCN—.

En base a la actividad que va a realizar el fideicomiso y en virtud de los deberes impuestos al fiduciario, se torna necesario que lleve en debida forma los libros contables —diario e inventario y balances— y que, al momento de realizar la presentación en concurso preventivo, se adjunten al pedido.

Por último, una cuestión a considerar —que no debería ofrecer mayores dificultades— es la ratificación regulada en los artículos 6 a 8 LCQ.

El fiduciario es quien decide y solicita, como titular del patrimonio fideicomitido —arts. 1.688 y 1.704 CCCN—, la presentación en concurso preventivo.

Ahora bien, si en el contrato de fideicomiso se hubiera pactado que determinadas decisiones que impliquen actos disposición del patrimonio deberán ser aprobadas por la asamblea de beneficiarios o fideicomisarios, la asamblea deberá efectuarse y ratificar en el plazo de 30 días —desde que este ha sido solicitado ante el Tribunal interviniente— la continuación del trámite de concurso preventivo.

Conclusiones

El fideicomiso como medio para viabilizar innumerables negocios jurídicos se deberá concursar preventivamente o celebrar acuerdos preventivos extrajudiciales sometidos a homologación, como remedio para sanear una situación de crisis.

Sumado a ello, dadas las crisis recurrentes, con las consecuencias negativas para la economía argentina que la misma acarrea y acarreará,

193 Molina Sandoval, Carlos A., "La liquidación del patrimonio fideicomitido en el nuevo Código". Publicado en: *La Ley* 08/07/2015, 08/07/2015, 1 - LA LEY2015-D, 1212; cita *online*: AR/DOC/2035/2015.

se debería admitir dicha posibilidad como mecanismo superador de la insolvencia, ya que mediante la figura del fideicomiso se vehiculizan verdaderos negocios o empresas.

Los requisitos de presentación en concurso preventivo o APE no distan de los exigidos a una persona jurídica o humana. En caso de fracaso del remedio concursal preventivo, no existen obstáculos para decretar la liquidación del fideicomiso.

En momentos como los actuales, adquieren mayor relevancia el principio de conservación de la empresa, la protección de los acreedores y trabajadores.

Sin perjuicio de ser un tema en el que la doctrina se encuentra dividida, teniendo en cuenta los argumentos vertidos, el acceso al remedio preventivo y al APE, se deberá flexibilizar o al menos permitir para los fideicomisos cuyo objeto aun sea viable pese a la crisis atravesada.

SUCESIÓN CONCURSADA Y HEREDEROS ILIMITADAMENTE RESPONSABLES

PRONO, Mariano R. - ZUVELA SIELLEZ, Magdalena

Síntesis

En caso de haber herederos ilimitadamente responsables, la sucesión insolvente puede concursarse hasta el momento de la partición.

I.- Ley vigente

En consonancia con lo previsto en el artículo 2 LCQ (sujetos pasivos), el **artículo 8 titulado "personas fallecidas"** establece: "*Mientras se mantenga la separación patrimonial, cualquiera de los herederos puede solicitar el concurso preventivo en relación al patrimonio del fallecido*".

II.- Sucesión insolvente y herederos ilimitadamente responsables

La ley concursal incluye en su artículo 2 (sujetos concursables) a las "personas de existencia visible" (hoy "humanas", art. 19 CCC) y también "el patrimonio del fallecido"[194], y lo reitera en el artículo 8 (requisitos de fondo y de forma). Si bien el primer artículo se ubica en el título Primero (normas generales) y el segundo mencionado lo está en el título Segundo (concurso preventivo), la regulación es aplicable a cualquier hipótesis concursal (preventiva, liquidativa o APE).

No significa ello que la ley asigne al patrimonio del fallecido personalidad o la considere sujeto de derecho, sino que se trata de la adopción de una solución que se justifica en razones de orden práctico[195].

La condición para que se pueda concursar el patrimonio del fallecido es que "*se mantenga separado del patrimonio de los sucesores*". Pero ¿hasta cuándo se mantiene la separación patrimonial? La indivisión

194 "*Se concursa el patrimonio del fallecido, es decir, los bienes que constituyen la herencia; no el deudor que terminó su existencia por muerte, sino sus bienes, la universalidad de bienes y derechos que componían su patrimonio y que ahora constituyen su herencia"* Fassi-Gebhardt, *Concursos y quiebras*; 8ª ed., Astrea, Bs.As., 2005, p. 22.
195 Heredia, Pablo D.; *Tratado exegético de derecho concursal*. Ed. Ábaco, Bs. As. 2000, T. 1, p. 248.

hereditaria solo cesa con la partición (2.363 CCC), por lo tanto, los patrimonios se mantienen separados hasta ese momento, con posibilidad de concursarse[196].

La aceptación de la herencia con responsabilidad limitada del heredero a los bienes sucesorios —modalidad que en el derecho argentino es regla general[197]— produce la separación de los patrimonios del causante y de los herederos, y asegura a los acreedores y legatarios del causante un derecho de prelación sobre los bienes relictos, con respecto a los acreedores personales del heredero. La separación de patrimonios determina la recíproca insensibilidad de un patrimonio por las deudas que gravan al otro, lo cual garantiza que los acreedores del heredero no podrán agredir los bienes hereditarios hasta que el patrimonio hereditario no se hubiera liquidado y su remanente partido y adjudicado a los herederos[198] (luego de haber pagado las deudas y cargas del sucesorio, estos últimos reciben activo, lo que antes llamábamos "beneficio de inventario"[199]). De la misma manera, los herederos no responden con sus bienes por las deudas del causante[200].

Hasta aquí, la cuestión no genera mayor dificultad. Puede causar confusión la consecuencia de la pérdida de la limitación de la responsabilidad en la que eventualmente incurran los herederos[201]: la duda es si en esta situación la sucesión aún puede ser concursada o ya no. Algunos autores afirman que, en virtud de que el heredero asume responsabilidad ilimitada —y se convierte en lo que en el léxico del Código anterior llamábamos "herederos puros y simples"— y responde con sus propios bienes por las deudas del causante, ya no existe la necesaria separación patrimonial que se exige para poder concursar el patrimonio del difunto y que, en tal caso, corresponderá se concurse al o los herederos cuando no haya medios para satisfacer las obligaciones del de *cuius*, pero no al patrimonio

196 "*No existe disposición legal que discipline la duración de la comunidad hereditaria. No está sujeta a plazo alguno* […] *Sin embargo, ningún heredero está obligado a permanecer indefinidamente ni por un plazo extenso en la indivisión. Por ello, los herederos, los cesionarios de sus derechos, sus acreedores personales por vía subrogatoria y los beneficiarios de legados o cargos que pesan sobre un heredero, pueden pedir la partición (art. 2.364, CCC)"* Ferrer, Francisco A.M.; *Comunidad hereditaria e indivisión posganancial;* Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2016, p. 635.
197 Ferrer, Francisco A.M; *ob. cit*. p. 182.
198 Ferrer, Francisco A.M.; *ob. cit*. p. 182.
199 Ferrer, Francisco A.M *ob. cit*. p. 590: *"Ahora, en el Código Civil y Comercial, sin la denominación de aceptación bajo beneficio de inventario, es el efecto que le asigna a la aceptación de herencia: responsabilidad limitada del heredero a los bienes de la herencia, cuyo presupuesto es la separación de estos de su patrimonio personal"*.
200 El art. 2.280 CCC determina que los herederos, en principio, responden por las deudas del causante con los bienes que reciben, o con su valor en caso de haber sido enajenados, no habiendo responsabilidad más allá de ello por las deudas de este (ni por su insolvencia; ver también arts. 2.317 y 2.363 CCC).
201 Arts. 2280-2295 CCC.

en estado de cesación de pagos de este último [202].

Contrariamente, y tal como lo afirmara Ferrer, entendemos que la pérdida de limitación no impide el concurso autónomo de la sucesión[203], pues el conjunto patrimonial hereditario conserva siempre su unidad e individualidad hasta la adjudicación de los bienes a aquellos, sean con responsabilidad limitada (beneficiarios) o que hayan perdido esa limitación (puros y simples) y hasta ese momento constituye la herencia un patrimonio separado, independiente (cumpliendo la exigencia para poder concursarse)[204].

Aún en caso de aceptación pura y simple, no hay confusión de patrimonios, porque los bienes del causante no ingresaron al patrimonio personal del heredero. Para ello se requiere la partición, es decir, que se adjudiquen y transfieran los bienes hereditarios al heredero: recién entonces formarán parte de su patrimonio personal, confundidos con sus bienes. Prueba de ello es que los acreedores personales de los herederos no pueden embargar y ejecutar los bienes sucesorios singularmente determinados, porque siguen siendo de titularidad del causante, solo podrían embargar el derecho abstracto del heredero. Es por ello que la ley determina la afectación de la herencia al pago prioritario de las deudas del causante, aún en los supuestos en que el heredero haya perdido la limitación de responsabilidad[205]; como consecuencia de ello, los acreedores de la sucesión tienen igualmente preferencia sobre los acreedores personales de los herederos o legatarios para cobrarse con los bienes hereditarios y sus frutos[206].

---

202 Heredia, *ob. cit*. T. 2 p. 108 y Ribera, Carlos E.; *El concurso preventivo y la quiebra y su relación con el proceso sucesorio;* en Rev.Dcho.Priv. y Com. 2018-3, Sucesiones-I, p. 248, quienes opinan que, en el caso que concurrieran herederos con responsabilidad ilimitada y que solo responden con los bienes de la herencia, tampoco se podrá concursar la sucesión por no existir la requerida separación.

203 Ferrer, Francisco A.M *ob. cit*., p. 600.

204 Ferrer, Francisco A. M., *Comunidad hereditaria e indivisión posganancial*, Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires - Santa Fe, 2016, pp. 600 y ss.; Prono, Ricardo S. y Benzo, Georgina P., *Relaciones proyectadas por el Código Civil y Comercial entre el derecho concursal y el derecho sucesorio;* RDCO 299, 2/12/19, 1453, cita *on line*: AR/DOC/3644/2019; FERRER, Francisco A. M. - Guilisasti, Jorgelina, *Las atribuciones preferenciales en el Código Civil y Comercial*, RDPryC, 2019-I, Sucesiones-II, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2019, pp. 241, 260 y ss.; cfme.: CNCom., Sala C, "Sucesión de Miguel Mascitelli s/ Concurso Preventivo", 21/10/2013 (Prosecretaría de Jurisprudencia de la CNCom.: RC J6528/14). La C2ªC.yCom., Paraná, Sala III, *in re* "Patrimonio del fallecido Hipólito Domingo Valentinuz s/ Concurso Preventivo, Incidente de Revisión", declaró que al concurso del patrimonio del fallecido pueden concurrir acreedores del causante y acreedores de la sucesión, en el caso el letrado que intervino en el sucesorio, no viéndose afectado por ello la garantía de la prenda común de los acreedores ni la igualdad de estos que se debe garantizar en el concurso (cita online: AR/JUR/26934/2014).

205 Ello surge claramente de lo dispuesto en los arts. 2.353, 3er párrafo, 2.358 y 2.359 CCC.

206 Conforme establece el art. 2.316 aplicable aunque los herederos hayan perdido la limitación de su responsabilidad.

La interpretación contraria se funda en considerar la pérdida de limitación de la responsabilidad como sinónimo de confusión patrimonial.

Para nosotros, los herederos que han perdido la limitación de responsabilidad afrontarán con sus bienes personales —y en la proporción de su parte en la herencia— las deudas sucesorias sin que haya solidaridad entre los coherederos, pudiendo concursar la sucesión mientras no haya partición. En el caso de que concursen los herederos, el acreedor verificará en cada concurso por el porcentaje del saldo que corresponda a la proporción de ellos en la herencia. Entonces, ¿cómo conocer el saldo insoluto? Entendemos que —haya o no concursamiento de la sucesión— deberá el acreedor verificar en el concurso de los herederos (ilimitadamente responsables), por la porción viril de la deuda que le corresponda a cada uno, como crédito eventual, el que devendrá en efectivo una vez liquidados los bienes hereditarios[207].

III.- Conclusión

La responsabilidad ilimitada del o los herederos no implica confusión patrimonial, por lo tanto, el patrimonio hereditario es susceptible de concursar en caso de que los herederos pierdan el "beneficio de inventario". En tal supuesto, si existiera un acreedor con un saldo insoluto, tendrá derecho a reclamar su satisfacción a los herederos ilimitadamente responsables, en su porción viril. Si estos sucesores hubieran concursado, el acreedor deberá verificar su crédito en los concursos (por la porción que le corresponda a cada heredero en la sucesión), el que revestirá carácter eventual hasta tanto se hayan terminado de liquidar los bienes del causante.

207 "*La responsabilidad del heredero se torna 'ilimitada', y queda obligado frente a los acreedores sucesorios con sus propios bienes, en proporción a su cuota, pero la masa indivisa sigue afectada en primer término al pago de las deudas. Los bienes hereditarios continúan constituyendo la prenda común de los acreedores hereditarios, la vinculación entre la herencia y el pasivo hereditario se mantiene, rigen los arts. 2.359 y 2.378 en plenitud*" Lloveras, Nora B.; Orlandi, Olga E. y Faraon Fabián E. *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado,* Tomo IV, comentario al art. 2.321 - Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Infojus, 2015, p. 59.

LA QUIEBRA DEL CONSORCIO DE PROPIETARIOS EN SU CARÁCTER PERSONA JURÍDICA "NECESARIA", ¿UNA SOLUCIÓN INCOMPATIBLE O UN MAL MENOR?

CUTILLO, Tomás M.

Ponencia

La quiebra del consorcio de propiedad horizontal, aparejaría contradicciones sistémicas entre el ordenamiento civil y el ordenamiento concursal, precisamente en su faz liquidativa. Ello se debe a que, como consecuencia propia del decreto de quiebra, se debería proceder a la disolución y liquidación de la persona jurídica fallida, pero ello no podría ser debido a que el consorcio de propietarios es una persona jurídica necesaria producto de la afectación del inmueble al régimen de propiedad horizontal y su consecuente indivisión forzosa.

A diferencia del sector de la doctrina que sostiene que ante tal incompatibilidad se debería vedar a este sujeto de derecho de la posibilidad de acudir al derecho de crisis, en esta ponencia propongo indagar acerca de la procedencia de la quiebra de este sujeto de derecho, armonizando ambos ordenamientos jurídicos para buscar una alternativa que tienda a su rehabilitación, pero sin soslayar que, ante la falta de respuestas satisfactorias por parte del legislador, será labor final del juez la de aplicar principios generales y las normas existentes de manera analógica para dar una respuesta satisfactoria a este problema.

Sostengo que debe evitarse que, ante la insolvencia del consorcio de propietarios, acontezca un único supuesto en que los consorcistas sean obligados a título personal a solventar la totalidad de la deuda del consorcio mediante el pago de las expensas comunes del edificio. No se le puede privar la posibilidad que el ordenamiento concursal otorga a cualquier sujeto concursable de quitarse la carga de sus deudas anteriores y que estas no lo persigan por el resto de su existencia.

Desarrollo

Tras la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación y el reconocimiento expreso que hace del consorcio de propietarios como persona privada en su artículo 148, podemos concluir que el consorcio de propietarios cumple

el presupuesto subjetivo de la concursabilidad requerido el artículo 2 de la Ley de Concursos y Quiebras.

Sin perjuicio de ello, si bien durante el transcurso del trámite del concurso preventivo de un consorcio de propiedad horizontal no se advierten mayores obstáculos, es ante su quiebra, ya sea directa o indirecta, donde gravitan distintas situaciones que son consideradas incompatibles o antisistémicas.

Comparto la opinión de aquellos que entienden que ante la carencia de soluciones satisfactorias por parte del sistema concursal, deberá optarse por el sistema menos lesivo, antifuncional o disvalioso con el sistema de la propiedad horizontal[208].

Pero, lejos de manifestarme a favor de la no concursabilidad de este sujeto de derecho, entiendo que nada resultaría más lesivo que privar al consorcio del trámite concursal y que los consorcistas sean legalmente compelidos —mediante las expensas comunes— a pagar hasta el último centavo de las deudas del consorcio, aunque eso signifique un esfuerzo desmedido o imposible.

Al asumir que los consorcistas deben satisfacer la totalidad del pasivo concursal a través del pago de las expensas comunes ordinarias o extraordinarias, se estaría negando la posibilidad que el ordenamiento otorga a cualquier sujeto concursable de quitarse la carga de sus deudas anteriores y que estas no lo persigan por el resto de su existencia.

En el desarrollo de esta ponencia, me limitaré a tratar tan solo uno de los tantos argumentos sostenidos en contra de la concursabilidad de este sujeto de derecho: el argumento de que este no podría concursarse por ser una persona jurídica necesaria. El mismo sostiene que, por un lado, como consecuencia directa de la quiebra del consorcio de propietarios, se produce su inhabilitación de manera definitiva[209] y, por el otro, este es una persona jurídica necesaria producto de la afectación del inmueble al régimen de la propiedad horizontal y su consecuente indivisión forzosa. En tal orden de ideas, no se podrían cumplir los efectos característicos de la quiebra liquidativa.

Cabe preguntarnos, ¿es posible la rehabilitación del consorcio de propiedad horizontal?, ¿o su inhabilitación rehabilitación será inexorablemente definitiva? El problema de su inhabilitación es que, durante su transcurso, el administrador de consorcio —el síndico— continuaría realizando aquellos actos comunes que hacen a su función: la liquidación y el cobro de las expensas, el pago de los sueldos y cargas sociales de los empleados

208 Miguel A. Raspall, "¿Concursabilidad del consorcio de propiedad horizontal? Análisis crítico", La Ley, 27/05/2016, 2016-C, p. 1.049 (cita online AR/DOC/1536/2016).
209 Cfr. arts. 235 y 236 LCQ.

del consorcio, el pago de seguros y servicios públicos esenciales sobre las partes comunes del edificio, el mantenimiento y desinfección de los espacios comunes, los ascensores, las bombas de agua, las cañerías, la compra de insumos y artículos de limpieza entre otros actos. Aquí es donde resulta fundamental hacer una interpretación armónica de los dos sistemas jurídicos a fin de compatibilizar sus disposiciones.

Desde la órbita del derecho civil, la creación del consorcio de propietarios es impuesta por ley desde el momento en que se inscribe el reglamento de propiedad horizontal en el registro inmobiliario, por un plazo indeterminado que perdura hasta su desafectación, sea por acuerdo unánime de los propietarios instrumentado en escritura pública o por resolución judicial, inscripta en el registro inmobiliario[210].

Asimismo, desde el ordenamiento concursal no hay norma jurídica que establezca que la quiebra implique la desafectación del inmueble al régimen de la propiedad horizontal. Además, sería incorrecto suponer que la disolución del consorcio produce la desafectación del inmueble al régimen de propiedad horizontal, cuando, tal como sostienen algunos autores, es al revés[211].

Entonces, siendo imposible —sin su desafectación previa al régimen de propiedad horizontal— la disolución de este tipo de persona jurídica, debido a su carácter necesario, y siendo esta a su vez inhabilitada de manera definitiva, ¿qué solución podríamos adoptar?

Afortunadamente, el ordenamiento concursal contempla dos supuestos excepcionales ante los cuales corresponde la rehabilitación de las personas jurídicas que bien podrían ser aplicados al caso del consorcio de propietarios: ante la conversión de la quiebra en concurso preventivo y ante la conclusión de la quiebra[212].

En tal orden de ideas, partiendo de las siguientes dos premisas: a) el consorcio de propietarios es una persona jurídica necesaria que no se disuelve con el decreto de quiebra y que ni a su vez esta implica la desafectación del inmueble al régimen de propiedad horizontal; y b) en su carácter de persona jurídica necesaria, el consorcio de propietarios no podría estar inhabilitado eternamente, máxime teniendo en cuenta que sin su desafectación previa al régimen de propiedad horizontal no procede su disolución. Se puede encontrar una solución compatible con ambos ordenamientos legales: indefectiblemente, el consorcio de propietarios se terminaría rehabilitando por alguna de las dos vías excepcionales previstas en el ordenamiento concursal, la conversión de la quiebra en concurso preventivo o la conclusión de la quiebra.

210 Cfr. arts. 2.038, 2.039 y 2.044 CCCN.
211 Op. cit 1.
212 Cfr. art. 237 LCQ.

La conversión de la quiebra en concurso preventivo se puede solicitar únicamente dentro de los diez días contados a partir de la última publicación de edictos y operará siempre y cuando la quiebra no se hubiese decretado estando en trámite un concurso preventivo, ante su incumplimiento o si el fallido se encontrase en el período de inhibición de un año luego de la conclusión de un concurso anterior[213].

En cuanto a la conclusión de la quiebra, no distingue las distintas causas que pueden dar lugar a la misma, ya sea el avenimiento, que procede ante el consentimiento por escrito con firmas certificadas de la totalidad de los acreedores[214], el pago total, que se da cuando con los bienes de la quiebra se satisfacen a los acreedores verificados, a aquellos acreedores pendientes de resolución judicial y gastos del concurso o también acontece ante la carta de pago de todos los acreedores y el pago de los gastos concursales[215].

También procede la conclusión de la quiebra en aquellos casos en que una vez clausurado el procedimiento (ya sea por distribución final o por falta de activo), hayan transcurrido dos años desde la resolución que dispone la clausura del procedimiento, sin que se reabra[216].

El problema con esta solución es que —salvo que proceda la conversión de la quiebra en concurso preventivo— al ingresar a la quiebra todos los bienes del fallido obtenidos hasta su rehabilitación, y al corresponder esta únicamente ante los supuesto mencionados, todo indicaría que jamás procedería la clausura del procedimiento debido a que se estarían integrando mensualmente fondos a la masa falencial producto del pago de las expensas comunes, y se genera así un círculo que se retroalimenta a sí mismo durante años hasta el pago total de los réditos concursales.

Nos encontramos ante un supuesto único en que, pese a la quiebra del consorcio, los copropietarios deberían hacerse cargo de la totalidad del pasivo concursal, a diferencia de la quiebra de cualquier otra persona física o jurídica, en que la mayoría de los casos el proceso finaliza ante la clausura del procedimiento, ya sea por distribución final o por falta de activo. ¿Es correcto que aún ante la quiebra del consorcio los consorcistas tengan que pagar hasta el último centavo del pasivo de la quiebra con el pago de sus expensas?

Una respuesta afirmativa a este último interrogante dispararía una serie de hipótesis sobre sus consecuencias prácticas: ¿sería justo sostener que ante la falta de pago de las expensas incrementadas extraordinariamente por el pasivo falencial se promueva una ejecución contra el propietario

213 Cfr. arts. 59 y 90 LCQ.
214 Cfr. art. 255 LCQ.
215 Cfr. arts. 228 y 229 LCQ.
216 Cfr. art. 231 LCQ.

del inmueble, y este pueda perder su unidad funcional? ¿Podría este deudor peticionar su propio concurso preventivo? ¿Qué capacidad de negociación tendría con su acreedor —el consorcio de propietarios— para acordar una quita o una espera en el pago de sus deudas, cuando ante su quiebra se tendría la facilidad de ejecutar su inmueble? ¿Y si ese inmueble se encuentra bajo afectado al régimen de vivienda, o es sede del hogar conyugal? Sin perjuicio de lo interesante que podría ser un abordaje de estos supuestos, tendrán que quedar en el tintero hasta otra oportunidad.

Desafortunadamente, ante la falta de soluciones legales, gran parte de la doctrina sostiene que lo mejor es vedar a este sujeto del trámite concursal[217]. Resulta indiscutible la necesidad de una solución concursal específica para el consorcio de propiedad horizontal, pero hasta entonces serán los jueces los encargados de buscar una justa solución.

A mi parecer, una sana alternativa consistiría en aplicar analógicamente la rehabilitación de las personas físicas en los términos del artículo 236, sin que eso implique necesariamente adoptar el mismo plazo. De tal manera se podría establecer que, hasta un determinado momento, los consorcistas deberán satisfacer sus deudas a través del pago de las expensas.

Según esta tesis, correspondería la creación de un subtipo de expensa común que, a diferencia de las ordinarias u extraordinarias, ingresarían a la masa concursal. Podríamos llamarlas "expensas concursales", cuyo valor debería ser fijado por el juez con participación del síndico y los consortes en atención a la magnitud de la deuda, los gastos de administración y mantenimiento del consorcio, la cantidad de unidades funcionales, la capacidad económica de los consorcistas y su nivel de vida.

Estas deberían ser abonadas por los consorcistas hasta el plazo de rehabilitación del consorcio de propietarios, establecido por el magistrado, generando así un medio de financiación para el consorcio de propietarios no ruinoso de la situación particular de los consorcistas, ello sin perjuicio de los distintos medios de obtener fondos, cuyo tratamiento no es objeto de esta ponencia.

Así, una vez finalizado el plazo fijado por el juez para el pago de las expensas concursales, dejarían de ingresar bienes a la masa falencial, y

217 Favier Dubois, Eduardo M. y Spagnolo, Lucia, "Verdaderos y Falsos sujetos concursables en el nuevo código civil y comercial"; en IX Congreso Argentino de Derecho Concursal, VII Congreso Iberoamericano de la Insolvencia, Crisis y Derecho, T. I, Fespresa, Córdoba, 2015, p. 376. Y Medici, Rubén y Raspall, Miguel A., "El concurso del consorcio de copropietarios; una imposibilidad ontológica"; en IX Congreso Argentino de Derecho Concursal, VII Congreso Iberoamericano de la Insolvencia, Crisis y Derecho, T. I, Fespresa, Córdoba, 2015, p. 390.

así se podría concluir la quiebra luego de clausurado el procedimiento, y consecuentemente cesaría la inhabilitación del consorcio en los términos del artículo 237 LCQ.

Conclusión

La concursabilidad del consorcio de propietarios es un tema que ha dado lugar a grandes debates dentro de la comunidad jurídica. Si bien la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial zanjó algunos de los antiguos argumentos que se esgrimían en contra del posible concursamiento de este sujeto de derecho, los desafíos no se detuvieron ni detendrán ahí.

Indefectiblemente, será una ardua tarea de los operadores jurídicos resolver las diferentes situaciones de incompatibilidad entre la normativa concursal y la civil. Algunas de estas se podrían solucionar integrando ambos ordenamientos y encontrado una solución interpretando armónica y analógicamente las disposiciones de cada sistema, como es el caso de la inhabilitación permanente de la persona jurídica necesaria fallida, cuestión que motivó esta ponencia.

Me permití preguntar abiertamente si es posible la rehabilitación del consorcio de propietarios y, en búsqueda de una respuesta afirmativa, propuse algunas ideas y soluciones. Ideas y soluciones que, si bien son controversiales, podrían ser una alternativa posible a situaciones no contempladas legislativamente y que seguramente requerirán una solución en un caso concreto antes de la posible llegada de la sanción de una ley o la reforma a la normativa vigente.

Al proponer la creación de un tipo de expensa de orden concursal, cuyo valor y extensión deberá ser fijado por el juez con intervención del síndico y de los copropietarios, se podría encontrar una manera de rehabilitar al consorcio de propietarios luego de la clausura del procedimiento. De tal manera, evitaríamos un extremo mucho más perjudicial para el ordenamiento jurídico: que un sujeto que recurre al derecho de crisis a fines de exonerarse de su pasivo sea legalmente obligado a pagar la totalidad de su deuda, aunque eso signifique un aporte personal desmedido en cabeza de los consortes.

Concluyo que, pese a todas las dificultades que se presentan ante la concursabilidad del consorcio de propietarios, antes que negarle esta posibilidad debido a las dificultades del sistema, resultaría más provechoso abrirle las puertas del concursamiento al consorcio de propietarios y dar lugar a que los magistrados integren los principios generales para resolver las situaciones que se pudieran presentar.

DERECHO Concursal / PERSPECTIVAS ACTUALES

TOMO I: INSTITUCIONES Y PRINCIPIOS CONCURSALES

EBOOK

RELACIÓN DEL DERECHO CONCURSAL CON OTRAS RAMAS DEL DERECHO

UNIVERSIDAD NACIONAL DEL SUR
Departamento de Derecho - Bahía Blanca, 2021

DECONSTRUCCIÓN DEL ESTÁNDAR DE IDONEIDAD DE QUIENES INTEGRAN EL ÓRGANO DE ADMINISTRACIÓN DE SOCIEDADES EN CRISIS (NO SOLO LOS HOMBRES PUEDEN SER BUENOS)

ALONSO, Ana C. y FERNÁNDEZ DE ANDREANI, Patricia

Ponencia

Es obligación del Estado deconstruir con perspectiva de género el estándar de idoneidad que surge del artículo 59, ley 19.550. Quienes gestionan una sociedad, ya sea *in bonis* o concursada, deben actuar conforme el mencionado cartabón para evitar que se deriven acciones de responsabilidad (conf. art. 173 LCQ). La sustitución del sustantivo "hombre" como genérico universal del estándar se impone frente a los términos de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés), la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Belem do Pará) y la ley 26.485.

I.- Desarrollo

1. No cuestionamos el contenido del deber de diligencia como recurso del ordenamiento dirigido a la protección de los negocios de la sociedad concursada y de los terceros que se relacionen con ella, en tanto busca reflejar los cuidados propios que deben tener quienes integren el órgano de administración al desempeñar funciones, particularmente en estado de insolvencia.

Se trata de un cartabón para apreciar sus conductas, que sirve de escudo frente a la posible acción de responsabilidad del artículo 173, ley 24.522 (en adelante, LCQ).

En tal sentido, el artículo 59 de la ley 19.550 (en adelante, LGS) establece un modelo de actuación a seguir, un estándar para las relaciones de gestión establecido en el llamado "diligencia del buen hombre de negocios"[218].

218 Diversos países de Latinoamérica refieren al actuar del buen hombre de familia: tanto Uruguay, ley 16.060, art. 83, como Perú, ley 222, art. 23, refieren al accionar del buen hombre de negocios, mientras que en otras legislaciones latinoamericanas encontramos similar espíritu en su normativa, pero refiriéndose simplemente a los administradores, comerciantes, directores, etc., como es el caso de Bolivia en su Código de Comercio,

No tenemos dudas de que dicho principio implica aptitudes para la toma de decisiones de gestión y evaluación de sus riesgos y consecuencias con base en información privilegiada.

Sin embargo, no podemos dejar de cuestionar que dichas aptitudes sean naturalmente alcanzables (y exigibles también) para aquellos hombres que sean buenos (que va de suyo, también deben ser superiores a los simples padres de familia)[219].

Que el artículo 59 LGS refiera tan solo a los hombres es un sesgo del patriarcado construido en base a un estereotipo de género que tiene consecuencias directas e indirectas en la composición de los órganos de administración y su eventual responsabilidad frente a la insolvencia de la sociedad de la que representa.

2. Los estereotipos son generalizaciones impuestas en base a un comportamiento típico de acuerdo a un grupo de pertenencia, pueden cumplir funciones descriptivas o normativas, caracterizando a las personas pertenecientes a un grupo determinado y fijando los modos en que deben comportarse sus integrantes.

De este modo, construyen un orden de género y se instalan en el imaginario social como verdad, adquiriendo fuerza a partir de la repetición y la aceptación por quienes integran los grupos que los definen.

Ello justificó durante años lo que se dio a llamar "división sexual del trabajo", en la que el hombre cumplió sus roles en el ámbito público y la mujer lo hizo en el privado, en tanto el hombre históricamente fue considerado "productivo", mientras que la mujer "reproductiva", con lo que la estigmatización y limitación femenina se justificó en una cierta "ausencia de cualidades", solapando de este modo la real discriminación subyacente, pues: "La desigualdad del hombre y la mujer, construida a partir de patrones socio-culturales, da lugar a la violencia estructural contra la mujer que encuentra su fundamento en las relaciones desiguales y jerarquizadas entre los sexos" [220].

El enfoque de género persigue la igualdad real, sustancial y efectiva entre varones y mujeres e implica: "Por un lado, una crítica a la visión

art. 164; Perú, en el art. 171 de su Ley General de Sociedades de la República del Perú, y España, que refiere en la Ley de Sociedades de Capital, art. 225.1, al "ordenado empresario".

219 El grado de diligencia a seguir por los y las administradores/as comporta un peldaño superior al tradicional, exigible con relación a las obligaciones en general "del deber del buen padre de familia" y supone como requisitos idoneidad, eficiencia en el desempeño de sus funciones y especificidad en la competencia para los negocios objeto de la sociedad.

220 Suprema Corte de Justicia de Mendoza, 10/11/2020 "Kraus Ingrid Analía c/ La Caja ART S.A. p/ Enfermedad Profesional p/ Recurso Extraordinario Provincial".

exclusiva del mundo en clave masculina y por el otro, una relectura y una resignificación de la historia, de la sociedad, la cultura, la economía y la política. 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"[221].

3. Tanto la Convención sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (en adelante, CEDAW)[222] como la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, (en adelante, Convención de Belem do Pará)[223], fueron incorporadas a nuestro derecho interno como normas internacionales y, por lo tanto, aplicables desde su aprobación, independientemente de su jerarquía normativa.

Mediante la CEDAW, la Argentina asumió el compromiso general de adoptar políticas encaminadas a eliminar la discriminación contra la mujer —garantizando a través de los tribunales su protección efectiva contra todo acto de discriminación— como también de adoptar medidas adecuadas para modificar o derogar leyes, reglamentos, usos y prácticas que constituyan discriminación contra la mujer[224].

Particularmente, se obligó a tomar medidas apropiadas para la deconstrucción de estereotipos con base discriminatoria, en tanto dicha convención dispone: "Modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres"[225].

221 Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH) "Herramientas básicas para integrar la perspectiva de género en organizaciones que trabajan derechos humanos", San José, 2008, p. 174.
222 CEDAW, por su sigla en inglés, aprobada por resolución 34/180 de la Asamblea General de las Naciones Unidas (ONU) de 18/12/1979, suscripta por la Argentina el 17/07/1980, adoptada por la Ley Nacional 23.179, integra el "bloque constitucional federal" integrado por todas las normas con jerarquía constitucional (Fallos 323:2659), en tanto es uno de los mencionados por el art. 75 inc. 22 CN.
223 Aprobada por Ley Nacional Nº 24.632, suscripta en Belem do Pará, Brasil, el 09/06/1994 y ratificada por la Argentina el 05/06/1996. En mayo de 2021, mediante el mecanismo regulado por el art. 75 inc. 23 CN, dos proyectos de ley que reproducen el proyecto de ley que otorga jerarquía constitucional a esta convención obtuvieron dictamen del Senado para su tratamiento.
224 Ver art. 2 CEDAW.
225 Art. 5 CEDAW.

La Convención de Belem do Pará regula el derecho de la mujer a ser libre de toda forma de discriminación y a ser valorada y educada libre de patrones estereotipados de comportamiento y prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad o subordinación[226], comprometiéndose los estados partes a: "Adoptar, en forma progresiva, medidas específicas, inclusive programas para: a. fomentar el conocimiento y la observancia del derecho de la mujer a una vida libre de violencia, y el derecho de la mujer a que se respeten y protejan sus derechos humanos; b. modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, incluyendo el diseño de programas de educación formales y no formales apropiados a todo nivel del proceso educativo, para contrarrestar prejuicios y costumbres y todo otro tipo de prácticas que se basen en la premisa de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los géneros o en los papeles estereotipados para el hombre y la mujer que legitimizan o exacerban la violencia contra la mujer"[227].

Nuestra Constitución también regula el principio de no discriminación[228], y es obligación del Congreso de la Nación legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad, constituyendo la incorporación de la temática de género un deber por parte del poder legislativo.

Es claro que los tratados sobre derechos humanos son la columna vertebral[229] del orden jurídico, integrado también por los sistemas normativos LGS y LCQ.

En consecuencia, tanto la CEDAW como Belem do Pará, en tanto normas operativas, son obligatorias para nuestra nación, independientemente de su jerarquía. Basta su aprobación por nuestro Estado, considerando la especial materia que regulan, y alcanza a todos los poderes del Estado. En consecuencia, el control de constitucionalidad y de convencionalidad no solo puede ser realizado por el Poder Judicial, sino que también alcanza a la administración.

Por último y a nivel interno, la ley 26.485 en su artículo 4 define a la violencia contra las mujeres a: "Toda conducta, acción u omisión, que de manera directa o indirecta, tanto en el ámbito público como en

226 Ver art. 6, Convención de Belem do Pará.
227 Ver art. 8, Belem do Pará.
228 Este principio, regulado en el art. 75 inc. 23 CN, se relaciona con el art. 16 CN y respecto de los derechos de las mujeres también con el art. 37 CN, DADDH, art. VII y CEDAW y Belem do Pará en su totalidad.
229 Herrera, Caramelo y Picasso, *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, p. 9 y p. 13.

el privado, basada en una relación desigual de poder, afecte su vida, libertad, dignidad, integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, como así también su seguridad personal. Quedan comprendidas las perpetradas desde el Estado o por sus agentes", y dispone que es considerada violencia simbólica aquella que: "A través de patrones estereotipados, mensajes, valores, íconos o signos transmita y reproduzca dominación, desigualdad y discriminación en las relaciones sociales, naturalizando la subordinación de la mujer en la sociedad" (art. 5).

4. A través del lenguaje se reproducen y construyen realidades sociales. El lenguaje posee capacidad transformadora de la realidad.

En su sentido ideológico, constituye una herramienta indispensable para relacionar a las personas, representarlas, incluirlas y construir a través suyo identidades individuales y colectivas, como también puede representar un modo de opresión reproductor de desigualdades.

Es que el lenguaje, cuya misión es comunicar y transmitir, también oculta, pues "la verdad está en el reverso"[230].

La lengua posee un capital simbólico y económico. Quienes usan este capital comunican lo que es funcional al mensaje que se pretende enviar, lo que no se ve, se invisibiliza.

De la utilización de lenguaje inclusivo, sencillo y claro depende la interpretación no sesgada de las normas, evitando ratificar desigualdades que se reproducen en su construcción morfológica y semántica.

Cabe señalar que el lenguaje inclusivo posee el poder transformador de los estereotipos como con el que nos enfrentamos, evitando caer en los sexismos ya aludidos, facilitando y naturalizando el lugar de la mujer dentro de la vida societaria.

Particularmente en nuestro país, el lenguaje inclusivo fue reconocido formalmente en los estatutos de diversas universidades[231], en la

230 Barthes, Roland, *Variaciones sobre la escritura*, Paidós, p. 92.

231 Según el informe "(Re)nombrar – Guía para la comunicación con perspectiva de género" elaborado por el Ministerio de las Mujeres, Géneros y Diversidad, las universidades que reconocen formalmente al lenguaje inclusivo en sus estatutos, son: Universidad Nacional de Río Negro, Facultad de Humanidades y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de la Patagonia San Juan Bosco de Chubut, Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires (Resolución del Consejo Directivo UBA – Facultad de Ciencias Sociales Nº 1558 de 02/07/2019, que reconoce al lenguaje inclusivo como recurso válido en las producciones realizadas por estudiantes de grado y postgrado), Facultad de Psicología de la Universidad Nacional de Rosario, Facultad de Psicología de la Universidad Nacional de Rosario y las Facultades de Ciencias Políticas y Sociales y de Educación de la Universidad Nacional de Cuyo y la Universidad Nacional de Córdoba (excluyendo esta última el uso de la "e" y la

administración Pública[232] y en el ámbito judicial[233]; pero resulta inminente para la deconstrucción normativa su utilización.

A su vez, es una obligación asumida por nuestro Estado mediante la incorporación a nuestro derecho interno de la CEDAW y Belem do Pará y a nivel interno, mediante la ley 26.485.

El cartabón en análisis utiliza un lenguaje excluyente, priorizando el género masculino sobre otros géneros, motivo por el cual se propone utilizar una construcción gramatical inclusiva de todos los géneros, que remita las habilidades propias de las personas humanas mujeres, varones o pertenecientes al colectivo LGBTI+.

5. En función de lo dicho, con miras en la obtención de una igualdad de género sustancial y en base a la normativa, jurisprudencia y doctrina citada, concluimos:

Es obligación del Estado deconstruir con perspectiva de género el estándar de idoneidad que surge del artículo 59 de la ley 19.550. Quienes gestionan una sociedad, ya sea in bonis o concursada, deben actuar conforme el mencionado cartabón para evitar que se deriven acciones de responsabilidad (conf. Art. 173 LCQ). La sustitución del sustantivo "hombre" como genérico universal del estándar se impone frente a los términos de la Convención sobre Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Belem do Pará) y la ley 26.485.

"x"), Universidad Nacional de Mar del Plata y Facultades de Arte y Ciencias Humanas de la Universidad Nacional del Centro, entre otras.

232 Tal es el caso de la "Guía de BCRA para una comunicación inclusiva" que incorporó el lenguaje inclusivo como válido para las comunicaciones del BCRA y "Guía de recomendaciones para la igualdad de género" aprobada por la CNV el 15/03/2021, que propone para sus comunicaciones la utilización de un lenguaje no sexista e inclusivo.

233 En el ámbito de la CSJN, la Oficina de la Mujer (OM), a cargo de la vicepresidenta de la CSJN, Elena Highton de Nolasco, incorporó a sus ofertas de capacitación una nueva propuesta sobre Género y Lenguaje dirigida a integrantes de los poderes judiciales de todo el país; también la capacitación constante en materia del lenguaje accesible y con enfoque de género es promovida por diversos tribunales superiores como el Mendocino y en provincia de Buenos Aires, por la SCBA, entre otros.

INFRACAPITALIZACIÓN EN PANDEMIA: RESPONSABILIDAD DE ADMINISTRADORES Y SOCIOS

ORQUERA, Juan P.

Ponencia

Los efectos negativos de la pandemia de COVID-19 implican un colapso de casi todas las actividades económicas, situación que provoca la acumulación de pérdidas y subsecuente patrimonio neto negativo, que se refleja en la infracapitalización con el masivo incumplimiento de las prestaciones debidas. Por su lado, las disposiciones generales en materia de responsabilidad en la nueva legislación de fondo (ley 26.994 CCC y LGS) ponen el acento en el daño (arts. 1.716, 1.737 y 1.739 CCC), incluso en la necesidad de su prevención (art. 1.710 CCC) y una más escrupulosa valoración de la conducta (art. 1.725 CCC). En los subsistemas societario y concursal, los parámetros de la conducta exigida a administradores y socios en caso de infracapitalización son precisos (arts. 94, 96 y 99 LGS). Pero aun en pandemia no desaparece el deber de prevención (art. 1.710 CCC), con lo que concluimos que incluso adoptando las medidas destinadas a enjugar pérdidas y subsecuente daño, esas conductas deben ser juzgadas a la luz del daño producido. Y los administradores en particular tienen sobre sí la carga de las normas contables (arts. 321, 325 y 327 CCC, 61 LGS) que les imponen convocar inmediatamente al órgano de gobierno para recomponer el desequilibrio, apenas conocido. La reestructuración del pasivo vía la salida concursal se impone como alternativa.

I.- La situación sanitaria y sus interrogantes

La pandemia de COVID-19 provocó:

1) como efectos inmediatos, la interrupción de las cadenas de producción y pago, caída de la producción e ingresos;
2) desaparición de mercados;
3) acumulación de pérdidas en los balances de los operadores en casi todos los mercados (los grandes ganadores son la excepción); para el futuro se espera que los efectos a largo plazo sean significativos y negativos para toda la actividad económica a nivel mundial.

Entonces, cabe preguntarse:

1) sus efectos económico-jurídicos, ¿pueden ser considerados como causales de aumento o profundización de las perdidas?, evidentemente, así es;
2) porque la infracapitalización es la consecuencia de las pérdidas acumuladas por reducción o imposibilidad de cumplimiento del objeto social (art. 94, inc. 4 LGS);
3) el incumplimiento de las prestaciones debidas es el efecto inmediato.

II.- Sistema de responsabilidad

Si bien los regímenes societario y concursal funcionan como subsistemas autónomos, no podemos perder de vista que el marco normativo general contenido en las disposiciones del CCC es el marco de referencia de toda forma de responsabilidad, también la resultante de la infracapitalización.

III.- Marco normativo general

El régimen general de la responsabilidad (CCC) ha sido profundamente reformado, a partir del año 2015 (ley 26.994), porque se modificó el paradigma de la reparación, el daño pasó a ser el eje (arts. 1.716, 1.737, 1.739 y 1.744 CCC) y la manifiesta indiferencia por los intereses ajenos es dolo (art. 1.724 CCC).

También se redefinieron las excusas al cumplimiento, sea de las obligaciones de las partes, como de los deberes legales que pesan sobre los afectados; citamos algunos:

1) la fuerza mayor y el caso fortuito (art. 1.730 CCC), que deben ser interpretados restrictivamente (art. 792 CCC);
2) la imposibilidad de cumplimiento y liberación (arts. 955 y 956 CCC) se aplica cuando ha mediado imposibilidad de cumplimiento objetiva y absoluta, no imputable al obligado, que hubiere obrado con buena fe.

Por otro lado, ¿el estado de necesidad altera los términos de la responsabilidad de los administradores? (arts. 1.718 y conc. CCC) y, como contrapartida, todos y en especial los gestores de los negocios sociales tienen el deber de prevenir el daño (art. 1.710 CCC), lo que implica:

a) evitar causar un daño no justificado;

b) adoptar, de buena fe, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño o mitigarlo; o sea

c) no agravar el daño.

IV.- Marco normativo especial. Subsistemas societario y concursal

El subsistema societario, en particular la disolución por infracapitalización, establece que la sociedad se disuelve (art. 94 LGS):

1) por imposibilidad sobreviniente para cumplir con su objeto social (art. 94, inc. 4 LGS);

2) por pérdida del capital social (art. 94, inc. 5 LGS). Aclaremos que esta última causal estuvo suspendida en sus efectos por imperio de la Ley de Emergencia Económica N°27.541 (art. 59, dictada y promulgada el 23/12/2019), que dispuso la suspensión de la aplicación de la causal del artículo 94, inciso 5 de la LGS, vigente hasta el 31/12/2020, por tanto, al tiempo de escribir estas líneas:

    a. ya no existe como medio para suspender la causal de disolución;

    b. los administradores ya no la pueden invocar para eludir su responsabilidad (art. 99 LGS, *a contrario sensu*).

Esta situación se puede salvar por vía de reintegro total o parcial del capital o su aumento (art. 96 LGS), mediando decisión del órgano de gobierno[234] y eliminación de la causa que dio origen a la pérdida, aplicando las mayorías necesarias para la modificación del contrato (arts. 131, párr. 1 y 160 párrs. 2 y 3 LGS) o estatuto (art. 244, párr. 4 LGS), alternativas que se pueden usar hasta antes de la cancelación de la inscripción. Todo sin perjuicio de terceros y de las responsabilidades asumidas (arts. 58, 59, 157, 274, etc. LGS).

V.- Efectos con relación a los administradores

Con posterioridad a comprobación de la pérdida de capital social (art. 94, inc. 5 LGS), los administradores:

234 Convocado al Órgano de Gobierno, inmediatamente de conocida la circunstancia; Nissen, Ricardo A; *La pérdida de capital social como causal de disolución de las sociedades comerciales* (pág. 67, Ad-Hoc, Bs. As. 2002); Zunino, Jorge O.; *Disolución y Liquidación* (T. II, pág. 111, Astrea, Bs. As. 1987).

1) solo pueden atender los asuntos urgentes; y
2) deben adoptar las medidas necesarias para iniciar la liquidación (art. 99 LGS), cualquier operación ajena a esos fines los hace responsables ilimitada y solidariamente con respecto a terceros y socios, sin perjuicio de la responsabilidad de los propios socios.

VI.- Antes de haberse configurado la pérdida de capital social, los administradores y socios de la infracapitalizada, ¿pueden ser responsabilizados?

Veamos cada uno en su diversa situación:

Siguiendo las normas que venimos citando, entendemos que los administradores tienen el deber de prevenir y, en su caso, mitigar el daño causado, por lo que nos preguntamos:

1) ¿Cuándo deben mitigar el daño? En tanto son responsables de los registros contables y sociales y representantes del Ente (arts. 63, 58 y 59 LGS), son los primeros en conocer la existencia de la pérdida y su acumulación o de la consolidación de la contingencia, incluso antes, cuando se perfila como posibilidad cierta[235].
2) ¿Cómo deben mitigar el daño? Dada la situación que deriva de su condición, entendemos que deben informar de inmediato del acaecimiento del o los eventos que provocan la pérdida o consolidación de la contingencia y:
    a. no tienen que esperar al fin del ejercicio (EE. EE.);
    b. porque los registros deben llevarse en forma cronológica y actualizada (art. 325 CCC), en especial en el Diario (art. 327 CCC) o si se asienta globalmente en periodos no mayores a un mes (art. 61 LGS);
    c. la CNV tiene normativa especial en materia de hechos relevantes, ej. PyMEs. *Hechos de cualquier naturaleza y acontecimientos fortuitos que obstaculicen o puedan obstaculizar seriamente el desenvolvimiento de sus actividades.*

¿Los socios tienen el deber de prevenir y en su caso mitigar el daño causado? La cuestión es:

235 Los administradores sociales tienen que obrar como "buenos hombres de negocios" (arts. 58, 59, 157, 274, etc. LGS).

1) ¿Cuándo deben prevenir o mitigar el daño? Cuando son informados por los administradores de la existencia de los acontecimientos que implican la pérdida de capital social o consolidación de la contingencia.

2) ¿Cómo deben actuar para prevenir o mitigar los daños? Optando por alguna de las alternativas legales:

    a. disolver (art. 94, inc. 5 LGS);

    b. recapitalizar (arts. 96 y 100 LGS); o

    c. reestructurar el pasivo (arts. 1, 2, 5, 6, 10 y conc. LCQ; 100 LGS).

ACREEDORES INVOLUNTARIOS, QUIEBRA Y RESPONSABILIDAD LIMITADA DE SOCIOS. PONIENDO EN CRISIS UN DOGMA

GARCÍA, Silvana M.

Ponencia

Se trata de reflexionar acerca de si el sistema normativo societario debería excluir la responsabilidad limitada de socios frente a los llamados "acreedores involuntarios" en caso de quiebra de la sociedad. Es decir, si los socios deberían garantizar responsabilidad ilimitada frente a ellos, como régimen de excepción a la genérica responsabilidad limitada que pudieran asumir en virtud del contrato y/o tipo de sociedad. Ello implica cuestionar lo que se ha considerado un "dogma" del derecho societario.

No propiciamos imposición de responsabilidad ilimitada amplia o genérica, pero en caso de quiebra y en tanto el producto de la distribución no alcanzara a satisfacer al respectivo acreedor, deberían los socios responder ilimitadamente y a prorrata de su participación social, frente a créditos no asegurados de la naturaleza que analizamos. Se trataría así de una responsabilidad subsidiaria, no solidaria y de excepción.

I.-

El profesor Dr. Angel Rojo Fernández-Río, en la conferencia[236] impartida en ocasión del homenaje y entrega por la UNR del título de "Doctor Honoris Causae", con el confesado propósito de abrir polémica e instar a reflexionar críticamente sobre el derecho, dio a conocer la existencia de una corriente de opinión (en la doctrina norteamericana, con reflejos también en Europa) que estaba poniendo en tela de juicio los beneficios de la limitación de la responsabilidad de las sociedades de capital.

El ámbito de este Congreso brinda el marco adecuado para considerar la inquietud que queremos proponer. Aclaramos que lo hacemos *de lege ferenda*. Se trata de reflexionar acerca de lo siguiente:

236 La conferencia consta transcripta en el libro de ponencias del VI Congreso Argentino de Derecho Concursal – IV Congreso Iberoamericano sobre la Insolvencia, Rosario, 2006, tomo IV, p. 201.

En caso de quiebra de la sociedad, ¿debería el régimen normativo societario excluir la responsabilidad limitada de socios frente a los llamados "acreedores involuntarios"? Es decir, ¿deberían los socios garantizar responsabilidad ilimitada frente a ellos, como régimen de excepción a la genérica responsabilidad limitada que pudieran asumir en virtud del contrato y/o del tipo de sociedad?

Como puede advertirse, el planteo de una hipotética ilimitación de responsabilidad como norma lo vinculamos únicamente con los llamados "acreedores involuntarios".

Se trata este de uno de los tópicos que mayor atención ha concitado en la doctrina vinculada al derecho concursal[237], dentro de la temática de las "tutelas diferenciadas" y ha determinado soluciones jurisprudenciales de suma trascendencia[238]. La preocupación también se observa a nivel internacional, en íntima relación con la tendencia de humanización del derecho de la insolvencia[239].

Existe meridiano consenso en que tal categoría se caracteriza por el hecho de que el *creditor* queda relacionado con el deudor por razones ajenas a su voluntad y aun en contra de su voluntad. Son acreedores que nunca asumieron voluntariamente el riesgo de dar crédito al deudor, no tuvieron la libertad de transformarse en tales, sino que esa condición es producto de la fuerza de las circunstancias.

Dentro de esta clase se ubican acreedores de origen extracontractual y determinados contractuales que es notorio que no han querido establecer relaciones negociales con el deudor (ej.: casos de mala praxis médica, daño emergente de contrato de transporte, de productos para consumo defectuosos, etc.), en los que el crédito se origina en un hecho ilícito sucedido durante el cumplimiento de un contrato.

Se explica que la frontera de esta categoría está en expansión, por influencia cada vez más acentuada de los tratados de derecho humanos, y la necesidad de tutela diferenciada de los "acreedores vulnerables"[240].

237 Instalado en nuestro escenario jurídico por el Prof. Rojo Fernández Río en la misma conferencia antes citada.

238 CSJN 06/11/2018, "Asociación Francesa Filantrópica y de Beneficencia s/ quiebra s/ incidente de verificación de crédito por L.A.R. y otros", La Ley Online; AR/JUR/56326/2018; CSJN, 26-3-19, "Institutos Médicos Antártida | quiebra s/ inc. de verificación (R.A.F. y L.R.H. de F.)" MJ-JU-M-117713-AR | MJJ117713.

239 Todas estas cuestiones —propias del derecho concursal— aparecen referidas y ampliamente tratadas en numerosos aportes de doctrina y recibieron particular atención en el VII (2009, soporte informático de ponencias) y VIII (2012, Tomo 2) Congreso de Derecho Concursal. Ver por todos: RASPALL, Miguel A; "Acerca de las tutelas diferenciadas, los acreedores involuntarios y los nuevos privilegios concursales" RCCyC, marzo 2009, p. 74.

240 Se ubican allí los menores, discapacitados, mayores adultos, personas con graves problemas de salud, entre otros. Todas situaciones en las que se sostiene la necesidad de conferir un trato preferencial no en virtud del crédito en sí (clásico criterio objetivo

II.-

Asumimos que sugerir responsabilidad ilimitada de socios frente a acreedores involuntarios implica poner en crisis un paradigma clásico del derecho societario. Pero la interpelación y revisión de "dogmas" es imprescindible si se trata del avance del Derecho. El de la responsabilidad limitada se afirma como tal[241]: una construcción conceptual cuya permanencia y vigencia no suele ser objeto de cuestionamientos.

No se trata tampoco de un planteo original o novedoso. Las ideas que aquí compartimos fueron expuestas ya en los años noventa[242]. Pero la importancia que se viene asignando actualmente a la problemática de los acreedores involuntarios justifica, a nuestro entender, volver sobre ellas. Al menos para evitar dogmatismos.

III.-

Es innegable que la limitación de responsabilidad es un engranaje que torna más eficiente la asunción de riesgos, facilita la ampliación de las perspectivas de un emprendimiento y la consolidación del capital. Son muchos los beneficios que esa regla aporta a la economía capitalista moderna[243].

Sin embargo, también se explica que los límites de tal prerrogativa se ciñen al ámbito estricto de lo contractual. Se ampara y promueve así todo el ámbito lícito de la autonomía privada, pero los diversos fundamentos

para asignar preferencias), sino de las condiciones subjetivas del acreedor (su particular situación). (De Cesaris, Ma. Cristina; "El pago preferente que se reconozca a los llamados acreedores involuntarios no conlleva el otorgamiento de privilegio al crédito verificado", Libro de ponencias del X Congreso Argentino de Derecho Concursal, Tomo 3, p. 367).

241 Lazo Gonzalez, Patricio; "Limitación de la responsabilidad: bases romanas de un dogma iusprivatista", *Revista de Derecho* (Valdivia), vol. xxv, N°. 1, julio 2012, pp. 7-24. Disponible en https://scielo.conicyt.cl/pdf/revider/v25n1/art01.pdf al 3/6/19. El autor explica así el concepto de *dogma*: "Se suele asignar este nombre a ciertas construcciones conceptuales presentes en un ordenamiento, traducidas a veces en un amasijo de instituciones o de figuras, cuya permanencia y vigencia no suele ser puesta en cuestión. Desde esta perspectiva, no es raro observar que algunos dogmas jurídicos son identificados también con los fundamentos del sistema".

242 Hansmann Henry y Kraakman Reinier; "Toward Unlimited Shareholder Liability for Corporate Torts", *Yale Law Journal* vol. 100, n°. 7, 1991, pp. 1879-1934, disponible en inglés al 3/6/2019 en http://www.law.harvard.edu/programs/olin_center/papers/pdf/Hansmann_94.pdf.

243 Describen esos beneficios ampliamente: Coderch, Pablo Salvador y otros; "Derecho de daños y responsabilidad ilimitada en las sociedades de capital", InDret, 3/2003, Barcelona, julio 2003, p. 5, disponible al 3/6/2019 en http://www.indret.com/pdf/145_es.pdf. Los autores citan, como una de las primeras referencias en materia de fundamentos analíticos del dogma de la responsabilidad limitada desde una perspectiva del análisis económico del derecho de sociedades, a la obra de Easterbrook Frank y Fischel Daniel: "The economic structure of corporate law", Chicago University Press, Chicago, 1991.

que sustentan el beneficio de la limitación de responsabilidad no son trasladables ni aplicables, sin más, al territorio de los comportamientos ilícitos ni al de la causación de daños a terceros[244].

En un resonado fallo[245], se han vertido consideraciones del tipo de las expuestas.

IV.-

¿Qué razones justificarían establecer responsabilidad *ilimitada* de socios frente a acreedores involuntarios? Aportamos algunas.

a. Quienes contratan con la sociedad, al conocer de antemano que solo cuentan con los bienes sociales para concretar el cobro de sus acreencias, toman los debidos recaudos antes de vincularse con una empresa. Pueden autoprotegerse, exigiendo la constitución de garantías adicionales o incorporando el riesgo de incobrabilidad al precio del contrato. Los acreedores involuntarios nunca pensaron en analizar el patrimonio de su deudor, tomar garantías o resguardos para asegurar su acreencia, pues no estuvo en su intención otorgarle crédito al deudor.

b. La prerrogativa de la limitación de responsabilidad, abarcativa de acreedores involuntarios, incentiva a las empresas a embarcarse en proyectos de alto riesgo que, en caso de generar consecuencias dañosas, de no ser cubiertas debidamente por la sociedad, terminan siendo externalizadas, injustamente trasladadas hacia quizás los más vulnerables.

c. La ilimitación de la responsabilidad de socios resultaría también un

244 Ídem., p. 7.

245 CNCom, Sala D, 4-2-20, Interindumentaria S.R.L. c/ Fábregas Ernesto Emilio y otros | quiebra s/ ordinario MJ-JU-M-123856-AR | MJJ123856: "la problemática que relaciona el fenómeno de la infracapitalización con el concepto del socio como 'inversor' que, en las sociedades de cuotas o de capital, limita su responsabilidad trasladando el riesgo, solamente se plantea, a mi modo de ver, con relación a la 'gran sociedad'. Es en este último supuesto, en efecto, que racionalmente aparece la exigencia de mantener la responsabilidad limitada del socio 'inversor' frente a una subcapitalización societaria —con traslación del riesgo de la insolvencia a los terceros— ya que, como regla, habría de prevalecer el criterio según el cual la función económica de la sociedad no se podría cumplir a no ser que, precisamente, se admita la responsabilidad limitada de los socios" (conf. Ascarelli, T., Principios y problemas de las sociedades anónimas, Imprenta Universitaria, México, 1951, p. 22). Acaso **solo podría admitir algún matiz la consideración de la situación de los acreedores involuntarios (extracontractuales) en comparación con los que, por el contrario, han entrado voluntariamente en relación con la sociedad informándose sobre la existencia de dicho fenómeno y, por ello, contratado con garantías o con precios que incluyen una prima de riesgo**.

incentivo para mantener e incrementar la capacidad patrimonial de la sociedad para hacer frente al riesgo empresarial asumido.

V.-

Otros argumentos:

a. Parece claro que en el caso de falencia de la persona jurídica, si el crédito del acreedor involuntario no puede ser atendido (situación común por carecer de privilegio en la LCQ), quien soporta finalmente los riesgos generados por la actividad otrora beneficiosa para socios resulta ser el sujeto injustamente afectado. Y cuando logra satisfacción por la asignación de alguna preferencia a su ubicación entre todos los perjudicados por la insolvencia, quienes terminan asumiendo esos riesgos son entonces los demás acreedores[246]. ¿Por qué no los socios?

b. Se reconoce la existencia de ordenamientos en los que por determinados créditos (por ej.: emergentes de daños al medioambiente, o por tributos) se impone responsabilidad a socios más allá de su participación en el capital. Los acreedores involuntarios podrían configurar una clase de créditos exceptuados.

c. Ciertos créditos involuntarios suelen estar excluidos del beneficio de la liberación de deudas (*discharge*) en los regímenes de insolvencia vinculados a personas humanas[247]. De tal modo, el sujeto deudor continúa respondiendo con relación a ellos incluso habiéndose liquidado todos sus bienes. La garantía patrimonial de socios frente a esos créditos, en supuestos de insolvencia societaria, pondría una cuota de equidad ante situaciones análogas.

d. Las posibles consecuencias negativas desde el punto de vista del mercado, la inversión y/o la circulación de acciones podrían reducirse mediante la técnica asegurativa. No habría que descartar incluso la asunción voluntaria de esos riesgos por parte de los socios, frente al otorgamiento de beneficios que puedan servir de incentivos para comprometer responsabilidad ilimitada por este tipo de créditos.

246 "*Sin que corresponda trasladar esa obligación a los acreedores concurrentes* que cuentan con un privilegio legalmente reconocido, como sucedería, en el *sub lite*, con los acreedores hipotecarios que apelaron el pronunciamiento bajo examen, quienes se verían postergados en el pago de sus créditos" (de los fundamentos del fallo **de Cámara** en "Asociación Francesa Filantrópica y de Beneficencia s/ quiebra s/ incidente de verificación de crédito por L.A.R. y otros").

247 Caballero Germain, Guillermo; "Sobreendeudamiento y exoneración legal de los saldos insolutos en el procedimiento concursal del consumidor", publicado en *Revista Ius et Praxis*, año 24, N°. 3, 2018, p. 144.

VI.-

Esta solución (*ilimitación de responsabilidad expresa*) ofrece ventajas frente a otros mecanismos:

a. Caso de las acciones de responsabilidad de socios basadas en la teoría general de la responsabilidad y/o acciones expresamente reguladas. Para evitar las discusiones sobre los presupuestos, alcance y normativa aplicable.
b. De responsabilidad por infracapitalización. A fin de evitar también las disputas sobre la auténtica función de garantía del capital frente a acreedores sociales.
c. De desestimación de la personalidad jurídica. Por la aplicación restrictiva que exige este mecanismo.

Cuestionar dogmas no es tarea sencilla ni grata[248].

No propiciamos imposición de una responsabilidad ilimitada amplia o genérica. Pero en caso de quiebra y en tanto el producto de la distribución no alcanzara a satisfacer al respectivo acreedor, deberían los socios responder ilimitadamente y a prorrata de su participación social, frente a créditos involuntarios no asegurados.

Se trataría así de una responsabilidad subsidiaria, no solidaria y de excepción.

248 "La cultura jurídica argentina de corte iluminista, que heredamos de la codificación napoleónica, nos ha hecho propensos a construir principios universales inmutables, muy poco permeables a la descomunal diversidad de la realidad y al vertiginoso flujo del tiempo. Creo que el Código Civil y Comercial ha sabido captar un profundo y casi imperceptible cambio cultural en nuestro Derecho. Pareciera ser una gran oportunidad de comenzar a **repensar las cárceles que alguna vez construimos a nuestras ideas"** (Del dogma al principio en la responsabilidad de administradores societarios: el caso de la responsabilidad objetiva por las obligaciones fiscales, Cuervo, Rodrigo; RC D 105/2018 Tomo: 2017 2 Responsabilidad objetiva - II *Revista de Derecho de Daños*).

LA FUNCIÓN PREVENTIVA DEL DAÑO Y LA INSOLVENCIA. DESAFÍOS DE ADMINISTRACIÓN EMPRESARIA. ASPECTOS SOCIETARIOS Y CONCURSALES

NAGEL, Emanuel

Ponencia

La presente ponencia tiene por objeto analizar la función preventiva del daño incorporada por el Código Civil y Comercial de la Nación y su relación con la prudente administración de los negocios empresarios, sean estos unipersonales o estructurados mediante organizaciones societarias. Es forzoso reconocer que la insolvencia genera daños, que se proyectan tanto en los acreedores como en el propio concursado —y los socios, cuando se tratara de una persona jurídica— y otros terceros vinculados a la actividad empresarial —más allá del crédito—, como lo es la situación de los trabajadores directos e indirectamente vinculados (por empresas que proveen bienes o servicios).

¿Cómo se compatibiliza la función preventiva del daño con instituciones y mecanismos societarios? ¿Cómo debe manejarse el administrador de la empresa —unipersonal, societaria— frente a una previsible situación de cesación de pagos arbitrando las medidas que fueran menester para evitarla o mitigar los daños? ¿Cuál es la responsabilidad que corresponde por no haberlo hecho?

Si el derecho de daños no puede garantizar una reparación total y efectiva de todas las consecuencias del obrar ilícito del demandado y, con frecuencia, muchas víctimas quedan sin reparación alguna, el ordenamiento jurídico debe otorgar mecanismos preventivos a fin de que las víctimas no queden desamparadas frente a la posible insolvencia de los dañadores. En esta tendencia se refleja el sistema de responsabilidad civil diseñado por el Código Civil y Comercial de la Nación.

Desarrollo

I. El deudor insolvente y su posible indiferencia ante la causación de daños

Desde una perspectiva de análisis económico del derecho, se ha señalado de manera general que cuando un agente no posee bienes suficientes

que permitan atender todos los pasivos que tiene que enfrentar —y, correlativamente los daños que pueda causar—, sus incentivos para invertir en medidas de prevención se reducen correlativamente al incremento de la diferencia entre el valor de sus bienes y el valor del daño. De esta forma, cuanto mayor sea la insolvencia del potencial dañador, menor será la entidad de la amenaza que lo impulsa a prevenir daños, ya que nada tendrá que perder aun si es condenado a resarcir a la víctima[249]. Ello es lo que ha sido llamado por parte de autores estadounidenses como "dañadores *judgment proof*", que se refiere a demandados o potenciales demandados insolventes de los cuales es imposible obtener una reparación efectiva, pese a que el actor hubiese obtenido una sentencia favorable, por lo que son "a prueba de sentencias". Pero si se mira con un grado de atención y detenimiento, cualquier persona solvente podría encontrarse en esta situación ante daños de gravedad donde su patrimonio no será apto para hacer frente a la totalidad de los daños —por ejemplo, en caso de muerte de la víctima—, lo cual se agrava considerablemente cuando son múltiples los damnificados.

Asimismo, se ha alegado que estas técnicas son utilizadas en forma estratégica por empresas para resguardar sus bienes del ataque de actuales o futuras víctimas, y desalientan la toma de medidas preventivas en la práctica de actividades riesgosas, imponiendo los costos a los damnificados. Ese traslado del riesgo y de los perjuicios que la escasez genera a terceros es lo que debe prevenirse y, en caso de ejercicio abusivo de actividades y la toma de decisiones perjudiciales para los mismos, sancionarse.

II.- La insolvencia y la conducta empresarial. Mecanismos societarios y concursales

II.a.- Actuación de administradores. Deberes frente a la cesación de pagos

Largos años trae el debate de la preinsolvencia, y la relación que existe entre las normas del derecho societario y las normas concursales. Aun en empresas unipersonales, debemos decir que el titular del patrimonio debe recurrir a todas las soluciones posibles previo a recurrir a la vía concursal. Ahora bien, en ese interregno, debemos descartar todo tipo de actos que luego podrían ser tildados de ineficaces, como la venta a precio vil, el crédito usurario y demás actos ruinosos. Una vez agotados los mecanismos viables para conseguir liquidez y hacer funcionar la empresa, debe aparecer en escena el régimen aplicable a las situaciones

249 Acciarri, Hugo A.; Castellano, Andrea y Barbero, Andrea, "El problema de la insolvencia en el Derecho de Daños. Un aporte para su análisis económico", *SJA* 19/3/2008, Lexis Nº 0003/013735.

de insolvencia. Ahora bien, frente al supuesto de situaciones de insolvencia societaria, la propia legislación específica (LGS) contempla una serie de medidas que deben ser adoptadas por imposición legal frente a potencial insuficiencia del capital social —entendiendo a este no como cifra nominal, sino en su sentido de capital operativo—. Entonces, claro queda que es un deber de los socios la dotación de capital suficiente para el desarrollo de la actividad empresarial; y que agotados los recursos que terceros que puedan proveer —mediante créditos bancarios, operaciones de financiamiento en el mercado—, deberá reintegrarse o aumentar el capital por aporte de los socios —ante la pérdida del capital social—, o capitalizando el pasivo[250] por aportes de terceros que se incorporarán al negocio. Así, el derecho societario y el derecho concursal, se influencian recíprocamente, bajo las reglas del *corporate government*, imponiendo ante una pérdida total del capital social la convocatoria a asamblea, y configurando de esa manera la "profilaxis de la insolvencia" al procurar en la medida de lo posible el aseguramiento de la estabilidad de la empresa adoptando medidas de saneamiento.

Esta visión de un sistema de *preconcursalidad* ha llevado a reconocer que la legislación societaria —en cuanto regula los supuestos de pérdida de reservas, reducción y/o pérdida del capital social— es preconcursal, paraconcursal y anticoncursal, aun cuando en el ordenamiento argentino prescindimos totalmente de una compatibilización total entre las normas de los dos regímenes, que si bien sería necesaria, no existe como sí en otros ordenamientos jurídicos, como el español y la legislación italiana[251].

La tutela de los acreedores ante la continuidad de la empresa en estado de cesación de pagos, aumentando la posibilidad de pérdidas ante una prospectiva incierta, **impone** pensar en la responsabilidad de los administradores, y se afirma "la utilidad que revisten en general los remedios tempestivos e idóneos ante la primera señal de crisis". El informe general del síndico y otros elementos agregados al juicio concursal podrán acreditar el incumplimiento de los deberes societarios del administrador y fundar el inicio de las acciones de responsabilidad individual por parte de los acreedores, sobre todo aquellos que al momento de contratar no estaban suficientemente informados del estado de situación patrimonial de la empresa[252]. En este orden de ideas, señala Dasso, "la entidad de las pérdidas […] tiende parejamente, en primer término, a evitar el abuso de

250 Expresamente contemplado en el artículo 197.2 de la LGS, que soluciona integralmente la cesación de pagos de una empresa viable en la que los administradores informen fundadamente y en tiempo adecuado esa posibilidad a los acreedores.

251 Díaz, Echegaray José L. "Deberes y responsabilidad de los administradores de sociedades de capital", 2ª edición, Navarra, Thomson-Aranzadi, 2006, p. 387.

252 Richard, Efraín H. *En torno a la conservación de la empresa (insolvencia societaria y responsabilidad)*. Buenos Aires, 2014, La Ley. Cita Online: AP/DOC/1530/2014, 18. Publicado en *SJA* 10/12/2012, 18.

una presentación que tiene el efecto de paralizar los derechos individuales de los acreedores, cuando la situación económica es considerada a través de la ecuación legal todavía superable"[253].

II.b.- ¿Cómo deben interactuar el derecho societario y el derecho concursal?

Citaré al maestro Karsten Schmidt, quien ha manifestado: '*Donde no alcanza la meta el derecho societario, llega el derecho concursal*", a cuyos aportes suscribo, y con particular referencia a un trabajo publicado en 2019 en la *Revista del Departamento Económico y Empresarial* de la Facultad de Derecho de la UBA (Número 2, año 2019), "El derecho societario y la intromisión en el derecho concursal, el caso alemán", con una presentación y debate que al decir de Efraín Hugo Richard ha conquistado con vehemencia y contribuido a una inclinación por trabajar sistémicamente sobre el derecho societario de crisis. Allí se planteó algo relativo a la reglamentación alemana de los concursos, que se ocupa del *Dept-to-Equity Swap* (desde la ESUG de 2011), poniendo de manifiesto que no es una medida de saneamiento específica del derecho concursal, sino un instrumento clásico del derecho societario. ¿De qué se trata entonces? Se trata del saneamiento de una empresa sin aporte de liquidez o, dicho de otro modo, se trata del saneamiento de una empresa mediante depuración del balance. La crisis de una empresa se puede deber a la falta de liquidez, pero también a un exceso de obligaciones. El sentido común —indica Schmidt— ya nos dice que la reestructuración financiera de una empresa no presupone solamente conseguir liquidez, sino también evitar o superar una situación de sobreendeudamiento. Exactamente este es el sentido del *Dept-to-Equity Swap*:

- la empresa incrementa el capital, por lo general reduciendo al mismo tiempo el capital anterior, entonces se vincula una reducción solamente nominal del capital con un aumento efectivo del capital;

- para suscribir nuevas participaciones se admiten acreedores de la sociedad, de allí la importancia de la capitalización de créditos a la que refería antes como mecanismo para la disminución del pasivo.

Estos acreedores hacen aportes al capital aumentado. Pero no se efectúan estos aportes haciendo pagos a la sociedad, sino cediendo sus acreencias a la sociedad o cancelando esas acreencias, de manera que permanece invisible del lado de los activos del balance. La depuración del balance se realiza del lado del pasivo: los acreedores cambian acreencias por participaciones. Desde la óptica de la sociedad, esto es

253 Dasso, Ariel Á. *Derecho concursal comparado*, Buenos Aires, Legis, 2009, T. II, pp. 805-1.573.

un trueque (*Swap*) de deudas (*Depts*) por participaciones (*Equity*). Así, entonces, destaca tres medidas esenciales del derecho societario: 1) una resolución de aumento de capital de los socios; 2) de la suscripción de nuevas participaciones por los acreedores; y 3) de la implementación de un aumento de capital por condonación de acreencias o por cesión de acreencias por contrato con la sociedad.

III. La necesidad de prevenir daños: posibles soluciones en el Código Civil y Comercial de la Nación

Ante todo, el artículo 1.710 CCCN establece un deber genérico de prevención. En esto se sigue las pautas del artículo 1.549 del Proyecto de 1998, en cuyos fundamentos se destacaba el profundo sentido humanista de la prevención de daños, así como su eficiencia en términos económicos, dado que ni la víctima ni la sociedad deberán asumir los costos.

Este deber corresponde a toda persona, en cuanto dependa de ella, y engloba tanto la evitación de daños no justificados como la de su agravamiento. Asimismo, implica la toma de medidas necesarias, conforme a un criterio de razonabilidad y en consonancia con el principio de buena fe, para evitar que el mismo ocurra o para disminuir su magnitud y consecuencias[254]. La doctrina lo ha correlacionado también con la pauta general de valoración de conducta del artículo 1.725 y con la directiva de ejercer los derechos de buena fe de los artículos 9 a 11, todos del nuevo Código. Esto se relaciona estrechamente con los deberes de diligencia impuestos a los administradores societarios establecidos en el artículo 59 y las consecuentes responsabilidades que corresponden por el incumplimiento de dichas pautas de comportamiento, establecidas en los artículos 274 y siguientes. A esto, asimismo, debemos relacionarlo con todas las normas societarias que procuran el saneamiento empresario y la debida asunción de las conductas necesarias por los socios, en lugar de "librarse" del problema trasladando el riesgo de la insolvencia —y los consecuentes daños— a los terceros con los que la sociedad contrata, los que de buena fe prestan servicios o aprovisionan, desconociendo el verdadero estado de situación patrimonial —que sí es efectivamente conocido por los socios, y en particular por los administradores—, y que son consecuentemente quienes más dañados se verán por la imposibilidad o dificultad de realización de su crédito.

Evidentemente, la toma de medidas anticipadas, aun ante un daño

254 La doctrina señala: "La magnitud del daño se relaciona con el aspecto cualitativo (la entidad o medida del perjuicio) y la extensión al tiempo, o a su prolongación, por lo que advierte que la tutela comprende todas las etapas y supuestos posibles de evitación de la dañosidad" (Galdós, Jorge M., *La responsabilidad civil (parte general) en el Anteproyecto*, en La Ley, 11/06/2012, p. 1).

consumado para evitar su propagación o agravamiento, redunda en la mejor posibilidad del afectado de obtener una reparación apropiada. Un daño menor es más sencillo de reparar de una manera adecuada y hay menos probabilidades de insolvencia por parte del dañador.

Coherentemente con este principio se regula de manera genérica una acción preventiva en los artículos 1.711 a 1.713 CCCN. Consiste en una medida contra cualquier acción u omisión de tipo antijurídico que hace previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento. El deber de prevención de una parte y la posibilidad de hacer efectiva dicha obligación mediante el otorgamiento de acciones idóneas es una nueva herramienta para evitar no solo los daños, sino el riesgo de insolvencia del demandado.

En materia contractual, el Código introduce también una serie de artículos relativos al tema. Allí aparecen la "suspensión de cumplimiento contractual" en el artículo 1.031, y más especialmente la "tutela preventiva", que se incorpora en el artículo 1.032 del cuerpo, y permite solicitar la autorización para suspender el cumplimiento cuando sea evidente que, de continuar con las prestaciones, podría sufrir un daño que es evidente. Y allí aparece, precisamente como una de las hipótesis que podría ser generadora de ese daño probable la situación patrimonial del cocontratante.

IV. Conclusiones y propuestas

La insolvencia frecuente de diversas empresas y la recurrencia en primer término al derecho concursal como medio para eludir el regular cumplimiento de sus obligaciones, aun con conocimiento de sus socios y aprobación por el órgano de gobierno, más su posible indiferencia ante el acaecimiento de daños, reflejan la necesidad de estimular la prevención de perjuicios a las posibles víctimas y acreedores, tanto en lo contractual como en lo extracontractual. La falta de contratación de un seguro contra daños —incluso en los supuestos en que ellos son obligatorios— o circunstancias como la exclusión total o parcial de cobertura de acuerdo a los parámetros establecidos en la póliza dejan al perjudicado a merced de una posible ausencia de bienes por parte del deudor. Otras veces, los pocos bienes integrantes del patrimonio estarán afectados al cumplimiento de créditos privilegiados y dejarán sin resguardo a víctimas de hechos ilícitos, otra razón en favor de la prevención. Esta tendencia se refleja en el sistema de responsabilidad civil.

Postulados:

1) La eficacia en la prestación de justicia exige de los operadores garantizar que los derechos puedan ser reconocidos en tiempo oportuno

y a través de un medio útil. La acción preventiva, conforme la legislación del Código, tiene la versatilidad suficiente para, correctamente utilizada, aportar soluciones útiles en el marco de una función de la responsabilidad civil que en el ámbito comercial aún nos resulta novedosa: la prevención del daño.

2) El derecho concursal no puede ser indiferente al avance de la doctrina jurídica que tuvo un decidido impulso con la sanción de la ley 26.994 y nos obliga a replantear soluciones clásicas a fin de buscar su adecuación con los institutos que, como la acción preventiva, comienzan a encontrar su lugar en el derecho mercantil. En este sentido, las amplias facultades del magistrado concursal como "director del proceso" (art. 274 LCQ) le posibilitarán articular e impulsar las medidas que sean menester. Incluso pueden ser peticionadas por el síndico (art. 275 LCQ), como también por cualquier persona que a razón de ese proceso se perjudicaría, teniendo legitimación activa en cuanto titular de un derecho que pretende ejercer mediante la vía adecuada.

3) Así, tanto en el terreno concursal como en el societario, existen innumerables supuestos que, en el plano hipotético, permiten proyectar la utilidad de la acción preventiva o prever su insuficiencia.

4) Debe apelarse a la creatividad, para lograr soluciones rápidas, eficaces y suficientemente fundadas para evitar o aminorar la concreción de perjuicios que sean consecuencia de la continuación empresaria en estado de cesación de pagos. Las "medidas autosatisfactivas" constituyen herramientas instrumentales idóneas para el diseño creativo de estrategias y soluciones rápidas a los efectos de evitar la concreción de los perjuicios que la escasez genera para un amplio conjunto de personas relacionadas.

5) Deben existir mecanismos de atribución de responsabilidad patrimonial contra quienes —con o sin intención de generar perjuicio— no generen o recurran a los mecanismos aptos para la prevención de los perjuicios. Las acciones del artículo 173 LCQ deben contemplar específicamente la cuestión referida. O debe propiciarse por vía judicial una interpretación amplia, de forma que queden alcanzados —por el citado artículo y las normas concordantes— todos aquellos administradores que hubieran incumplido sus deberes de diligencia para la dotación de capital adecuado a la sociedad, al igual que los socios que convalidaron el accionar por no informarse, o bien por votar soluciones perjudiciales, que permitan continuar el desenvolvimiento empresario en estado de cesación de pagos.

Los contornos son aún difusos y obligan a efectuar juicios en general provisorios. Sin embargo, la actividad doctrinaria y jurisprudencial debe colaborar con compromiso, razonamiento y creatividad para aportar claridad a la materia y que se propicie por entonces un auspicioso y concienzudo debate.

EL CONCURSO DE LA SOCIEDAD EN LIQUIDACIÓN

RICHARD, Efraín H. y PEREYRA, Alicia S.

La congruencia entre el régimen societario y el concursal tiene una manifestación más en la posibilidad de que una sociedad en liquidación pueda concursarse. El art. 5 de la ley 24.522 (LCQ) lo autoriza al referirse a "incluidas las de existencia ideal en liquidación". O sea, las sociedades incluidas en la Sección 2º del Código Civil y Comercial, a partir del art. 145, hoy bajo el nombre de "personas jurídicas" y "sujetos de derecho" conforme art. 2, Ley General de Sociedades (LGS). Personas jurídicas en las que centraremos nuestra atención, pese al efecto expansivo a otras relaciones de organización personificadas.

Además de las respuestas clásicas a las finalidades del sistema concursal, entrevemos dos objetivos que pueden integrarse: la conservación de la actividad empresarial —incluso al margen de su titular— y la satisfacción integral del pasivo, posibilitando una cuota de liquidación para los socios.

Para referirnos a la sociedad en liquidación, debemos tener en cuenta que así debe estar resuelto por el órgano de gobierno o por una autoridad judicial, encontrándose a cargo del órgano de administración, salvo que se hubiere designado un liquidador u órgano de liquidación, en cuyo caso debe mediar inscripción —art. 102, 3er párr., LGS— en el Registro Público.

Salvo en caso de designación de ese órgano de administración de la liquidación, la funcionalidad orgánica de la sociedad no se altera; el órgano de gobierno y, eventualmente, los de control no se sustituyen, y la actividad puede fluir normal, aunque la norma del art. 99 LGS, desliza que, para cuando se han acreditado causales de disolución, "solo puede atender los asuntos urgentes y deben adoptar las medidas necesarias para iniciar la liquidación".

Adviértase que se distingue entre "causales de disolución" y "etapa de liquidación", y no existe un plazo determinado para iniciar esta última, aunque sí se genera un régimen de responsabilidad agravada "ilimitada y solidariamente respecto a los terceros y los socios, sin perjuicio de la responsabilidad de estos". O sea que administradores y ciertos socios se tornan responsables (¿será la previsión del art. 109 LGS de "extinguido el pasivo social"?). Este tema está vinculado a las disposiciones del art. 150 C.C.C., que ante el defecto o duda que genera el art. 99 LGS sobre los

socios a que se refiere, permite integrarlo con el art. 167 *in fine* C.C.C., imputando: "*En caso de infracción 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*". Sobre este punto, el incidente en el caso "Interindumentaria SRL", en fallo del 4.2.2020, el voto de Pablo Heredia remarcó la infrapatrimonialización como factor de imputación del daño; atribuyó el déficit en la liquidación a los socios de control en el incidente respectivo en la quiebra. Pero podría haberse intentado una acción similar sin procedimiento concursal o durante uno preventivo.

Es importante recordar que la liquidación no tiene plazo: el que corresponda para que el patrimonio activo satisfaga al pasivo, y de ser posible genere una cuota de liquidación para los socios, pues ambos aspectos hacen a la tipicidad societaria —art. 1 LGS—. Supongan que se decide liquidar un supermercado con 100 establecimientos: la liquidación inmediata llevaría a la ruina; pero una planificada —como ha sostenido separadamente Richard con Carlino, y comparte la coautora— puede ser muy exitosa. Empleados que se jubilan, contratos de alquiler que vencen y un achicamiento progresivo, conforme un plan de negocios perfectamente calibrado a tantos años de plazo como sea conveniente, obviamente, sujetos a la conformidad del órgano de gobierno, conforme el art. 105, 2º párrafo, LGS. Ello impondrá balances exigidos expresamente por los arts. 320 CCC, específicamente por el art. 104 LGS, y quizás ante el hostigamiento de algunos acreedores (apurados) se imponga el concurso, no solo para determinar el pasivo de forma sencilla, una suerte de *due diligence* —que puede estar facilitando una capitalización o una liquidación— sino para que el órgano de gobierno pueda ofrecer un pago integral de lo adeudado con meras esperas, e incluso así lograr una cuota de liquidación o incrementarla.

La posibilidad de aplicar el "concurso" a una sociedad en liquidación no descarta la conveniencia de aplicarlo a aquella en que se haya producido una causal de disolución e incluso dispuesto la liquidación, pero no inscripta; será un problema de analizar la existencia de daño de responsabilidad, tema que ha tratado Richard separadamente con Marcelo Boretto en "Responsabilidad por presentación tardía en concurso o agravamiento de la insolvencia" (en *Tratado de los conflictos societarios* AAVV director Diego A. J. Duprat, tomo III, pág. 1241).

Un tema interesantísimo es el de la sociedad liquidada, incluso con la inscripción respectiva —art. 112 LGS—, respecto a la cual se haga necesaria la reapertura de la liquidación por aparición de activos o de pasivos. Son temas que habíamos tratado superficialmente, pero que una reciente tesis sobresaliente de Ariel Macagno puso en análisis integral:

"Pervivencia de la persona jurídica sociedad frente a la subsistencia y aparición de patrimonio (activo) o de las cargas que lo gravan (pasivo) durante el proceso de extinción y tras la cancelación registral de la inscripción del contrato de sociedad". Es que la persona jurídica no puede considerarse extinguida mientras subsistan bienes a liquidar —no son *res nullius*— o pasivos a satisfacer, sea por la existencia de bienes, la devolución de cuotas de liquidación o la posibilidad de acciones de integración o de responsabilidad.

Esa congruencia debe vincularse, también, no solo a una buena liquidación que valorice bienes sin generar daño, sino a la conservación de la empresa, sea a través de un acuerdo preventivo o de la modalidad de la liquidación, incluso sin declaración de quiebra, o con declaración de quiebra, si así se pudiere lograr. Y una buena y organizada liquidación está atada a la posibilidad de negociar los pasivos con los acreedores, permitiendo, así, que el activo alcance para satisfacer a todos ellos de manera equitativa.

Una buena y organizada liquidación se logra con información contable que permite transparencia. Y con una propuesta oportuna que pueda ser votada por todos los interesados y que permita que los acreedores rezagados **no** queden insolutos. Por ello, la presentación de un plan al momento de solicitar el concurso preventivo otorga transparencia y previsibilidad.

La continuidad de la sociedad se podría dar aun en liquidación por disposición del art. 48 LCQ, y por una retractación determinada por advertir la viabilidad, rubricada por el órgano de gobierno, antes de inscribirse la liquidación, conforme el art. 100 LGS —que lo es "sin perjuicio de terceros y las responsabilidades asumidas" (art. 100 LGS)—, que bien podría darse si se reabriera la liquidación como hemos apuntado precedentemente. En este aspecto se advierte la compatibilidad del referido art. 150 C.C.C. con el art. 163, ap. "c", "la imposibilidad sobreviniente de cumplirlo", y particularmente el ap. "e", "la declaración de quiebra; la disolución queda sin efecto si la quiebra concluye por avenimiento o se dispone la conversión del trámite en concurso preventivo, o si la ley especial prevé un régimen distinto", que es juntamente el del art. 100 LGS.

Anteriormente hicimos una referencia a que el concurso, particularmente el de una sociedad que los socios han decidido no continuar, puede significar y aportar una suerte de "*due diligence*" para una determinación de pasivo seguro —hoy incoherentemente alterada por la reforma en el 2006 al art. 21 LCQ que altera una universalidad—, una adecuada y real valuación de los bienes o un análisis e informe de la organización y las posibles modificaciones que debieran hacerse para tornarla eficiente y productiva. Todo ello para facilitar una transferencia del fondo de

comercio o del paquete accionario, o una capitalización de toma de control.

Estas referencias al régimen de liquidación de las sociedades, obviamente incompleto, impone una advertencia sobre la norma del art. 52, 2) b) IV) que autoriza al juez en el análisis de abusividad del acuerdo a revisar: "*Que el pago resultante del acuerdo impuesto equivalga a un dividendo no menor al que obtendrían en la quiebra los acreedores disidentes*". Regla que sin duda alcanza a la quiebra de personas humanas, pues en el caso de sociedades las pérdidas son a cargo de los socios, conforme el art. 1 LGS. Normas imperativas complementarias e imperativas de ese cuerpo legal tornan casi descartable la posibilidad de considerar que el pasivo societario no sea atendido en su integridad por diversos medios. Tema que Richard ha analizado con Casadio Martínez.

Todo un marco de posibilidades que quizá no sean meramente doctrinales, sino que se correspondan a las múltiples e insólitas situaciones que se generan por el cambio de las condiciones de mercado o por el mejor análisis de nuevos administradores o asesores. Es hora de separar la suerte de la empresa de la suerte y voluntad del empresario, dándole a la empresa viable la posibilidad de que la sociedad que la contiene se liquide de manera organizada, a través de un proceso concursal.

COMPATIBILIDAD DE LA LEGISLACIÓN SOCIETARIA Y CONCURSAL EN EL CONCURSAMIENTO DE SOCIEDADES

RICHARD, Efraín Hugo y VEIGA, Juan Carlos

Ponencia

La ley general de sociedades dispone de normas para evitar los daños a terceros. En el concurso de sociedades deben evitarse prácticas que constituyan abuso del derecho en perjuicio de los acreedores. El apartamiento a normas societarias de carácter imperativo constituye fraude a la ley. Debe evitarse la desnaturalización de los derechos de los acreedores.

Desarrollo

La ley general de sociedades tiene previsiones para evitar dañar a terceros, permitiendo que los órganos de administración y de gobierno asuman resoluciones que permitan la reconstrucción patrimonial o la liquidación. No contiene ninguna norma que imponga su concurso preventivo, pero tampoco lo impide. Pero ciertos excesos funcionales en esos procesos hoy se encuentran acotados por el art. 150 del Código Civil y Comercial (CCC).

1. La doctrina ha calificado a la legislación societaria como preconcursal o paraconcursal, incluso como anticoncursal. Compartimos las dos primeras calificaciones, más no la última, pues la propia ley 24.522 (LCQ) autoriza el concurso de una sociedad en liquidación e incluso ante el fracaso de aceptación de la propuesta genera una especie de segunda vuelta, abierta a la propia sociedad y terceros en el art. 48 LCQ.

Lamentablemente en el concurso de sociedades se generaban ciertas prácticas aceptables en el concurso de una persona humana pero incompatibles con el sistema societario y la tipicidad de las relaciones que generan la elección de este tipo de persona jurídica —art. 1 de la Ley General de Sociedades, en adelante LGS—, que llamamos "el contraderecho"[255]. Hoy la cuestión se encuentra resuelta por el art. 150 CCC que

255 Richard, Efraín Hugo y 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

impide dejar de lado las normas imperativas de la ley específica para una sociedad, la LGS, o "en su defecto" de las normas imperativas del CCC.

2. Las normas imperativas del derecho societario están constituidas por aquellas que tipifican el negocio jurídico, o sea que las pérdidas son a cargo de los socios, de las que preservan la integridad de su patrimonio para que su funcionalidad no genere daños a terceros, y poco más las soluciones opcionales imperativas que a esa situación da el art. 96 LGS. No impone como otras leyes un plazo para concursarse, como forma de evitar la responsabilidad del órgano de administración ante la incuria del órgano de gobierno, sino que genera un régimen de responsabilidad para aquel, sin perjuicio del de socios, que es un tema especial.

El apartamiento a las normas societarias de carácter imperativo constituye fraude a la ley (art. 12 del CCC). El fraude a la ley, como el fraude procesal y el fraude al orden público concursal acarrearían la nulidad absoluta del proceso y de una eventual sentencia de homologación del acuerdo[256].

3. Esta visión y nuestra posición no anticoncursalista nos impone señalar que el concurso puede ser un escudo protector aconsejable en ciertas circunstancias que impiden aplicar rápidamente los remedios societarios, y con ese escudo poder mantener o devolver la viabilidad de la actividad empresarial. Porque se impone recordar que lo tutelable es la actividad empresarial con su productividad, generación de puestos de trabajo y de impuestos para la funcionalidad estatal. De ninguna forma la generalidad de conservación de la empresa puede servir para proteger a la sociedad que realiza la actividad, ni la posición de los socios que no coadyuvaron a una oportuna solución.

4. Es clave advertir que el concurso de cualquier tipo de sociedad no altera la funcionalidad de sus órganos de administración y gobierno. Solo impone la autorización judicial para ciertos actos y el riesgo de otra vía de intervención al órgano de administración por el Juez del Concurso además de la prevista por el art. 113 LGS.

5. Correlativamente, el órgano de administración debe mantener los sistemas de contabilidad e información de la LGS que hoy recalcan los arts. 320 y ss. CCC, que se intensifican en los concursos con información mensual para eventual satisfacción de créditos de pronto pago. La información pasa a ser de interés público —a nuestro entender siempre lo fue— y no un mero recurso de rendición de cuentas. La prospectiva de viabilidad que debe contener la Memoria es congruente con la nueva

la Empresa, 25 al 27 de septiembre de 2013, Ed. Universidad Argentina de la Empresa y Cámara de Sociedades Anónimas, tomo I, p. 161.

256 Dictamen Fiscal General, Dra. G. Boquin en VIAL 3 S.A. s/Concurso Preventivo. Septiembre, 2012.

disposición del art. 100 LGS que ilumina el proceso.

Las disposiciones inusuales adoptadas acertadamente por el juez del caso VICENTIN S.A. alumbran esta cuestión, ante las reticencias de los órganos de la concursada.

6. Congruentes con esta visión funcional, remarcamos que es función del órgano de gobierno determinar la propuesta de acuerdo, o por lo menos sus bases, o cuanto menos delegar en el órgano de administración su formulación o instrucciones sobre el punto. Ello surge nítido porque excede las funciones del órgano de administración, cualquiera que sea las propuestas legales del art. 43 LCQ que se piensen proponer. Particularmente porque el fracaso de la aceptación de la propuesta importa confrontar en el sistema de conservación del art. 48 con otras personas humanas o jurídicas, que les impondrán la transmisión de sus participaciones, en su caso.

7. Un tema ríspido es el uso de las quitas, unido a esperas que, en un país con inflación, son claramente confiscatorias e inconstitucionales, a lo que se agrega el intento de que las pérdidas sean soportadas por los acreedores y no por los socios —art. 1 LGS— y ajenas obviamente a las opciones imperativas del art. 96 LGS. Nada obsta a que las quitas del 100% inclusive puedan ser aceptadas por algún acreedor, pero aceptar que por mayorías ocasionales se trasladen a acreedores que se opusieron y, peor aún, que no podían expresar su voluntad por no haber aún conseguido su verificación o declaración de admisibilidad suena a ilegal, abusivo, contrario a la buena fe y particularmente en fraude a las normas imperativas de la LGS.

En el año 2000, Juan ANICH, agudo y querido colega, describía "comportamientos a los que podemos denominar como *espurios,* y que entre otros son: a) De parte del deudor: insolventarse antes de iniciar el proceso concursal; Generación de hipotecas o prendas sobre bienes libres de gravamen anterior; Creación ficticia de acreedores; Compra de créditos al momento de las negociaciones; Negociaciones para impedir la verificación de algunos acreedores; Negociaciones para impedir la ejecución de ciertos créditos"[257]. O sea que denunciaba el manejo de las mayorías, facilitado por la irracional modificación del art. 21 LCQ que rompió la universalidad y el sistema transparente de la verificación de créditos que nos acompañaba genéricamente desde el año 1972[258].

257 Anich, Juan "Hacia un necesario cambio en la teoría del conflicto concursal, posibles alternativas normativas" *en De la Insolvencia II Congreso Iberoamericano, Héctor Cámara – Francisco Quintana Ferreyra in memoriam*, Ed. Fespresa, Córdoba 2000, tomo I, p. 12, específicamente, p. 13.

258 Anich, Juan "Hacia un necesario cambio en la teoría del conflicto concursal, posibles alternativas normativas" *en De La Insolvencia II Congreso Iberoamericano, Héctor Cámara – Francisco Quintana Ferreyra in memoriam*, Ed. Fespresa, Córdoba 2000, tomo I, p. 12,

El remedio fue devuelto a la mano del juez con la disposición del art. 52.4, LCQ. "En ningún caso el juez homologará una propuesta abusiva o en fraude a la ley", pero lamentablemente nunca hemos visto que pase del test de abusividad para referirse al evidente fraude a la LGS, traspasando el riesgo de los socios a los acreedores. Para más se suele referir al apartado 52.2.IV para sostener que la liquidación daría a los acreedores un porcentaje menos al ofrecido, que es un indudable desconocimiento de la funcionalidad societaria, de la responsabilidad por infrapatrimonialización.

La tensión que genera el derecho del deudor concursal y el derecho de los acreedores requiere recurrir a la teoría del abuso del derecho y a la normativa expresa del Código Civil y Comercial de la Nación para evitar una conducta abusiva que impacte en el derecho de propiedad de los acreedores.

Desnaturalizar el derecho de los acreedores, imponiendo arbitrariamente pautas aceptadas por una mayoría, constituye un irrazonable y abusivo ejercicio del derecho.

El fraude que se comete afecta no solo a los acreedores perjudicados, sino a la sociedad en general ya que el interés general exige que los medios previstos en la ley concursal no sean utilizados como herramientas del fraude.

8. De manera alguna puede admitirse que el régimen concursal pueda ser utilizado de forma abusiva para que el deudor se libere de sus obligaciones mediante el pago de sumas insignificantes y teniendo presente las dificultades de controlar las negociaciones individuales que realiza el deudor con sus acreedores para obtener las conformidades.

El Juez debe evitar los efectos de este ejercicio abusivo de conformidad a la potestad que le confiere el art. 10 del CCC y la aplicación de las normas de la ley de sociedades[259].

9. Por último, cabe apuntar, como señalaba ya hace tiempo Mariano Gagliardo[260]: "*La naturaleza de la acción del artículo 173 es típicamente concursal y en modo alguno significa alterar la regulación de la ley de sociedades. Es más, la autonomía de tal acción, no guarda necesaria relación con la responsabilidad prevista por los arts. 59, 274, 276, 279 y 298 de la ley 19.550 de modo que la deducción de una no importa incoar la otra y es posible la deducción acumulada de ambas pretensiones, pues ellas pueden derivar de los mismos hechos cualificados diversamente*".

específicamente, p. 13.

259 CNCom. Sala F. 24/4/2012 en: "Talleres Reunidos ItaloArgentino S.A. s/ Concurso Preventivo".

260 Gagliardo, Mariano "Responsabilidad de los directores de sociedades anónimas" Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires 2004, p. 1.058.

Obviamente, ninguna acción de responsabilidad queda impedida por el concurso preventivo, y en la quiebra se abre otra vía además de las que autoriza la LGS o el CCC. Específicamente por no haber prevenido el daño en la función de preconcursalidad, que resulta del art. 99 LGS, además de los integrantes del órgano de administración a la responsabilidad, ¿a qué socios se refiere? Para resolver la aparente incógnita cabe recurrir a la remisión "en su defecto" del art. 150 CCC y encontrar en el art. 167 *in fine* CCC la respuesta: los socios que por acción u omisión no adoptaron las medidas previstas para evitar el daño o su agravación. Sin duda, no se altera la irresponsabilidad del mero inversor, sino del socio que actúa con culpa por acción u omisión.

10. La reorganización económica financiera de la empresa mediante una solución consensuada con sus acreedores, no debe prescindir del aporte de los socios ya que de otra manera el sistema concursal se transformaría en un medio apto para socializar las pérdidas del empresario.

11. Otras múltiples interacciones se encontrarán en los supuestos de sociedades que recurran a su concurso preventivo o, inclusive a un APE, pero la limitación de extensión de las ponencias y el tiempo para exponerlas nos aconseja limitar nuestro discurrir. No se trata de pensar en reformas —salvo la del art. 21 LCQ que facilita inequidades—, sino en un mirar más amplio conforme resulta del Título Preliminar del CCC.

LOS APORTES IRREVOCABLES DE CAPITAL FRENTE AL CONCURSO Y LA QUIEBRA

MOIA, Ángel L. y PRONO, Patricio M.

Ponencia

1- El aporte irrevocable de capital es una fuente de financiamiento recurrente de las empresas y como negocio jurídico contiene ciertas particularidades que lo hacen complejo y que ameritan distintos análisis y soluciones frente a la insolvencia de la sociedad.

2- Uno de los primeros desafíos es desentrañar la verdadera calificación jurídica del negocio y, en su caso, distinguirlo del mutuo. Para ello es indispensable analizar, entre otras cuestiones, el carácter de socio, controlante o no, tercero, administrador del aportante, la situación de la sociedad al recibir el aporte, las expectativas del aportante —socio o tercero—, la época en que se celebró el negocio, la presencia de garantías.

3- La obligación principal asumida por la sociedad es una obligación de hacer. Por ello se aplican las previsiones del artículo 19 LCQ en cuanto a las obligaciones no dinerarias y el artículo 41 LCQ en cuanto a la obligatoriedad de la categoría de acreedores subordinados.

4- En caso de que el contrato se haya celebrado, pero no cumplido el aporte, la sociedad podría recurrir al mecanismo del artículo 20 LCQ para solicitar la autorización judicial para su cumplimiento y exigir la integración del aporte.

5- En caso de que la sociedad ya haya recibido el aporte, puede requerir autorización judicial para cumplir con su obligación y capitalizar el aporte ya recibido.

Desarrollo

El aporte irrevocable de capital

La operación tiene su génesis en un acuerdo entre el "aportante" —socio actual o tercero— y el órgano de representación de la sociedad, por el cual el primero se obliga a realizar un aporte a favor de la sociedad y la segunda se obliga a considerar la capitalización de dicho aporte. El aportante, a su vez, se compromete a no solicitar la restitución del

aporte hasta que la sociedad realice su prestación o hasta que pase un tiempo razonable sin que esto ocurra. A partir de allí, las variables son muchas: se suelen establecer plazos, condiciones y diferentes cláusulas que tengan la virtualidad de modificar el estatus del negocio y convertirlo en un préstamo.

Generalmente el negocio jurídico responde a la necesidad de financiamiento de la sociedad y a la imposibilidad o inconveniencia de recurrir a otras fuentes de financiación. En nuestro medio ha sido una fuente recurrente de asistencia financiera para la sociedad y su similitud con el mutuo en algunos casos ha dado lugar a diversas interpretaciones. De allí que, frente a la situación de insolvencia de la sociedad, es de suma importancia en primer lugar calificar el negocio jurídico.

La situación de hecho debe ser analizada en el contexto de cada caso. Señalamos al respecto algunos elementos que pueden ser relevantes para caracterizar el negocio: carácter de socio o tercero del aportante, carácter de controlante del aportante respecto de la sociedad, época en que se realizó el aporte, situación financiera de la sociedad, posibilidad de recurrir a otros medios de financiación, historial de la sociedad en cuanto a los aumentos de capital (¿era un recurso habitual o excepcional?), presencia de garantías reales en el negocio, situación de inequidad, cantidad de socios que realizan el aporte, expectativas sobre el repago o capitalización[261], fraude o abuso. Este último elemento ha sido indicado por la jurisprudencia como determinante para calificar el crédito como subordinado en relación a la masa pasiva quirografaria[262].

En este sentido, los antecedentes documentales del concurso preventivo deben ser fundamentales para el correcto análisis. Asimismo, deviene imprescindible una actitud proactiva de la sindicatura, sobre todo en cuanto a sus funciones y deberes de información en la etapa de verificación tempestiva. Los elementos de información así obtenidos podrán dar una visión más amplia y dinámica del negocio y de las circunstancias que lo rodearon, especialmente de la situación en que se encontraba la sociedad al momento de recibir el aporte y las expectativas de devolución —o no— del aportante, toda vez que no siempre que la sociedad requiera de fondos en concepto de capital significa que se encuentra en estado de

261 CNCom., Sala C,"Palacio del fumador S.R.L. s/ Quiebra s/ Inc. de verif. Por Ríos José M.", 26/08/1986, R.D.CO, año 20, 1987, p. 151.

262 Cam. Civil y Com. Paraná, Sala II, 23/12/2020, "Cotapa S.A. s-pedido de concurso preventivo s-concurso preventivo s/ Incidente Revisión", inédito. En este precedente se dijo: "Dicha subordinación se utiliza, precisamente respecto de los créditos de titularidad de una persona especialmente vinculada con el deudor, como serían, respecto de un deudor no persona física, el administrador de la sociedad, los socios con participación significativa o los controlantes directos o indirectos. Para que la misma proceda, además de la conducta inequitativa, se exige daño a los acreedores o una ventaja indebida al titular del crédito, entre otros".

insolvencia[263].

El mencionado antecedente jurisprudencial de la Cámara de Apelaciones de Paraná confirma esta tesitura: "El préstamo está destinado al uso de la especie prestada y a su oportuna devolución, con más los intereses que se pacten o los legales, en su caso; el acreedor tiene derecho a recuperar su crédito y en caso de concurso el mutuante es un acreedor y puede ser quirografario, o bien beneficiarse con el privilegio que le pueda otorgar la garantía real que lo ampare. Al contrario, el aporte tiene por fin su capitalización en la sociedad; naturalmente no devenga intereses por esa misma razón y —salvo situaciones anómalas— no se restituye al aportante. En caso de concurso, se sostiene su postergación con relación a los demás acreedores de la sociedad, en situación ordinaria [...] Ahora bien, en caso de préstamos de los socios, debe prestarse especial atención a la situación económico-financiera de la sociedad, ya que cuando ellos ocurren en situación de infracapitalización o en condiciones en las que debería aportarse capital, debe subordinarse el 'préstamo' frente a los demás acreedores sociales. Se trata, de una calificación técnica conforme a situaciones objetivas, que prescinde de su mera denominación por las partes. Ello por cuanto, cuando el capital es insuficiente, los préstamos patentizan un traslado de riesgo del socio hacia los demás acreedores". Como puede observarse, en esta calificación es indispensable considerar la relación del socio con la sociedad, toda vez que si el socio es administrador o controlante de la misma, su conocimiento acerca de la situación financiera de la sociedad se convierte en un factor elemental para considerar su conducta, ya que bien pudo activar los mecanismos necesarios para capitalizar la sociedad conforme surge de su obligación de socio.

Diferentes supuestos en el marco del concurso de la sociedad

Frente al concurso preventivo de la sociedad, suelen darse dos supuestos diferentes. Para ello es dable distinguir las obligaciones asumidas por las partes. La obligación principal del aportante será entregar los fondos o el aporte no dinerario a la sociedad, será pues una obligación de dar y, en su caso, de dar sumas de dinero.

263 Araya, Miguel, "Reflexiones sobre la pérdida del capital social y la cesación de pagos", en RDPyC, 2019-2, p. 103. En la sentencia de grado del precedente citado en la nota anterior se dijo: "*La solución en este caso no es automática sino que, como lo resume Araya 'en definitiva, la clave para determinar si el préstamo realizado por el controlante fue del tipo de los 'sustitutivos de capital' está en comprobar […] si al tiempo en que dicho préstamo fue realizado un empresario 'ordenado y responsable' cubrió esa necesidad de financiación de la sociedad con aportes de capital en vez de un préstamo. Ante una respuesta afirmativa, el crédito proveniente del préstamo deberá recalificarse como capital, lo que implicará su subordinación'. Recién secundariamente, consigna el autor citado, se debe analizar la eventual violación de deberes fiduciarios y de buena fe*".

En segundo lugar, el aportante se obliga a no reclamar por determinado plazo la devolución de lo que aportó, o sea que se obliga a mantener el aporte hecho en la sociedad sin requerir su reintegro. Esto es lo que se conoce como *la irrevocabilidad del aporte*. Estamos frente a una obligación de no hacer.

Por su parte, la sociedad receptora del aporte, a través de su órgano de administración, se obliga a realizar todos los actos necesarios para el tratamiento del aumento de capital y de la consecuente capitalización de los aportes ya efectuados. Se obliga a un hacer y es, claramente, una obligación de medios y no de resultado, pues la sociedad no puede obligarse a capitalizar el aporte, sino a arbitrar los medios necesarios para que el órgano competente resuelva el tema[264].

Cabe entonces destacar dos situaciones diferentes.

En el caso en que el socio o tercero hayan asumido la obligación de efectuar el aporte, pero aún no la haya cumplido, el caso puede encuadrarse dentro de las previsiones del artículo 20 de la ley 24.522. Al existir prestaciones recíprocas pendientes, la sociedad concursada debería solicitar la autorización para continuar con la ejecución del contrato y cumplir su obligación preconcursal. La característica de "irrevocable" de la obligación asumida por el aportante reafirma su compromiso de capitalizar a la sociedad, con lo cual el cumplimiento del contrato debería ser beneficioso para la sociedad, ya que deberá recibir el aporte comprometido reforzando su capital y obteniendo fondos para su actividad, contra la prestación de emitir las participaciones sociales[265].

Ahora bien, si el aportante ya realizó el aporte y quedan por cumplirse las obligaciones a cargo de la sociedad, pueden, a su vez, darse otros supuestos.

Es indudable que el aportante tiene la carga de solicitar la verificación de su crédito. En tal caso, y conforme la correcta calificación del negocio jurídico, entendemos que el crédito reviste el carácter de subordinado. Al tratarse de una deuda no dineraria, es aplicable el artículo 19 LCQ, según el cual las mismas se convierten "a todos los fines del concurso a su valor en moneda de curso legal". También es indudable la aplicación del artículo 41, tercer párrafo LCQ, por lo que se deberá prever una categoría especial y obligatoria[266].

264 Cam. Apel. CC Azul, Sala I, 17/10/97, "Villani, Jorge y otro c CEMEDA s Impugnación decisión asamblearia etc."; E.D. 187, p. 254: "El cumplimiento de dicha obligación, aún tardíamente, debe considerarse realizado con el llamado del directorio a asamblea extraordinaria para tratar el aumento de capital, que, al margen de la validez de esta última, ha purgado la mora e impide, por tanto, la resolución del contrato".

265 Cabanellas, Guillermo, "Los aportes irrevocables a cuenta de futuras suscripciones"; *RDCO* 259, 01/03/2013, 331.

266 Molina Sandoval, Carlos, "Los aportes irrevocables a cuenta de futuras emisiones de

Al integrar una categoría obligatoria, el deudor deberá formular una propuesta dirigida a la misma y lograr las mayorías dentro de ella.

Ahora bien, el caso puede tener otras características que ameriten una solución diferente. En primer lugar, destacamos la dificultad en valorizar la obligación de hacer asumida por la sociedad. No se trata de cualquier obligación de hacer, sino que la obligación de capitalizar un aporte puede revestir ribetes que trascienden la mera cuantificación económica. Por otra parte, la incorporación de otra categoría obligatoria podría dificultar ostensiblemente el logro del acuerdo.

Es por eso por lo que no vemos inconvenientes en que la sociedad solicite autorización para capitalizar el aporte ya recibido y así desinteresar al acreedor de la obligación de capitalización, conforme las reglas del artículo 16 LCQ [267]. En este sentido, la capitalización es un acto que, dada las particularidades de cada caso, no es normal o habitual[268].

Si bien podría entenderse que se trata de un acto prohibido por alterar la situación de los acreedores de causa o título anterior al concurso, también es cierto que tal alteración no significa un sacrificio patrimonial para la concursada, a la vez que desinteresa a un acreedor que percibe su crédito en especie y simplifica la obtención del acuerdo, lo cual aparece como beneficioso para el concurso.

capital de las sociedades cotizantes", LL 2004-F-1321.

267 Cabanella S, Guillermo, cit. "La aprobación debería ser siempre concedida, pues la capitalización de los aportes irrevocable mejora el perfil patrimonial de la sociedad concursada, dado que los aportes capitalizados no pueden ya convertirse en deuda de la sociedad".

268 CNCOM., SALA F, 28/2/2011, "Guado S.A. s/ quiebra. Incidente de ineficacia concursal", en *Revista de Sociedades y Concursos*, 2011-5, p. 98.

EL CRÉDITO POR RECESO FRENTE AL PROCESO CONCURSAL DE LA SOCIEDAD

CENOZ, Ignacio V.

Ponencia

Una vez abierto el concurso preventivo de la sociedad, y ante el ejercicio del derecho de receso por parte de un socio, es posible que la sociedad convoque a una nueva asamblea y revoque la decisión que provocó el receso sin previa autorización del juez del concurso. Esto es así ya que se trata de un acto de conservación patrimonial o, en su caso, de un acto ordinario teniendo en cuenta el proceso de conformación del crédito por receso legalmente previsto.

Desarrollo

1. Introducción

El derecho de receso es un instituto de importancia trascendental, tanto para el equilibrio entre mayorías y minorías dentro de una sociedad, como en relación a la facultad inherente al socio de retirarse de la sociedad cuando cuestiones fundamentales, que estuvo dispuesto acordar originalmente, son modificadas.

En relación a esto, encontramos que frente a la insolvencia societaria se suscita una serie de conflictos que hoy, ante un contexto de crisis generalizada, cobran actualidad. Esto, toda vez que algunas de las causales surgen como herramientas para enfrentar la crisis y los procesos concursales pueden encontrar un aumento exponencial.

Entre las situaciones conflictivas y que han dividido a la doctrina se encuentra determinar si, una vez abierto el concurso preventivo, la sociedad puede o no realizar la asamblea que revoque la decisión anterior que generó el receso y, en su caso, debe requerirse autorización judicial.

2. El derecho de receso

Halperin recordaba que el derecho de receso se introdujo como un medio práctico para obviar las dificultades provocadas a la vida de la sociedad

ante la impotencia de la mayoría para modificar las bases esenciales de la sociedad, y así encarar su desarrollo. De esta forma, a la vez que permite esas modificaciones, garantiza al accionista disconforme la salida de la empresa sin desmedro nominal de sus inversiones. Se trata de amparar al accionista contra decisiones de la mayoría, cuando varían los caracteres esenciales de la sociedad[269].

Dasso lo definió como aquel derecho potestativo del accionista, sujeto a condición resolutoria, para requerir en plazo perentorio la extinción del vínculo con la sociedad, en caso de decisión asamblearia o de hipótesis expresamente prevista por la ley o de previsión estatutaria, exigiendo el reembolso del valor de sus acciones[270].

Muguillo lo ha conceptualizado como aquel derecho que asiste al socio, ante la ocurrencia de una reforma estatutaria y en los casos taxativamente enumerados en la ley o el estatuto, de retirarse de la sociedad, obteniendo el reembolso de sus acciones. Funciona, entonces, como un mecanismo conciliador de los intereses contrapuestos de la sociedad que busca realizar una modificación estatutaria considerada necesaria o conveniente, y el del socio de no continuar integrando el ente cuando las condiciones básicas y originarias sean alteradas[271].

3. Causales

Se reconocen las siguientes causas legales:

1. Transformación del tipo social.
2. Aumento de capital social que implique un desembolso para el socio y resulte superior al quíntuplo, o cualquier aumento que suponga modificar el estatuto social.
3. Cambio de domicilio social al extranjero.
4. La reconducción.
5. La prórroga.
6. La reintegración total o parcial del capital.
7. La fusión y escisión.

269 Halperin, Isaac, *Manual de Sociedades Anónimas,* Buenos Aires, Ed. Depalma, 1958, p. 339.
270 Dasso, Ariel A., "El acreedor por causa de receso y el valor del crédito frente al concurso preventivo y la quiebra de la sociedad", Suplemento Especial 70 Aniversario, La Ley, T. 2005-F. Sec. Doctrina, pp. 1378-1391.
271 Muguillo, Roberto A., *Derecho societario,* 1ª edición, Buenos Aires, Ed. La Ley, 2017, p. 641.

8. El retiro voluntario de la oferta pública.
9. La continuación de la sociedad luego de la cancelación de oferta pública o cotización de sus acciones.

Estas causales son taxativas, pero nada impide que los estatutos prevean otras[272]. Por otra parte, nada impide excluir el receso cuando la modificación fue prevista en el acto constitutivo[273].

Con respecto a la segunda, y ya adentrándonos en la toma de decisiones directamente relacionadas a paliar los efectos de la crisis económica y financiera, se tiene dicho: "*La ley de sociedades argentina trae las soluciones para afrontar la crisis financiera o económica de las sociedades. Lo necesario es leerla adecuadamente*"[274], y que la aplicación de integral de las normas societarias debe permitir prevenir la insolvencia, o al menos mitigar la trasferencia de los daños a los acreedores. A partir de allí, ante una situación de infracapitalización, el aumento de capital, sin importar quien lo aporte, aparece como la solución más acorde[275]. En consecuencia, siguiendo estas ideas, podría válidamente esperarse que muchas sociedades adopten este tipo de medidas para afrontar la crisis en un contexto como el actual.

A su vez, el cambio de domicilio es otra de las causales que entendemos podría verse con frecuencia ante determinadas medidas políticas que afecten el normal desarrollo de empresas o su giro comercial local, especialmente ante contextos económicos y financieros locales adversos.

4. Ejercicio (modo, plazo y caducidad) y efectivización

Este derecho se vuelve operativo a partir de la manifestación unilateral de la voluntad del socio, unilateral que debe exteriorizarse y dirigirse de manera clara y concreta, aun sin una formalidad específica, al domicilio legal de la sociedad; y se perfecciona ante la recepción de la comunicación a la sociedad que "*concluye y completa el acto jurídico*"[276]. Debe ser ejercido dentro del lapso de tiempo legalmente previsto, el que variará de acurdo a si se trata de socios o accionistas que participaron de la asamblea, quienes cuentan con 5 días, mientras que si se ausentaron

272 Halperin, Isaac, *Manual de Sociedades Anónimas,* Buenos Aires, Ed. Depalma, 1958, p. 340.
273 Halperin, Isaac, *Manual de Sociedades Anónimas,* Buenos Aires, Ed. Depalma, 1958, p. 340.
274 Richard, Efraín H., *Perspectiva del derecho de la insolvencia*, 1ª ed., Córdoba, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2010, p. 203.
275 Nissen, Ricardo A. y Richard, Efraín H., "Insolvencia societaria", *IJ-XXXI*-492, pp. 1-2.
276 Muguillo, Roberto A., *Derecho societario,* 1ª edición, Buenos Aires, Ed. La Ley, 2017, p. 642.

de la misma, el plazo es de 15 días.

No obstante lo anterior, debe tenerse presente que se encuentra sujeto a una condición resolutoria en tanto la asamblea puede dejar sin efecto, dentro del plazo de 60 días, la decisión que provocó la salida del socio.

En relación a la caducidad del ejercicio de este derecho, son dos las causales que la generan. El transcurso de los plazos mencionados en el primer párrafo de este apartado; y la revocación de la decisión de la asamblea dentro de los 60 días posteriores. En este último caso, los socios readquieren retroactivamente los derechos sociales y los efectos patrimoniales al momento de la notificación.

La valuación de la cuota parte del recedente y debe establecerse en base al último balance realizado o que deba realizarse conforme a la ley y reglamentos. Lo último habilita al socio recedente a exigir la confección de balances de ejercicios vencidos. A su vez, deberán tenerse en cuenta los balances especiales confeccionados en casos de transformación, escisión o fusión, los trimestrales obligatorios.

Lo que nos interesa resaltar es que el ejercicio y la efectivización son dos momentos diferentes y que, en ese ínterin, puede tener lugar la condición resolutoria que prevé el artículo 149 LGS, que es la revocación de la decisión que afectó al socio.

5. Efectos del ejercicio del derecho de receso

En primer lugar, resulta relevante que el ejercicio de este derecho provoca la resolución parcial del contrato social y extingue la calidad de socio, que a partir de la notificación de su voluntad encuentra suspendidos sus derechos sociales, políticos y económicos, a excepción de la percepción de crédito generado a su favor y, en relación a esto, exigir la confección del balance y eventualmente impugnarlo y solicitar medidas cautelares en torno al resguardo de su crédito.

Con respecto a la sociedad, existen discrepancias sobre si conlleva necesariamente la reducción del capital social (y con ello una merma en la garantía de los acreedores)[277]. Al respecto, algunos autores sostienen que siempre una reducción social, mientras que otros aclaran que provoca una disminución del patrimonio social, aunque no necesariamente se afecte el patrimonio neto, puesto que podría liberarse pagando con reservas o utilidades realizadas y líquidas, o con el flujo de fondos dentro del año[278].

277 Junyet Bas, Francisco y Molina Sandova, Carlos A., *Ley de Concursos y Quiebras comentada,* 4ª edición, Buenos Aires, Ed. Abeledo Perrot, 2018, p. 289.
278 Muguillo, Roberto A., *Derecho societario,* 1ª edición, Buenos Aires, Ed. La Ley, 2017, p. 651.

6. El concurso de la sociedad

En primer lugar, debe recordarse que las finalidades del concurso preventivo y la de la quiebra difieren esencialmente, y esto incide en la solución del problema que presentaremos[279].

En este marco, el artículo 149 LCQ señala que si se ejercita estando la sociedad en estado de cesación de pagos, el socio debe reintegrar al concurso todo lo que ha percibido por tal concepto. Esta solución ha sido calificada como lógica si se tiene en cuenta que los socios administradores podrían vaciar patrimonialmente a la sociedad y luego escaparse sencillamente a las consecuencias de la sentencia de quiebra[280]. No podemos dejar de relacionar esta advertencia con aquellas ideas expuestas que indican al aumento de capital como una buena medida para superar la crisis patrimonial.

6. 1. Desapoderamiento atenuado

Una de las problemáticas se presenta ante el concurso preventivo, donde la sociedad concursada padece un desapoderamiento atenuado y limitado. Esto significa que conserva la administración de sus bienes y actúa bajo la vigilancia del síndico. A partir de allí, se desprenden tres categorías de actos:

a) actos prohibidos (art. 16 LCQ);

b) actos sujetos a autorización judicial;

c) actos realizables libremente, aunque bajo la vigilancia del síndico y siempre que no generen perjuicio evidente a los acreedores o impliquen una grave irregularidad que pueda llevar a la separación del deudor de la administración (art. 17 LCQ). Estos son los actos de administración y los actos conservatorios[281].

En este sentido, debe entenderse que los actos de administración "*Son aquellos que importando o no una enajenación, además de conservar los capitales, tienen por fin hacerlos producir, según su naturaleza o destino. Básicamente, el criterio para distinguir entre actos de administración y*

279 Dasso, Ariel A., "El acreedor por causa de receso y el valor del crédito frente al concurso preventivo y la quiebra de la sociedad", Suplemento Especial 70 Aniversario, La Ley, T. 2005-F. Sec. Doctrina, pp. 1.378-1.391.
280 Junyet Bas, Francisco y Molina Sandova, Carlos A., *Ley de Concursos y Quiebras comentada,* 4ª edición, Buenos Aires, Ed. Abeledo Perrot, 2018, p. 288.
281 Rouillon, Adolfo A. N., *Régimen de concursos y quiebras*, 16ª ed., Buenos Aires, Ed. Astrea, 2012, p. 77.

de disposición se funda en la ausencia o presencia de peligro para la existencia misma de los bienes que constituyen el patrimonio. Un acto puede ser considerado de disposición para una parte y de administración para la otra; por ello ***habrá que estarse a los efectos respecto del concursado. En esta misma idea se encuentran los actos de conservación****, ya que tiene como finalidad evitar la pérdida de un bien cuya existencia peligra*"[282].

A su vez, en esta instancia encuentra prohibida la realización de aquellos actos realizados a título gratuito o que importen alterar las condiciones de los acreedores por causa o título anterior, y deben requerir autorización para realizar aquellos que excedan la administración ordinaria. Esto tiende a hacer efectiva la *pars conditio creditorum* y "*Básicamente importa no otorgar preferencias no fundadas o arbitrarias*" y abraca también a aquellos realizados en desmedro de los otros acreedores. En ese sentido, se incluyen los beneficiosos para ciertos acreedores[283].

Al respecto, y ante la confrontación de diferentes normas (arts. 15 y 16, párr. 1, LCQ y arts. 245, párr. 4, y 254, párr. 2), se han planteado interpretaciones disimiles acerca del carácter de la asamblea.

En este punto, las respuestas han sido, en primer lugar, que se trata de un acto prohibido en tanto altera el derecho de un acreedor, lo que sucedería en caso de que la sociedad revierta la decisión, y con ello la situación del recedente. Asimismo, se propone la aplicación analógica del artículo 149 LCQ. En segundo lugar, que esta asamblea no requiere autorización, ya que se trata de un acto de gestión ordinaria en tanto es esencial en la estructura del derecho de receso. En tercer orden, que la decisión asamblearia que provocó el receso puede revocarse, pero con autorización judicial.

7. Conclusión

Compartimos la tesis permisiva de la celebración de la asamblea una vez abierto el concurso de la sociedad y revocar la decisión que disparó el receso, sin autorización judicial, como propone Dasso[284].

Postulamos esta solución en el entendimiento de que se trata de un componente del proceso que hace al derecho de receso previsto legalmente, cuyo crédito nace bajo una condición resolutoria conocida

282 Junyet Bas, Francisco y Molina Sandova, Carlos A., *Ley de Concursos y Quiebras comentada,* 4ª edición, Buenos Aires, Ed. Abeledo Perrot, 2018, p. 157.
283 Junyet Bas, Francisco y Molina Sandova, Carlos A., *Ley de Concursos y Quiebras comentada,* 4ª edición, Buenos Aires, Ed. Abeledo Perrot, 2018, pp. 159-160
284 Dasso, Ariel A., "El acreedor por causa de receso y el valor del crédito frente al concurso preventivo y la quiebra de la sociedad", Suplemento Especial 70 Aniversario, La Ley, T. 2005-F. Sec. Doctrina, pp. 1.378-1.391.

por las partes. Por lo tanto, no podría generar un gravamen irreparable ni constituir una grave irregularidad.

Tampoco puede equipararse la situación del recedente a una situación consolidada, de manera que se considere que esta se viera alterada. Se trata de un estado provisorio sujeto a condición resolutoria, cuyo acaecimiento es perfectamente posible y, en caso de que la asamblea revoque la decisión anterior, en todo caso el efecto es eliminar la causa que generó su repudio.

La ley prevé un plazo para que la sociedad revise y eventualmente revierta la modificación objetada, y condicionar aquella revisión y sus efectos es contrario a la finalidad del instituto, lo que generaría una desigualdad entre los diferentes acreedores, ya que el recedente vería consolidado su crédito al eliminarse o limitarse la condición prevista legalmente.

Por otra parte, se trata de un acto de administración que tiene por finalidad conservar y, por ende, no pone en peligro el patrimonio social, lo que sí ocurriría si se impide o limita la realización de la asamblea.

La misma solución se impone si observamos los efectos que la celebración (o no realización de la asamblea) tendría para el concursado, donde la conservación del capital es fundamental para el futuro del proceso. Máxime, cuando se vea agravada la situación patrimonial de la sociedad y, ante el receso, esta evalúe la conveniencia de retrotraer su decisión y conservar el elenco de socios (y el capital social), debe poder ejecutarlo sin cortapisa.

No debe perderse de vista que, si bien una parte de la doctrina sostiene que no necesariamente implica una reducción del capital social, ya que eventualmente podría pagarse con otros recursos, incluso el flujo de fondos, tratándose de una sociedad concursada, difícilmente llegue a poder cancelarse el crédito con otro recurso que no sea el capital social.

Asimismo, impedir o limitar la celebración de la asamblea, en atención al abreviado plazo que la sociedad tiene para su celebración, podría generar un desembolso que agrave la situación de la sociedad y perjudique la expectativa de cobro de los demás acreedores, teniendo en cuenta que el efecto de esa asamblea será eliminar crédito del socio.

También debe tenerse presente la advertencia que hemos apuntado más arriba en relación al artículo 149 LCQ, en cuanto a que bien podrían los socios administradores vaciar patrimonialmente a la sociedad y luego escaparse sencillamente a las consecuencias de la sentencia de quiebra.

Por lo tanto, se trata de un acto inherente a la conservación del patrimonio de la sociedad o, eventualmente, debe considerarse ordinario a partir de su previsión legal, por lo que en ningún caso debe requerirse autorización judicial previa.

SOCIEDADES DE BENEFICIO E INTERÉS COLECTIVO - SOCIEDADES BIC O DE TRIPLE IMPACTO. EL COMPROMISO DE NUESTRO PAÍS AL PACTO MUNDIAL DE NACIONES UNIDAS – PRIMERA PARTE

PEREYRA, Alicia S.

1. El Pacto Mundial de las Naciones Unidas

El Pacto Mundial de Naciones Unidas, lanzado en el año 2000, es una llamada a las empresas a alinear sus estrategias y operaciones con "**diez principios universales**" sobre "**Derechos humanos**", "**Normas laborales**", "**Medio ambiente**" y "**Lucha contra la corrupción**". Y a tomar medidas que promuevan los objetivos del desarrollo sostenible (ODS).

En la actualidad, con más de 9.500 empresas y 3.000 organizaciones, con sede en más de 160 países y más de 70 redes locales, las Naciones Unidas están difundiendo ampliamente el mensaje de que cualquier tipo de empresa en cualquier parte del planeta —de todos los tamaños y sectores— puede jugar un papel fundamental para mejorar nuestro mundo.

1.1. Objetivos del desarrollo sostenible (ODS):

El 25 de septiembre del 2015, los 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible de la Agenda 2030 fueron adoptados por los líderes de 193 países, en una histórica cumbre de Naciones Unidas. Ahora, a casi tres años desde su aprobación, el sector privado está intensificando sus esfuerzos para cumplir los Objetivos Globales para las personas, el planeta y la prosperidad, a través de acciones audaces y colaboración entre todos los sectores de la sociedad, para acabar con la pobreza extrema y el hambre, combatir las desigualdades y hacer frente al cambio climático.

1.2. Los diez principios del Pacto Global:

Los Diez Principios del Pacto Mundial de las Naciones Unidas se derivan de: la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Declaración de la Organización Internacional del Trabajo relativa a los Principios y

Derechos fundamentales en el Trabajo, la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción.

Ellos son los siguientes:

Derechos Humanos:

1. Las empresas deben apoyar y respetar la protección de los derechos humanos fundamentales reconocidos internacionalmente, dentro de su ámbito de influencia.
2. Las empresas deben asegurarse de que sus empresas no son cómplices en la vulneración de los derechos humanos.

Normas laborales:

3. Las empresas deben apoyar la libertad de afiliación y el reconocimiento efectivo del derecho a la negociación colectiva.
4. Las empresas deben apoyar la eliminación de toda forma de trabajo forzoso o realizado bajo coacción.
5. Las empresas deben apoyar la erradicación del trabajo infantil.
6. Las empresas deben apoyar la abolición de las prácticas de discriminación en el empleo y la ocupación.

Medioambiente:

7. Las empresas deberán mantener un enfoque preventivo que favorezca el medio ambiente.
8. Las empresas deben fomentar las iniciativas que promuevan una mayor responsabilidad ambiental.
9. Las empresas deben favorecer el desarrollo y la difusión de las tecnologías respetuosas con el medioambiente.

Lucha contra la corrupción:

10. Las empresas deben trabajar contra la corrupción en todas

sus formas, incluidas extorsión y soborno.

1.3. El Pacto Global - Red Argentina

El **"Pacto Global Argentina"**[285] es la iniciativa de responsabilidad corporativa más grande del país. Empresas, instituciones educativas y organizaciones de la sociedad civil se comprometen a cumplir diez principios para proteger los derechos humanos, para garantizar los mejores estándares laborales, para preservar el medio ambiente y para luchar contra la corrupción.

Entre ellos, la Federación Argentina de Consejos Profesionales de Ciencias Económicas se ha integrado al Pacto Mundial de las Naciones Unidas. Y en nuestra ciudad, el Consejo Profesional de Ciencias Económicas de la provincia de Santa Fe – Cámara 2, es un Consejo Socialmente responsable. En el año 2012, la Comisión Directiva decide incorporar formalmente políticas de responsabilidad social (RSO), un compromiso voluntario con el desarrollo sustentable: a) desarrollar programas de RSO; b) emitir balance social y c) un proceso de sensibilización de la comunidad profesional. Ahora, el CPCE-Cam.2 se encuentra en plena etapa de consolidación (2014-2019).

1.4. El rol creciente de los gobiernos en la sostenibilidad corporativa

Cada vez más crecientemente se reconoce que los gobiernos (a todo nivel) pueden jugar un papel preponderante en la promoción de la sostenibilidad corporativa. Estos ocupan un lugar clave en la formulación de políticas públicas, en el **establecimiento de regulaciones** y **en la fijación de incentivos** que permitan a las sociedades alcanzar los objetivos contenidos en la agenda 2030. El Pacto Global de Naciones Unidas ha establecido su posición en relación al rol de los Gobiernos y la responsabilidad social empresaria o corporativa en 2010. En dicho documento se ha considerado al *"poder suave"* ejercido por los Estados, como la herramienta más efectiva para el involucramiento de las empresas en la agenda de desarrollo a través de la promoción de actividades de responsabilidad social empresaria. Sin embargo, **sigue siendo deber del Estado cumplir, promover y regular las prácticas éticas y castigar los actos de corrupción**, ya sean privados o que involucren al sector público. El documento final

285 https://pactoglobal.org.ar

de la "Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible" ***("El futuro que queremos")*** en 2012, estableció recomendaciones para los gobiernos en particular en sus párrafos 42, 46 y 47.

El **primero de ellos** establece:

> *"Reafirmamos el papel fundamental que desempeñan los órganos legislativos y de gobierno a todos los niveles en la promoción del desarrollo sostenible. Reconocemos los esfuerzos desplegados y los progresos realizados a nivel local y subnacional, y reconocemos también la importancia de la función que esas autoridades y comunidades pueden desempeñar para llevar a efecto el desarrollo sostenible, ya que, entre otras cosas, facilitan la participación de los ciudadanos y los interesados y les proporcionan información pertinente sobre las tres dimensiones del desarrollo sostenible, según proceda".*

Por su **parte el párrafo 46** señala:

> *"Apoyamos los marcos de política y normativos nacionales que permiten a las empresas y la industria promover iniciativas de desarrollo sostenible, teniendo en cuenta la importancia de la responsabilidad social de las empresas".*

El cuerpo de gobierno de la red Pacto Global Argentina ha elaborado un documento con el objetivo de fijar recomendaciones y expectativas en relación a la participación de los gobiernos en la iniciativa, entre las que se encuentra, que los Estados deben:

> "*6- Crear instrumentos legales y disposiciones que funcionen como impulsoras y promotoras de la sustentabilidad en las empresas"*

Así, el 17.09.2014, la diputada Cornelia Schmidt Liermann presentó un proyecto de ley sobre "Empresas Beneficiosas"[286], con anterioridad a la publicación de la ley 26.994 que aprueba el Código Civil y Comercial. Cuenta con tan solo siete (7) artículos, que tienen por objeto efectuar modificaciones a la ley 19.550. **Y luego, el** 06.12.2018 la Cámara de Diputados le dio media sanción al proyecto de Ley de *"Sociedades de Beneficio e Interés Colectivo – BIC"*. Con este proyecto de ley, que ya perdió estado parlamentario y que actualizó en la Parte II de esta ponencia, se proponía la creación de un régimen especial aplicable a cualquier tipo de sociedad —existente o que se constituya en el futuro—, que opte por acogerse a su encuadramiento.

286 Cámara de Diputados de la Nación – 17.09.2014 – Secc D – N° 7353.

2. Sociedades de beneficio e interés colectivo – BIC

El proyecto de ley, Expediente 2498-D-2018[287], que tiene solo DIEZ artículos, establece en su artículo primero:

> *"Serán Sociedades de Beneficio e Interés Colectivo (BIC) las sociedades constituidas conforme a alguno de los tipos previstos en la Ley General de Sociedades N° 19550, T.O. 1984 y sus modificatorias (en adelante "LGS"), y los que en el futuro se incorporen a dicha normativa y/o se creen en forma independiente a la misma,* ***cuyos socios*** *además de obligarse a realizar aportes para aplicarlos a la producción o intercambio de bienes o servicios, participando de los beneficios y soportando las pérdidas,* ***se obliguen a generar un impacto positivo social y ambiental en la comunidad, en las formas y condiciones que establezca la reglamentación****. Las Sociedades BIC se regirán por las disposiciones de la presente ley, la Ley General de Sociedades N°19.550, T.O. 1984 y sus modificatorias, de la reglamentación de la presente y, en particular por las normas que le sean aplicables según el tipo social que adopten y la actividad que realicen".*

La norma establece en su artículo tercero:

> *"A los fines de la adhesión al régimen B.I.C, las sociedades existentes deberán incorporar a su estatuto o contrato social las previsiones que se detallan en la presente ley e inscribir las modificaciones en el Registro Público respectivo. Sin perjuicio del cumplimiento de los requisitos generales exigidos por las normas de aplicación según el tipo social adoptado, tanto las sociedades ya existentes como las que se creen a posteriori de la presente ley, que soliciten adherirse al régimen B.I.C, deberán incluir en su contrato social: a) el impacto social, ambiental, positivo y verificable que se obligan a generar especificando en forma precisa y determinada; y b) la exigencia del voto favorable del SETENTA Y CINCO POR CIENTO (75%) de los socios con derecho a voto para toda modificación del objeto y fines sociales, no correspondiendo la pluralidad de voto".*

En el artículo sexto se ordena la confección de un "Reporte Anual", mediante el cual se acrediten las acciones llevadas a cabo tendientes al cumplimiento del impacto positivo social y ambiental previsto en el estatuto. Reporte anual confeccionado por los administradores y auditado por un profesional independiente y que deberá ser de acceso público. Que exige ciertos requisitos de información que serán establecidos mediante

287 Ver: https://www.diputados.gob.ar/proyectos.

reglamentación, así como las pautas para la realización de la auditoría y los mecanismos de publicidad.

> *"**Control y transparencia**. Los administradores, además de las obligaciones establecidas en los artículos 62 y siguientes de la Ley General de Sociedades N°19.550, T.O. 1984 y sus modificatorias, deberán confeccionar un Reporte Anual mediante el cual acrediten las acciones llevadas a cabo tendientes al cumplimiento del impacto positivo social y ambiental previsto en su estatuto. El Reporte Anual confeccionado por los administradores deberá ser auditado por un profesional independiente matriculado especializado en los ámbitos en los que se pretende lograr impacto positivo social y ambiental. Los requisitos de información que deberá contener el Reporte Anual, así como las pautas para la realización de la auditoría y los mecanismos de publicidad serán establecidos mediante reglamentación".*

El proyecto de ley tiene como objetivo dar reconocimiento a las empresas de triple impacto que son aquellas que integran la creación de valor económico, social y ambiental. Las empresas de triple impacto son un sector clave para evolucionar hacia una nueva economía más inclusiva y sustentable.

A nivel global, los actuales problemas de sustentabilidad, demandan una evolución en la forma de realizar los negocios por parte de las empresas. Por lo que, en este sentido, es conveniente establecer las condiciones que permitan a las mismas focalizarse en la creación de valor económico a largo plazo, generando al mismo tiempo valor social y ambiental.

A nivel mundial, existe una marcada tendencia por parte de los emprendedores a volcarse o elegir —para sus primeras incursiones en el mundo de los negocios—, la ejecución de emprendimientos que no solo tengan como objetivo el lucro, sino también el logro de impacto positivo social y ambiental, que trascienda a distintas generaciones.

Hoy, en nuestro país, estas empresas de triple impacto no tienen un reconocimiento legal que las identifique y proteja, permitiendo así su desarrollo. Ellas ven restringido su desarrollo por distintas limitaciones, entre las cuales se advierte como central la cuestión referida a que las normas legales existentes no permiten reflejar adecuadamente el espíritu de su objeto y su accionar.

El reconocimiento legal que pretende esta ley beneficiaría a:

> *"(i) Emprendimientos de triple impacto (PyMEs y/o grandes empresas) que estén evolucionando a incorporar en sus modelos de negocios la creación de valor económico, social y ambiental; (ii) Inversores de impacto que desean invertir en organizaciones impulsadas por un propósito económico, social y ambiental, y que*

exigen una protección formal en contra del desvío de la misión; (iii) Trabajadores que serán considerados por sus empleadores en la toma de decisiones; y, (iv) La población en general que demanda una economía más inclusiva y la inminente solución a los problemas sociales y ambientales que atraviesa nuestro país contribuyendo de manera sostenida al cuidado y protección de nuestro planeta. ***En lo mencionado precedentemente se encuentra la gran innovación y las externalidades positivas para la sociedad"***[288].

3. ¿Qué es el triple impacto?

El *"Triple impacto"* o de *"Tres pilares"*, que comprende lo *"social, ambiental y económico",* implica direccionar un negocio en una triple línea de resultados que van de la mano, donde perfectamente pueden convivir el lucro (interés social), el interés colectivo (sociedad como comunidad de personas) y el ambiental[289]. En el reconocimiento del "triple impacto" son aspectos fundamentales:

(a) la ampliación del propósito, que bajo la tipología de B.I.C., busca un beneficio económico y al mismo tiempo generar un impacto positivo en la comunidad y el medio ambiente; es decir un triple impacto: económico, social y ambiental; (b) la obligación de plasmar en su instrumento constitutivo en forma precisa y determinada cual es el impacto social ambiental, positivo y verificable que se obligan a generar; (c) dotar al administrador de resguardo frente a acciones o reclamos que pudieran sufrir por decisiones que, si bien pueden generar un beneficio a la comunidad, no persiguen necesariamente maximización de ganancias de sus accionistas como fin único y último. (d) adecuar los deberes de los administradores considerando que deberán tomar en cuenta los intereses a mediano y largo plazo de los actores vinculados al negocio tales como a los socios, empleados, consumidores, la comunidad donde opera la empresa, y el ambiente; actuar en un marco de control y transparencia, mediante la confección de un Reporte Anual mediante el cual acrediten las acciones llevadas a cabo tendientes al cumplimiento del impacto positivo social y ambiental, el cual será de acceso público y auditado por un profesional independiente matriculado especializado en el ámbito respectivo"[290].

288 Fundamentos del Proyecto de Ley de Sociedades BIC.
289 Camerini, Marcelo, "Análisis crítico del proyecto de regulación legal de las sociedades de beneficio e interés colectivo", Revista de las sociedades y concursos, edit. FIDAS, Edición especial, 2019, p. 229 y ss.
290 Fundamentos del Proyecto de Ley de Sociedades BIC.

El proyecto de "Ley de sociedades BIC" posibilitará que, por ejemplo, una Sociedad Anónima (SA) o una Sociedad Anónima Simplificada (SAS) o cualquiera de los otros tipos legales previstos en la Ley 19550 (LGS) pase a ser una "S.A. BIC" o una "S.A.S. BIC" o "S.R.L. BIC". La LGS no se modifica ni se crea un tipo legal nuevo[291]. No introduce un nuevo tipo societario, sino meramente se plantea un marco de especiales intenciones en estas empresas[292]. Esta condición de sociedad BIC podría asimilarse a un subtipo que se correspondería con cualquiera de los tipos previstos en le LGS, sus modificatorias o que en el futuro se incorporen o creen de forma independiente a la misma, en las condiciones previstas[293].

291 Camerini, Marcelo, *op. cit.*, p. 230.
292 Martinez, Marisol, "Conveniencia de su regulación legal. Riguroso beneficio colectivo", Revista de las sociedades y concursos, edit. FIDAS, Edición especial, 2019, p. 233 y ss.
293 *Ibidem*, p. 234.

SOCIEDADES DE BENEFICIO E INTERÉS COLECTIVO - SOCIEDADES BIC O DE TRIPLE IMPACTO. EL COMPROMISO DE NUESTRO PAÍS AL PACTO MUNDIAL DE NACIONES UNIDAS – SEGUNDA PARTE

PEREYRA, Alicia S.

1. Introducción

Respetando las normas impuestas por este congreso, me vi obligada a tratar el tema en dos partes. En esta segunda parte abordo qué es el reporte anual, qué es el balance social y cuáles son los beneficios impositivos que tienen la sociedades BIC.

2. El reporte anual. Comunicación de progreso (COP)[294]

Así como la "Memoria" es un documento donde se detallan los logros, resultados, hechos y objetivos de profundo interés para los accionistas de una compañía, el *Reporte anual* es un informe mediante el cual se acrediten las acciones llevadas a cabo, tendientes al cumplimiento del impacto positivo social y ambiental.

El *Reporte anual* es una *Memoria* que refiere especialmente a la condición "BIC".

En la página web del *Pacto Global- Red argentina*, se establece que todas las empresas que participan como *Participant* o *Signatory* del *Pacto Global*, deben presentar un *Informe de Progreso (COP)* o *Memoria de Sostenibilidad* para permanecer activas en la iniciativa.

Este reporte será de acceso público y auditado por un profesional independiente matriculado especializado en el ámbito respectivo[295].

> "***Este informe es una expresión visible del compromiso de una empresa con la sostenibilidad, y sus grupos de interés; pueden verla en la página de perfil de la empresa"***[296].

294 Ver: https://pactoglobal.org.ar.
295 Ver: https:// www. diputados.gob.ar/proyectos.
296 Ver: https://pactoglobal.org.ar.

De acuerdo con la política de *Reporting*, si no se publica este Informe, el estado del participante cambiará a *Non-communicanting*, lo que puede, con el tiempo, dar lugar a la expulsión de la entidad del *Pacto Mundial de Naciones Unidas* por incumplimiento del compromiso adquirido.

Todas las *Comunicaciones de Progreso* presentadas deben contener, al menos, los siguientes elementos: 1. Declaración del presidente o ejecutivo de más alto rango, expresando su apoyo continuo al Pacto Global y renovando el compromiso constante del participante hacia la iniciativa y sus Principios. 2. Descripción de medidas prácticas, divulgación de normativas, procedimientos o actividades relevantes que las empresas hayan llevado a cabo o planeen realizar, en cada una de las cuatro áreas de Pacto Global. 3. Evaluación de los resultados, grado de avance de los indicadores de desempeño, u otro tipo de evaluación cuantitativa o cualitativa, en relación con las cuatro áreas.

3. El balance social

El *Balance social* o *Reporte social empresarial* o *Reporte de sustentabilidad* es un instrumento estratégico para evaluar y multiplicar el ejercicio de la responsabilidad social y corporativa[297]. Es la herramienta que tiene la organización para comunicar a la sociedad en su conjunto su aporte en materia de recursos humanos y su relación con la comunidad que le permitió crecer y desarrollarse.

De esto se desprende que la información que se brinda tiene impacto interno (empleados y proveedores) y externo (la sociedad, los inversores y accionistas). A través de esta herramienta se informa, se miden y se comparan los distintos aspectos de la empresa y su relación con la sociedad.

Es un complemento al **"Balance Contable/Financiero"** publicado anualmente por la empresa, en el cual se da cuenta de los proyectos, beneficios y acciones sociales dirigidas a los empleados, inversionistas, analistas de mercado, accionistas y a la comunidad en su conjunto. Es también un instrumento estratégico para avalar, difundir y multiplicar el ejercicio de la *Responsabilidad Social Empresaria (RSE)*. En el *Balance Social*, la empresa muestra lo que hace por sus profesionales, dependientes, colaboradores y por la comunidad, dando transparencia a las actividades que buscan mejorar la calidad de vida de quienes la rodean. Es decir, su función principal es hacer pública la responsabilidad social empresarial, construyendo mayores vínculos entre la empresa, su personal y propietarios, la sociedad y el medioambiente.

297 Ver: https://balancesocial.com.

El *Balance Social*[298] es una herramienta que, al ser elaborada por varios profesionales que forman parte de la empresa (ingenieros, contadores, analistas y otros), tiene la capacidad de reflejar y medir la preocupación de la misma por las personas, el medio ambiente y en términos generales, cómo interactúa la empresa vista como una unidad funcional con el resto del mundo.

4. Los beneficios impositivos

La identificación legal de las empresas de triple impacto es el primer paso para que luego puedan surgir beneficios del mercado y de políticas que el Estado pueda implementar, por ejemplo, a través de programas de compras públicas preferenciales o facilidades de acceso al crédito. En el proyecto no se habla de beneficios impositivos sino de reconcomiendo jurídico. No contiene modificaciones a la legislación laboral o impositiva. No otorga beneficios impositivos, **porque su objetivo principal es identificar, reconocer y potenciar las empresas de triple impacto.** Pero es el punto de partida para —luego— lograr beneficios, como, por ejemplo: a) reducir la presión fiscal mediante un sistema de progresividad fiscal, es decir ir pagando más cuando crezcan; b) reducir el costo laboral; c) ampliar el financiamiento para el sector y d) ventajas impositivas para quienes inviertan en proyectos de riesgo.

5. Actualización legislativa

El "Proyecto de Sociedades de Beneficio e Interés Colectivos – BIC" que tiene estado parlamentario es el **Expte. 0737-D-2021** y fue presentado el 17 de marzo 2021 por la diputada del PRO Camila Crescimbeni.

La primera propuesta sobre este tema, fue la que presentó el 17 de septiembre de 2014 la Diputada Cornelia Schmidt Liermann del PRO (CABA) con su proyecto de Ley sobre "Empresas Beneficiosas"[299]. Pero esta iniciativa no prosperó. Según el documento del propio Sistema B "Movimiento Legislativo de Sociedades de Beneficio e Interés Colectivo (B.I.C.) en América Latina"[300],

> "*colectivos de abogados de diferentes países han logrado la presentación de proyectos de ley que, si bien atienden las particularidades de cada legislación, cumplen con un mismo objetivo: replicar los elementos esenciales de la ley modelo de*

298 Ver: https://deres.org.uy.
299 Ver: https://abogados.com.ar/proyectos-de-ley-sobre-empresas-b-en-argentina/18522.
300 Ver: https://academiab.org/noticia/nueva-publicacion-movimiento-legislativo-de-sociedades-de-beneficioe-interes-colectivo-b-i-c-en-america-latina.

Benefit Corporation en diversas jurisdicciones"[301].

"*Detrás de la presentación de cada uno de estos proyectos de ley hay una activa comunidad legal que está pendiente de los nuevos conceptos, términos y estrategias propios de esta legislación. Asimismo, también es posible identificar un grupo más reducido de abogados que lideran estas iniciativas y están en contacto con los parlamentarios que de manera individual o en coalición presentan y promueven la Ley BIC en cada uno de sus países*".

"*El objetivo principal de las leyes es contar con el reconocimiento legal del nuevo modelo de realizar negocios para que los incentivos o beneficios fiscales surjan bottom up desde autoridades municipales o provinciales (por ejemplo, en beneficios en las compras públicas)*".

Más puntualmente, en el caso argentino, el proyecto de Ley sobre Sociedades BIC fue presentado al Congreso de la Nación el 6 de noviembre de 2016 por los entonces ministros Marcos Peña y Francisco Cabrera como un proyecto de ley impulsado por el gobierno del presidente Mauricio Macri. El articulado legal fue elaborado por un grupo de abogados especializados en Derecho Corporativo tanto independientes como de reconocidos estudios jurídicos entre los que destacan Beccar Varela[302] y Curtis, Mallet-Prevost, Colt & Mosle[303]. Para elaborar el texto legal, este grupo se congregó alrededor de Sistema B Argentina y contó con la asesoría de William H. Clark, autor de la legislación modelo de las *Benefit Corporations* en los Estados Unidos de América. En esta Era de la Sustentabilidad, el desafío principal para el grupo conformado por más de 30 abogados de la región es modificar las estructuras legales existentes para apoyar a aquellos accionistas que deseen hacer sus negocios de forma diferente, teniendo como propósito el triple impacto.

La conceptualización jurídica de la Ley BIC argentina ha influido en los proyectos de ley de los demás países en América Latina, en particular, al concebir a las Sociedades BIC como adicionales e independientes a los tipos societarios previstos en la ley. Es posible afirmar que esta innovación a partir del proyecto argentino es la que predomina en América Latina. En 2018 y sin haber llegado al senado, la Ley BIC argentina perdió estado parlamentario. Por ello, el 27 de abril de 2018 fue presentada por segunda vez (expediente 2498-D-2018) por un grupo multipartidario de diputados del PRO de diferentes provincias, a saber, Facundo Garreton (Tucumán),

301 En esta Era de la Sustentabilidad, el desafío principal para este grupo conformado por más de 30 abogados de la región, es modificar las estructuras legales existentes para apoyar a aquellos accionistas que deseen hacer sus negocios de forma diferente, teniendo como propósito el triple impacto. (Cita de la web: https://sistemab.org/comunidad-juridica-global-b/).

302 Ver: https://beccarvarela.com/equipo/.

303 Ver: https://www.curtis.com/our-firm/offices/buenos-aires/team.

Astrid Hummel (Sta. Fe), Carlos Roma (T. Fuego), Leandro López Koenig (Neuquén), Sergio Buil y Ezequiel Fernandez Langan (PBA), y, finalmente, Juan Carlos Villalonga y Marcelo Wechsler (CABA). El 6 de diciembre de 2018 el proyecto de ley fue aprobado por la Cámara de Diputados con 117 votos a favor, 36 en contra y 8 abstenciones. Si bien la aprobación en la Cámara de Diputados a fines del año 2018 fue un impulso para la Ley BIC y el movimiento legislativo en América Latina, el debate en el senado se ha visto obstaculizado por posiciones encontradas entre senadores acerca de la definición de conceptos presentes en el articulado, como el de *"impacto"*. Otro aspecto que dio lugar a debates es que:

> *"Con respecto al control y transparencia, se establece que los administradores deberán confeccionar un reporte anual que acredite las acciones llevadas a cabo tendientes al cumplimiento del impacto positivo social y ambiental. El reporte deberá ser auditado por un tercero independiente matriculado. Aunque no se aclara expresamente, podría suponerse que se trata de un profesional matriculado ante el consejo profesional de ciencias económicas, sin perjuicio de las dificultades que actualmente existen en este ámbito para lograr una adecuada calificación de actividades relacionadas con la sustentabilidad".*

La Ley BIC debía haber sido debatida antes que termine el año legislativo 2020 (febrero 2021) para no perder estado parlamentario. Según lo entendieron algunos abogados en actividades virtuales, el proyecto ya había sufrido modificaciones en el Senado, por lo que debería volver a Diputados para su nuevo tratamiento, por lo que los plazos se extenderán. Lamentablemente, perdió estado parlamentario. Hoy, el "Proyecto de Sociedades de Beneficio e Interés Colectivos – BIC" – Expte. 0737-D-2021, tiene estado parlamentario y espero tenga el amplio tratamiento y debate que se merece.

Este proyecto de ley argentino fue el pionero en América Latina y, sin embargo, el que más tiempo de tramitación ha tenido, ya sea por no ser debatido con prioridad o encontrarse con posiciones encontradas en torno a la propuesta legal que contenía.

6. Llamado a reflexión y debate[304]

Más allá de las críticas que se le hacían a los proyectos anteriores y las que se le harán al actual, los invito a incorporar a vuestras agendas este tema. Reflexionar y debatir acerca de la responsabilidad social y de las "sociedades BIC"; acerca de la posibilidad de que las sociedades y/o empresas persigan, además de su objetivo de generar utilidades o

304 Vitolo, Daniel.

ser rentables, interactuar con otros agentes como son la comunidad, las organizaciones sociales y el medio ambiente, con una legislación que promueve la transformación de la sociedad hacia una nueva economía inclusiva y sustentable.

En especial, porque en el año de pandemia este tipo de empresas no detuvo su avance en el país: su número creció un 17% en 2020, respecto del 2019, con lo que ya llegan a ser 128 las compañías que cuentan con esta certificación, que avala su buen desempeño tanto social como ambiental. Esa cifra se suma a las 659 que existen en América Latina y a las 3720 que se registran en el mundo. Pedro Friedrich, copresidente del directorio de la fundación Sistema B Argentina, dice que en 2020 las empresas B del país contaron con un total de 7712 empleados y lograron una facturación total acumulada de más de US$600 millones. *"Las compañías que se certifican no son perfectas, pero toman un compromiso de mejora continua y ponen el propósito empresarial en el centro de su modelo de negocio",* explicó.

> *"Ya no alcanza con no generar un daño, sino que ahora es necesario provocar un impacto positivo que transforme el ambiente y la sociedad. 'Por ejemplo, está la empresa Xinca, que fabrica zapatillas a partir de la recuperación del caucho destinado a desperdicio. Así, evita la contaminación, da trabajo a grupos vulnerables y produce calzado para comercializar', comenta Connolly".*

La Argentina está a la vanguardia en la región en lo que se refiere a empresas BIC, un esquema que, incluso, le da beneficios al Estado, porque, al apoyar a estas firmas y comprarles, está cumpliendo también con estándares ambientales y sociales (y con la Agenda 2030, cuyo cumplimiento también debe reportar ante las Naciones Unidas). Una de las obligaciones que tienen las empresas BIC es medir y reportar su impacto, y eso ayuda a generar transparencia en el mercado y la creencia de que estas compañías están realmente haciendo lo que dicen. "*Cada dos años existe la recertificación, por lo que se exige la mejora continua*". Si bien el país está a la vanguardia en cantidad de empresas BIC a nivel regional, eso no quiere decir que ocupe la misma posición en cuanto a la captación de inversiones con ese destino. Al abrir el panorama, se ve que América Latina siempre fue el segundo o tercer destino. Ahí están en el podio Brasil (capta el 25% de la inversión regional), México y Colombia. Después vienen Chile y Perú. Y la Argentina entra en una tercera categoría, donde se dieron pasos importantes, pero aún faltan condiciones para que florezca la inversión.

"En la Argentina, si bien hay un impulso desde hace unos años, con actores relevantes dentro del ambiente financiero (bancos, familias, fondos), están difíciles las condiciones de mercado. El problema en este

país es que la alta volatilidad macroeconómica hace que sea inviable cualquier tipo de inversión"[305]*. "Pertenecer a este movimiento, es formar parte y crear una nueva economía, donde las empresas estamos al servicio de la sociedad y de la naturaleza, y no al revés. Significa promover cambios necesarios para el bienestar social e invitar a más compañías a que se sumen a este propósito de construir un mundo mejor", concluye la ejecutiva.*

305 Subraya María Laura Tinelli, directora de Acrux Partners, firma especializada en inversión de impacto. *"Además, acá no hubo demasiados incentivos para que los inversores colocaran capital en empresas B",* agrega. Según destaca Tinelli, a nivel local hay algunos casos de éxito de inversores que apuestan en distintas etapas. "*Está Puerto Asís, pionero en invertir en una gama de compañías y en ayudar a desarrollar el mercado; el fondo NXTP, que invierte en tecnología; aparecen algunos bancos, y también ciertas agencias de inversión de las provincias (San Juan y Mendoza son muy interesantes)",* detalla la especialista. Una de las empresas B en el país es Natura. Paola Nimo, gerente de Sustentabilidad de Natura Argentina, cuenta que esa certificación los "desafía a perseguir el triple impacto" y que eso sea posible e inherente al modelo de negocios, obteniendo no solo resultados económicos, sino también impacto social y ambiental al mismo tiempo. Miguel Devoto, gerente general de Danone Specialized Nutrition, dice que en Nutricia Bagó se basan en la investigación científica para dar soluciones y servicios nutricionales en momentos claves de la vida de cada persona. "Ese es el propósito que nos mueve en búsqueda de generar impacto positivo en la sociedad, y desde ahí es que nos medimos y evaluamos siendo empresa B certificada", afirma. En el mismo grupo, Agustín Mostany, gerente general de Aguas Danone, dice que desde 2017 también miden y evalúan su gestión con el propósito de mejorar día a día, conscientes de que el modo en el cual impactan es lo que los diferencia.

INTERVENCIÓN JUDICIAL DE UNA PERSONA JURÍDICA EN CONCURSO PREVENTIVO. CUESTIONAMIENTOS CON RESPECTO A LA COMPETENCIA Y LA NORMATIVA APLICABLE AL CASO

TOMICH, Analía L.

Ponencia

En este trabajo se intenta mencionar algunos de los conflictos que pueden plantearse frente a la actividad infiel de la administración societaria que pone en peligro la continuidad e integridad de esa persona jurídica, que merece la aplicación de algún tipo de solución o medida precautoria, y que además se encuentra tramitando su concurso preventivo.

Cuando la persona jurídica que desvía su administración en perjuicio de socios y terceros está además en cesación de pagos con un concurso en progreso, pueden plantearse dudas en cuanto a cuál será la legislación aplicable, en virtud de que ambas legislaciones, la societaria y concursal, prevén soluciones a tales hechos. Determinar también quiénes son los sujetos legitimados para solicitar la medida y el juez competente que entenderá. A través del análisis de algunos fallos, se trata de desentrañar cuál ha sido la respuesta jurisdiccional a estos conflictos.

Desarrollo

La intervención de una persona jurídica está prevista como medida cautelar excepcionalísima cuando pueda acreditarse que, a través de la administración de la sociedad, se actúa poniendo en peligro su continuidad o su integridad. Debe siempre interpretarse como extraordinaria, ya que permite la intromisión de un tercero en la actividad orgánica de la persona jurídica[306], e implica la derogación de la voluntad social, ya que en estos casos es el interventor designado judicialmente quien toma el lugar de los administradores desplazados.

Ante esta grave situación, la ley societaria establece un régimen de excepción que permite esta intrusión en la actividad del órgano para que el tercero informe sobre las pretendidas irregularidades, concurra

306 Roitman, Horacio (director), "Intervención judicial", *Revista de Derecho Privado y Comunitario - Sociedades Anónimas*, Editorial Rubinzal-Culzoni; Buenos Aires; 2000; pp. 242/3.

a la administración o —en los casos más severos— sustituya a los administradores naturales, en virtud de una resolución judicial. La figura de la intervención judicial aparece entonces como medida cautelar complementaria de la acción de fondo.

Para Sebastián Balbín, la pertinencia de la intervención judicial debe ser siempre apreciada por el juez con criterio restrictivo, dándole carácter de instituto cautelar societario de excepción. Abonan el apuntado criterio razones de prudencia económica, atento el daño que puede ocasionar al prestigio comercial de la sociedad una intervención que tome estado público[307].

Entre los sujetos legitimados para pedir la intervención como medida cautelar, se encuentran los socios (art. 114 LGS) y la autoridad de control (art. 303, inc. 2 LGS), en el caso de las sociedades comprendidas en el artículo 299 de la LGS y también como excepción en los supuestos del artículo 301. Estas sociedades están sometidas a un control estatal permanente, justificado ello en que las mismas captan ahorro del público, por la actividad que desarrollan, por su integración o por la importancia que tengan en razón de su capital.

Esta autoridad de control, que en la provincia de Santa Fe es la Inspección General de Personas Jurídicas (en adelante, IGPJ), está facultada para solicitar *al juez del domicilio de la sociedad* —entre otras medidas— la intervención judicial de la administración de la persona jurídica ante la violación de la ley, estatuto o reglamento, cuando lo considere necesario, debiendo fundar la resolución en resguardo del interés público.

Ahora bien, puede ocurrir que la persona jurídica objeto de esta sanción se encuentre tramitando su concurso preventivo, que —como proceso universal con normas procesales propias— tiene particularidades especiales, se resaltan entre ellas el fuero de atracción[308].

Como otra característica saliente del concurso preventivo, también se encuentra que, al ser un proceso de reorganización empresarial y de negociación con sus acreedores, la administración de la empresa concursada sigue en manos de sus administradores naturales, aunque con las limitaciones que la ley concursal le impone en virtud del llamado *desapoderamiento atenuado*. Esto significa que el concursado conserva la administración, aunque con ciertos condicionamientos, como son la vigilancia del síndico, la prohibición de realizar actos que excedan la administración ordinaria salvo autorización judicial, y la imposibilidad de alterar la situación de los acreedores de causa o título anterior a la

307 Balbin, Sebastián, *Los caminos del disenso. Ejercicio de la acción en materia societaria y tutela del derecho de la sociedad y de los socios*. Tesis presentada en la Facultad de Derecho de la Universidad Austral para optar al título de Doctor en Derecho, 2015, pp. 51/2.
308 Junyent Bas, Francisco, *Manual de Derecho Concursal*; Advocatus; 1ª ed., 2016, p. 17.

presentación en concurso[309].

Ello nos lleva a preguntarnos, para el caso que estos administradores de una empresa en concurso preventivo realicen actividades compatibles con la sanción de intervención societaria, cuál es el juez competente para entender en dicho dilema. Es decir, ¿corresponde que sea el juez del juicio universal quien decida la medida cautelar en virtud del fuero de atracción?

Es, entonces, ineludible la indagación en cuanto a la naturaleza de la sanción a aplicar en virtud de la especial situación patrimonial del sujeto. La medida, ¿debería enmarcarse en los presupuestos de la Ley General de Sociedades? ¿O acaso debería hacerse uso de las herramientas legales que prevé la ley 24.522 en relación a la administración y aplicar su régimen sancionatorio? También es lógico preguntarse respecto del sujeto con legitimación activa para proponer esta medida. ¿Queda exclusivamente en manos del síndico o, en su caso, del comité de control la vigilancia sobre la actividad del concursado, analizando si su accionar merece una sanción? ¿Habrá que esperar el accionar de estos funcionarios o sujetos concursales? ¿O acaso queda exclusivamente en cabeza de los socios y de la autoridad de control?

En el caso del síndico, sería un grave incumplimiento de sus funciones no realizar este tipo de vigilancia respecto de lo que puede o no hacer el concursado. Podrían caberle sanciones e incluso la remoción de su cargo. Pero ¿qué se puede esperar del comité de control cuando muchas veces ni siquiera logra conformarse en su totalidad? ¿Hay sanciones que le quepan por esta falencia en su control? Puede deducirse que no, aunque se encuentran opiniones en contrario en virtud del reenvío que realizan los artículos 260 al 255 de la LCQ.

En cuanto al organismo de control, debe entenderse que no se ve relevado de su obligación de vigilar a las personas jurídicas bajo su supervisión cuando la misma se encuentra transitando un concurso preventivo.

Y concibiendo que hay una afectación del patrimonio concursal como conjunto, aunque no esté específicamente incluido en las previsiones del fuero de atracción, tal postulación debería tramitar por ante el juez del concurso.

En la justicia rosarina encontramos un caso que involucró tales interrogantes. En ese antecedente, el juez del concurso preventivo aceptó su jurisdicción por entender que, al tramitarse el concurso preventivo en sus estrados (se encontraba en etapa de cumplimiento del acuerdo homologado, bajo la vigilancia de la sindicatura por haber fracasado la con-

309 Rivera, Julio César, *Instituciones de Derecho Concursal*; Rubinzal-Culzoni Editores, Tomo I; 1996; p. 213.

formación del comité de control), el planteo efectuado por la autoridad de contralor tenía por objeto la preservación del patrimonio de la concursada, reconociendo en su resultado un esencial interés para la masa de acreedores. El juez precisó en su fallo: "*La conexidad con el proceso universal de la entidad no significa que la medida requerida* (por la autoridad de control) *deba examinarse dentro del ámbito de la ley 24.522, sino en el propio marco que la ley 6.926*[310] *le otorga a la justicia provincial. Esto es, las constancias del expediente sobre concurso preventivo serán tenidas en cuenta como un dato más de los que deben merituarse en orden a formar la convicción del Tribunal, pero no es dentro del régimen falimentario que se inserta la cuestión*"[311].

Puede concluirse entonces que en el caso no se hizo uso de la herramienta del fuero de atracción regulado en el artículo 21 de la LCQ para permitir la jurisdicción concursal, sino que el nexo estuvo dado por el evidente interés patrimonial de la medida y la protección de los acreedores. También, que se ha dejado de lado la atribución de competencia que prevé la ley 6.926, que recae en el juez del domicilio de la entidad, lo que hubiera supuesto en el caso mencionado su asignación por sorteo a cualquiera de los 18 juzgados civiles y comerciales de distrito de la ciudad de Rosario. Lo que tampoco se puede soslayar es el carácter meramente societario de la medida, en virtud de no haberse hecho uso de las infracciones previstas en las normas concursales referidas a la administración y el llamado *desapoderamiento atenuado*.

Con mayor trascendencia pública, puede observarse que la misma IGPJ de Santa Fe se presentó *dentro* del expediente concursal de Vicentín S.A.I.C.[312], no ya como una acción autónoma, aunque con conexidad con el concurso. Solicitó la misma medida —intervención—, aludiendo expresamente a los artículos de la ley 6.926 y a los artículos 299, 303 y concordantes de la LGS. En su presentación, el organismo estatal consideró: "*En el mecanismo de la ley general de sociedades, esa intervención debe requerirse al Poder Judicial*"[313], descontando desde ya la competencia del juez concursal.

310 Corresponde aclarar que resulta de aplicación al caso exclusivamente la ley 6.926 de creación de la Inspección General de Personas Jurídicas en Santa Fe (IGPJ), por tratarse de la solicitud de intervención de una asociación civil bajo la fiscalización de dicho organismo y, por lo tanto, aplicable su artículo 4, inciso 11, punto 2, que dice: "Art. 4: Está autorizado para: […] inc. 11: Solicitar al juez competente del domicilio de la entidad […] 2: Respecto de las asociaciones con personería jurídica: […] b) La intervención cuando hubiera constatado actos graves que importen violación de ley, estatuto o reglamentos o la medida resultara necesaria para la protección del interés público".

311 "Inspección General de Personas Jurídicas Santa Fe c/ Soc. Benef. Hospital Italiano Garibaldi s/ Intervención de sociedad"; CUIJ 21-02844415-7; Juzgado 1° Inst. Civil y Comercial 7ª. Nom. Rosario.

312 "VICENTIN S.A.I.C. S/ Concurso preventivo" CUIJ 21-25023953-7; Juzg. 1ª. Inst. Civil y Comercial 2ª. Nom. Reconquista (Santa Fe).

313 Del escrito presentado por la IGPJ de Santa Fe en el expediente mencionado.

En efecto, si bien fue el juez del concurso quien ordenó correr vista de las actuaciones al organismo de control para que se impusiera de la particular situación de autos[314], el remozado pedido de intervención planteado por organismo de control se transformó en un *pedido autónomo de intervención*, esta vez en el marco de las leyes provinciales y de los artículos 303 y concordantes de la LGS. Es decir, ante el fracaso de la "intervención presidencial" intentada por DNU, se trató de lograr el mismo fin por este medio y no a través de una acción incoada ante el juez del domicilio de la sociedad, sino ante el juez concursal.

El juez del concurso, al analizar la procedencia de la medida cautelar, menciona: "*No se trata de una acción de derecho público sino de derecho privado, razón por la cual el procedimiento no es el contencioso administrativo, sino el correspondiente ante el tribunal de comercio competente en el domicilio de la sociedad cuya intervención se solicite. Por ello, la acción debe ser tramitada al no tener un proceso especial determinado, por la forma del juicio sumario conforme lo establece el art. 15 de la LSC*"[315] y que corresponde que tramite ante la competencia concursal por tratarse de una persona jurídica en concurso preventivo. Es por ello que el juez instruye la formación de un incidente —regulado en este caso por los artículos 280 y siguientes de la LCQ—, y se destaca la alusión al artículo 17 de la LCQ, dándole así un marco concursal a la medida, más allá del encuadre societario pedido por el organismo de control. Hemos de encontrar en este punto una diferenciación de criterios entre los casos analizados.

A modo de conclusión, se puede afirmar que la intervención de sociedades solo puede ser dictada por un juez ante situaciones excepcionales, no ante escenarios normales o cotidianos de administración societaria, sea que la sociedad esté *in bonis* o en cesación de pagos. Frente a tales casos, la autoridad de control deberá fundar en su resolución correspondiente, las causales que motivarán la presentación judicial, y su intervención tendrá por objeto remediar las causas que la motivaron y, si ello no fuera posible, su disolución y liquidación (art. 303, ley 19.550)[316]. Pero ante el estado concursal de la sociedad, corresponde dilucidar cuál es la normativa aplicable, siendo que ambas —LGS y LCQ— prevén esta situación anómala con algunas diferencias, cambiando los sujetos

314 En resumidas líneas: la determinación a través de un DNU de la intervención "presidencial" del órgano de administración de la sociedad Vicentín SAIC; el pedido de los directores desplazados para ser repuestos en sus cargos, invocando la inconstitucionalidad del DNU; la decisión del juez de reinstalar a los administradores naturales de la sociedad concursada que surgen de la última asamblea ordinaria de accionistas, previa prestación de contracautela. Todo ello en el marco de una medida autosatisfactiva.

315 Auto Nro. 211 de fecha 24/06/2020 dictado dentro de "VICENTIN S.A.I.C. S/ Concurso preventivo" CUIJ 21-25023953-7; Juzg. 1ª. Inst. Civil y Comercial 2ª. Nom. Reconquista (Santa Fe).

316 Nissen, Ricardo, *Ley de Sociedades Comerciales*, Ed. Astrea, Buenos Aires, T. 2, p. 69.

legitimados para el control. Considero que no son incompatibles ni excluyentes. La gravedad de la situación planteada amerita que, ante la inactividad de uno u otro, se permita igualmente proteger los derechos de terceros. Habrá que analizar, respecto de la sindicatura concursal, si le cabe además alguna responsabilidad por la falta de control en la administración de la sociedad, cuando es su función específica, conforme la ley concursal (artículo 15 LCQ).

En los procesos concursales, las medidas cautelares tendientes a la defensa de la integralidad del patrimonio del deudor y en interés de la pluralidad de acreedores deben ser admitidas con mayor énfasis, incluso por vía del dictado de medidas cautelares atípicas. Si ello provoca conflictos de competencia, se ha expresado que el juez del concurso debe considerar la vinculación de lo solicitado con la tutela de la integridad del patrimonio del deudor, con la buena marcha del trámite concursal hacia su finalidad específica, y así resolver el fondo de la cuestión[317].

317 Cfr. Kemelmajer de Carlucci, Aída, "Cuestiones de competencia en las medidas urgentes en el concurso", *RDPyC*, 2002-3, "Concursos-I", Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2003, p. 59; Prono, Ricardo S., *Derecho concursal procesal. Adaptado al Código Civil y Comercial*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2018, 2ª ed., pp. 656 y ss. Citado por: Prono, Ricardo S.; *Análisis de las resoluciones del caso "Vicentin" y el resguardo de las instituciones de la república*, La Ley, AR/DOC/2261/2020.

LA PROTECCIÓN DE LAS MUJERES Y JUZGAMIENTO CON "PERSPECTIVA DE GÉNERO" EN LOS PROCESOS CONCURSALES

SPAGNOLO, Lucía

I.- Introducción

Son numerosos los casos de fraude a la sociedad conyugal, pero sobre todo en materia de insolvencia ficticia con el fin de lograr, a través de la conclusión del proceso universal, una sentencia que revista al acto fraudulento o simulado de cosa juzgada material.

Los típicos casos son aquellos que se producen en violación a la gananciali dad conforme lo normado en los artículos 465,470, 471 y ccdtes. del Código Civil y Comercial de la Nación.

Entre ellos se ubican los casos de creación de sociedades *off-shore*, desconocidas para la mujeres, con el fin de extraer las utilidades generadas en la sociedad conyugal, que solo el cónyuge que dispone de la caja puede disponer inaudita parte, y ocultar así las ganancias generadas durante el matrimonio.

Pero más aún, y sin perjuicio de la especificidad de la legislación concursal, es necesario resaltar la obligatoriedad en materia aplicativa de las convenciones internacionales que prohíben y modifican toda legislación nacional que repugne o contradiga los derechos humanos.

En cuanto a ello, el artículo 75, incisos 22 y 23, establece en el punto en particular en materia de género, por un parte la ejecutividad normativa de los convenios y por la otra, la implicancia de la normativa de discriminación positiva.

La presente ponencia tiene como objetivo visibilizar y evitar cuestiones fraudulentas y abusivas en el proceso universal y que atañe directamente como vulnerable al género femenino.

Las diversas tipologías podrían abarcar a la mujer como excónyuge en distintas situaciones como: en un concurso preventivo propio, o bien en un concurso individual de su exesposo, o también, en un concurso de la sociedad en que el exesposo sea integrante de la empresa concursada.

Por su parte, en caso de ser el peticionante del proceso universal una persona física, se debe indagar en el caso de denuncia de fraude la misma

y ampliar el espectro de la información a través de sistemas tecnológicos que verifiquen la existencia de bienes en el exterior a través de fraude a la ley argentina.

El retardo en la toma de conocimiento de los ardides ocultados por los concursados no puede ser óbice para que las jurisdicciones competentes establezcan una necesaria investigación previa del tribunal interviniente que juzgue, ya abierto el proceso, cuestiones que se susciten en el devenir del mismo, con perspectiva de género.

II.- La protección de la mujer

La reforma constitucional de 1994 incorporó directamente a la Constitución Nacional ciertos tratados de derechos humanos (art. 75, inc. 22, segunda parte), y reconoció los derechos de niños, mujeres, ancianos y personas con discapacidad (art. 75, inc. 23).

Por su lado, el Código Civil y Comercial de la Nación del año 2015 marcó un cambio de paradigmas al modificar esa igualdad abstracta, basada en la neutralidad respecto de las asignaciones previas del mercado, para convertirla en una igualdad concreta y real[318].

El Código establece un sistema de derecho basado en principios y reglas y se "constitucionaliza" el derecho privado, lo que permite aplicar directamente normas superiores, constitucionales o convencionales.

Respecto de las mujeres, luego de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés)[319], la Convención Belém do Pará[320], la Convención de Viena[321] y la IV Conferencia Mundial sobre la Mujer de Beijing (1995), se adoptó la "Declaración y Plataforma de Acción de Género" en la cual se dejó expresamente consensuado que la transversalización de la perspectiva de género es una obligación para el desarrollo de políticas públicas por

318 Higton, Elena I. "Título Preliminar del Código Civil y Comercial. Principios generales del Derecho Argentino", en "Claves del Código Civil y Comercial", número extraordinario de la *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Ed. Rubinzal Culzoni, Bs.As. 2015, pp. 18 y ss.

319 "Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women", aprobada en diciembre de 1979, mediante resolución 34/180 de la Asamblea General de Naciones Unidas. Tuvo su incorporación a nuestra legislación interna a través de la ley 23.179 desde junio de 1985, elevada a jerarquía constitucional en 1994 (art. 75, inc. 22, CN), dándole preeminencia como derecho humano.

320 Convención Belém de Pará. Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer.

321 Convención de Viena, "Los derechos de las mujeres, son como los derechos humanos en general, inalienables indivisibles, interdependientes y universales" (ONU 1993). Incorpora e iguala en jerarquía a los derechos de las mujeres como los derechos humanos plasmados en la CIDH.

parte de los Estados[322].

Además, el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas establece anualmente análisis de campo en diversos países y la aplicación de políticas de género. En particular, el informe de 2019 dio una suerte de resultados que determinaron que las políticas de diversidad en las empresas mejoran sustancialmente la convivencia, la rentabilidad y la convivencia pacífica grupal[323].

La importancia de las diversas convenciones ha sido resaltar la desigualdad constante e histórica que ha tenido la mujer en materia de derechos sociales, económicos, laborales, salariales, entre otros, en relación a los hombres[324].

322 https://www.unwomen.org/es/how-we-work/intergovernmental-support/world-conferences-on-women.

323 Animar a las organizaciones y equipos de las Naciones Unidas en los países a seguir avanzando en la aplicación integral del Plan de Acción para Todo el Sistema 2.0 y el sistema de calificación sobre la igualdad de género, por ejemplo ajustando mejor los resultados, los compromisos, las iniciativas de desarrollo de la capacidad y la asignación de recursos financieros; h) Mejorar el apoyo integral para incluir la igualdad de género y empoderar a las mujeres como prioridad singular por derecho propio y cuestión transversal en los procesos de planificación estratégica de los equipos de las Naciones Unidas en los países, sus marcos y sus orientaciones, ejerciendo el liderazgo por conducto de los coordinadores residentes y los equipos en los países para que, al elaborar los análisis comunes de los países y los marcos de cooperación, se tengan en cuenta los requisitos mínimos acordados por el Grupo de las Naciones Unidas para el Desarrollo Sostenible en el marco del sistema de clasificación sobre la igualdad de género; i) Invertir recursos humanos y financieros suficientes para incorporar la perspectiva de género, en consonancia con los compromisos institucionales contraídos en materia de igualdad de género y empoderamiento de las mujeres y con las aspiraciones en el ámbito de la igualdad de género enunciadas en la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible; j) Coordinar los sistemas y procesos internos para financiar la igualdad de género, lo que implica entre otras cosas incorporar plenamente la perspectiva de género en estas iniciativas e incluir marcadores de género al diseñar los fondos mancomunados y mecanismos financieros innovadores, atendiendo a las recomendaciones del equipo de tareas de alto nivel sobre financiación para la igualdad de género, la Estrategia del Secretario General sobre la Financiación de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible y el Equipo de Tareas sobre la Financiación Digital de los Objetivos de Desarrollo Sostenible; k) Promover el desarrollo y la implantación de un marcador armonizado de igualdad de género para todo el sistema de las Naciones Unidas, incluida la Secretaría, y mejorar los informes de los equipos en los países sobre el marcador de igualdad de género incorporado en UN Info, definiendo metas financieras para asignar recursos a la igualdad de género y el empoderamiento de las mujeres y las niñas; l) Acelerar y sostener el progreso en pos de la estrategia para todo el sistema sobre la paridad de género a nivel institucional y en los países, entre otras cosas aumentando la flexibilidad en el lugar de trabajo, introduciendo políticas de conciliación familiar y adoptando normas de conducta aplicables a todo el personal, en consonancia con las directrices para crear un entorno propicio en el sistema de las Naciones Unidas.

324 Ver sobre el tema: Spagnolo, Lucía y Fernández de Andreani, Patricia: "La IGJ marca tendencia", *Doctrina Societaria y Concursal*, Errepar (DSCE)XXXI, septiembre 2020; Spagnolo, Lucía, "Contratación pública y paridad de género, situación y propuesta reglamentaria" en *Por la igualdad efectiva y real de las mujeres*, Editorial Depalma, en prensa; Spagnolo, Lucía y Fernández de Andreani, Patricia. *Avanza la diversidad en las sociedades comerciales*, en prensa, Editorial Errepar.

En nuestro país, se ha sancionado la ley 26.485[325], que establece la protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia de mujeres en los ámbitos donde se desarrollen sus relaciones interpersonales, y tiene calificación constitucional de conformidad a los artículos 75, inciso 22, y 23 de la Constitución Nacional.

III.- El juzgamiento con perspectiva de género

El fenómeno de la "juridización" de la Constitución y la incorporación a las convenciones humanitarias trajo consigo el ascenso, bajo forma de principios y valores de textura abierta y conceptualización indeterminada, de derechos y situaciones antes relegadas a los preceptos infraconstitucionales.

Quedaron así disponibles anchos márgenes para la interpretación judicial intersticial y aun creativa, acicateada por la imposición constitucional del deber de asegurar y tornar efectivos los derechos constitucionales en concreto[326].

La fe en los magistrados es una nota propia del activismo procesal civil democrático[327].

En ese ámbito aparece el juzgamiento con "perspectiva de género", que es un método que busca modificar la forma de comprender a la realidad a partir del género como categoría de análisis. Y hoy es una obligación para los jueces, en tanto la CEDAW y la Convención de Belém do Pará fueron incorporadas a nuestro derecho interno como normas internacionales[328].

Dicho juzgamiento implica un procedimiento especial de razonamiento jurídico para la búsqueda de compensación de las desigualdades, incluida la variación de la carga de la prueba.

También exige investigación. Hemos afirmado oportunamente[329] que la información es el eje del sistema concursal, pero además la investigación

325 https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/ley-26485-152155.
326 Berizonce, Roberto Omar "El principio general del abuso de derecho y su incidencia en el ordenamiento procesal", en *Revista de Derecho Procesal* 2015, número extraordinario "Introducción a las normas procesales del Código Civil y Comercial de la Nación", Ed. Rubinzal Culzoni, Bs.As-Sta.Fe, 2015, p. 41.
327 Peyrano, Jorge W. "Sobre el activismo judicial" en *Activismo y garantismo procesal*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, p. 12.
328 Ver Fappiano, Oscar L. "Juzgar con perspectiva de género. Pautas dadas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación", LL AR/DOC/3719/2020; Medina, Graciela "Juzgar con perspectiva de género…" (www.pensamientocivil.com.ar/system/files/2018/09/Doctrina3804.pdf); Fernandez, Patricia "La perspectiva de género en las resoluciones judiciales", La Ley, Gran Cuyo, año 26, febrero 2021, AR/DOC/122/2021.
329 Favier Dubois, Eduardo y Spagnolo, Lucía, "Herramientas Legales para el Síndico Concursal" Editorial Ad-Hoc, Bs. As. 2012.

permite efectivamente tomar conocimiento de la situación real, tanto patrimonial como contable.

Si bien la letra pura y dura de la ley es limitada en materia de recaudos exigibles, tiene amplitud en relación a las facultades.

Más allá de que debería ser una práctica constante la exigencia por parte de la sindicatura a los/las concursados/as, el requerimiento da mayor otorgamiento de sustento documental ante la menor incertidumbre que indique falsedades en el proceso, violencia o discriminación.

IV.- La aplicación en materia concursal

El activismo judicial propio del derecho de familia se proyecta sobre todos los rincones del sistema jurídico nacional[330], máxime considerando las atribuciones oficiosas y los amplios poderes pacíficamente reconocidos a los jueces concursales[331].

En el concurso preventivo, en el cual sea denunciado un crédito por alimentos, entre otros, provenientes de acciones de familia, debe existir un compromiso por parte de los funcionarios llamados a intervenir en el proceso universal de investigar y juzgar esos procesos con perspectiva de género.

Es imprescindible desde el rol sindical el análisis particularizado de los créditos que intentan insinuarse.

De ahí que resulte sustancial cuál es la opinión de la sindicatura, al presentarse un crédito que pretende ser parte del pasivo, más allá del estado en que se encuentren los procesos de divorcio y los patrimoniales que deriven de él.

Para mantener incólume el orden público concursal es preciso desmitificar el requisito sustancial de "estado de cesación de pagos" cuando resulta ser un proceso ficticio para evadir derechos reconocidos, tales como los alimentarios o convenios patrimoniales de separación de bienes.

El control de convencionalidad como deber de oficio a practicar por los jueces locales, además de todos los órganos del Estado, se concreta a partir de 2006 con una serie de sentencias, resoluciones y opiniones

330 Peirano, Jorge W. "Algunas facetas activistas del derecho de familia resultante de la sanción del código civil y comercial", en *Revista de Derecho Procesal* 2015, número extraordinario "Introducción a las normas procesales del Código Civil y Comercial de la Nación", Ed. Rubinzal Culzoni, Bs.As-Sta.Fe, 2015, p. 87.
331 Junyent Bas, Francisco y Molina Sandoval, Carlos A. "Facultades del juez concursal", Ed. Advocatus, Córdoba 2004, p. 193; Prono, Ricardo S. "Derecho Concursal Procesal. Adaptado al Código Civil y Comercial", Ed. La Ley, Bs.As., 2017, p. 54.

consultivas de la Corte IDH[332].

Por eso, ante cualquier tipo de planteo que refiera a créditos derivados de las relaciones de familia, provenientes del fuero específico, los jueces deben despojarse de estereotipos formales, interpretando no solo la ley concursal en todos sus tópicos, sino aplicando lisa y llanamente la Constitución Nacional ante la existencia de créditos derivados de la tipología indicada.

Deberá estarse a la legislación interna y a los convenios internacionales que tutelan toda violencia económica, psicológica, entre otras, en relación a la defensa de los derechos de las mujeres, comprendidos en las convenciones de derechos humanos.

Pero debemos destacar para qué traemos el análisis de esta ponencia.

La respuesta está en hacer visible la "distribución desigualitaria del poder". Por siglos el poder ha recaído en el patriarcado, sin tener en cuenta la voz de las mujeres. Y en ese sentido el ámbito preciso fue y es su exclusión en el desarrollo de la actividad económica.

A pesar de ello, la mujer ha acompañado ese poder a través de las tareas de cuidado, hoy reconocido como "trabajo de cuidado".

Como consecuencia, consideramos que, en caso de concurso preventivo, los créditos contra el deudor, derivados de sociedades de hecho, relaciones familiares o de uniones convivenciales (liquidación de sociedad conyugal, división de condominio, compensaciones, alimentos, etc.) no resultan alcanzados por la novación concursal; el concurso es inoponible a los mismos.

En caso de quiebra, dichos créditos no están alcanzados por los efectos de la rehabilitación y deben ser pagados antes del pago de los privilegios, con fundamento en el criterio de vulnerabilidad.

En definitiva, la tutela del crédito, la condición de vulnerabilidad de la mujer y el orden público familiar se encuentran por encima del orden público concursal.

No podría ostentar o interferir ningún otro crédito privilegiado antes que los señalados.

En tal sentido, ante la existencia de deudas provenientes de esas relaciones, la ley 26.485 de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres, establece en su artículo 3 el derecho de la mujer a vivir una vida sin violencia, tanto física, psicológica, económica y patrimonial. Es decir, violencia en todas sus formas.

332 Sagües, Néstor "Los abogados frente al control de convencionalidad", La Ley 4.02.2021.

Y más aún cuando en su artículo 16 les otorga a las mujeres derechos y garantías mínimas en el proceso judicial.

Esto es, los tribunales concursales deben dar efectivo reconocimiento a los derechos que ampara la legislación indicada juzgando con "perspectiva de género".

V.- Dar un paso adelante

Como un valioso precedente, en materia de tutela de la excónyuge frente al concurso preventivo del exmarido, puede citarse el caso "V., M.J. s/ Quiebra", del 28-9-2009 de la C.N.Com. Sala C[333], donde, respecto de créditos verificados por una sentencia de liquidación de sociedad conyugal y alimentos contra la exesposa e hija, la Fiscalía de Cámara en un excelente, exhaustivo y minucioso dictamen pidió la nulidad del acuerdo preventivo basada en que todo el proceso había implicado violencia de género y discriminación contra la mujer invocando la ley 26.485.

La Sala rechazó el pedido por tratarse de una apelación y ante la falta de impugnación temporánea por nulidad, pero dispuso la inoponibilidad de la homologación a la excónyuge del fallido considerando el carácter de orden público de la liquidación de la sociedad conyugal, los límites de los acreedores sobre el patrimonio del cónyuge y las particularidades del caso, donde el otro acreedor importante era una sociedad *off-shore* que se sospechaba representaba al propio fallido.

De todos modos, ese caso fue importante, pero no tuvo en cuenta el género —ya que podría haberse dictado igual aun cuando el verificante fuera el marido y no la mujer—, sino que atendió al régimen de la sociedad conyugal y a los indicios de fraude.

Frente a ello, resulta indispensable avanzar con la perspectiva de género en materia concursal en búsqueda de soluciones que consagren una real igualdad y que terminen con la violencia y la discriminación.

333 Ver *La Ley*, AR/JUR/41217/2009.

LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS ALIMENTARIOS DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES FRENTE A LA INSOLVENCIA DEL PROGENITOR ALIMENTANTE

ROCCA, Luján L.

Ponencia

Hace más de una década, en estos mismos congresos, se afirmó: "En los congresos comerciales, concursales, de derechos humanos se habla de insolvencia y derecho humano a la salud, se trata el fenómeno de la insolvencia frente a los derechos humanos de niños, niñas y jóvenes, se proponen y debaten críticamente soluciones aportadas por los congresales". También se planteó la crisis evidente de los fundamentos filosóficos inspiradores de las normativas de insolvencia que interpelan principios concursales fundantes, a partir de la introducción de temáticas como los alimentos y los derechos de los niños, niñas y adolescentes[334]. La pandemia de COVID-19 ha impactado fuertemente en estas cuestiones ante las situaciones de cierre de fuentes laborales, aumento de la pobreza y de la vulnerabilidad de estos grupos etarios. Este trabajo intenta acercar una propuesta de política pública ante la evidente pugna existente entre los tratados de derechos humanos con rango constitucional vigentes en la Argentina y la normativa del derecho de insolvencia que continúa ajena a ellos.

Desarrollo

Alimentos e insolvencia

En la legislación civil argentina, diferenciamos los alimentos derivados del parentesco y aquellos derivados de la responsabilidad parental. Respecto de los primeros, nuestras normas establecen que deben ser brindados por quien está en mejores condiciones de hacerlo.

334 VII Congreso Argentino de Derecho Concursal, V Congreso Iberoamericano sobre la Insolvencia, Mendoza, República Argentina, Rocca, Luján Liliana, Comisión N° 5: Armonización de normas concursales en el MERCOSUR. Colaboración Internacional en la quiebra. Una deuda que continúa impaga: la adecuación de la LCQ a la CIDN. Los derechos humanos en los procesos concursales-Créditos relacionados con la persona de niños/as y adolescentes en los procesos concursales.

Respecto de los segundos, están obligados ambos progenitores. Se da un contenido patrimonial a las tareas de cuidado que ejerce el progenitor que tiene a su cargo el cuidado personal del niño, la niña o el adolescente.

Nuestra Ley de Concursos y Quiebras permite que el acreedor de una obligación alimentaria a cargo del fallido verifique. Sin embargo, solamente puede verificar y cobrar en la quiebra los períodos anteriores a ella, es decir, los alimentos devengados y no percibidos.

Los devengados, luego de la apertura de la quiebra, son considerados créditos posteriores, cuyo pago hace el fallido o la fallida con fondos que obtiene en el ejercicio de las actividades que puede desarrollar de conformidad a la normativa concursal (artículo 104 LCQ).

Los tratados de DDHH con rango constitucional vinculados con niños/as y adolescentes frente al fenómeno de la insolvencia

Resulta necesario analizar dos fallos de nuestro Tribunal Superior para cumplir con el propósito propuesto en el sumario del presente trabajo.

El primero es el caso Asociación Francesa[335]. Este pronunciamiento fue dictado en un proceso en el que estaban involucrados los derechos de un niño titular de un crédito en el marco de un proceso concursal; se encontraban en juego aquí el derecho a la vida, a la dignidad y a la salud como menor discapacitado.

La Corte Suprema de Justicia de la República Argentina decidió confirmar el fallo de segunda instancia y revocar la sentencia del juez de primera instancia, que había declarado la inconstitucionalidad del régimen de privilegios concursal y le otorgaba al crédito del menor de edad un pronto pago.

Uno de los fundamentos esgrimidos fue —entre otros— que el régimen de privilegios concursal no es violatorio de principios y derechos constitucionales porque no está en pugna con los tratados internacionales, ya que: "Ni la Convención sobre los Derechos del Niño, el Pacto de San José de Costa Rica, ni la ley 26.061, contemplan de modo específico la situación del niño titular de un crédito en el marco de un proceso universal. Tampoco establecían preferencia de cobro alguna respecto de los restantes acreedores concurrentes por su condición de tales".

Reforzó nuestro Superior Tribunal su fallo al sostener: "La preferencia que se otorgue a un acreedor respecto de los restantes, en el marco de un proceso concursal es una decisión que incumbe al legislador y no a los jueces en un caso particular"; asimismo, invocó la separación de poderes y consideró que resolver esta cuestión es un tema de políticas públicas.

335 Corte Suprema de Justicia "Asociación Francesa Filantrópica y de Beneficencia s/ quiebra s/ incidente de verificación de crédito por L.A.R. y otros", fallo del 6/11/2018.

Concluyó con la siguiente afirmación: "Las normas de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño están dirigidas al Estado (poderes ejecutivo y legislativos)".

Tuvo en cuenta, para decidir así, que: "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". Y aclaró: "No debe perderse de vista que la Ley de Concursos y Quiebras es derecho sustancial y específico, contiene un esquema de unificación de los privilegios y establece en el artículo 239 un sistema cerrado". Finalmente, cabe aclarar que hubo dos votos en disidencia que sostuvieron la inconstitucionalidad del régimen de privilegios concursal.

El segundo caso emblemático es Sanatorios Médicos Antártida, en el cual lo ocurrido no es en absoluto un cambio de criterio de la Corte Suprema de Justicia; debemos entenderlo como un cambio en la composición del Tribunal Supremo al incorporarse la Dra. Graciela Medina por la excusación del Presidente Dr. Rosenkratz. El voto de Medina se sumó a los dos votos en disidencia de Asociación Francesa, y logró en este caso un fallo con base en la opinión de doctrina que sostiene que los derechos humanos fundamentales reconocidos en todo el bloque de constitucionalidad —como el de los niños, niñas y adolescentes, personas mayores, discapacitados, de rango constitucional, por su jerarquía superior a las leyes— deben ser tenidos en cuenta al momento de decidir cada caso en particular. El fallo que se analiza reconoce la "constitucionalización del derecho concursal"[336]. Así se resolvió —con dos votos en disidencia conformes con el criterio sentado en Asociación Francesa— declarar la inconstitucionalidad de los artículos 239, primer párrafo; 241; 242, parte general; 243, parte general; e inciso 2 de la ley 24.522, y verificar a favor de B. M. F. un crédito con privilegio especial prioritario de cualquier otro privilegio atendiendo a las circunstancias particulares del caso.

Conclusiones

La pandemia de COVID-19 ha generado una situación económica de grave crisis, generó desempleo, cierre de comercios, mayor pobreza, y trajo como consecuencia mayor cantidad de concursos y quiebras. Los numerosos incumplimientos alimentarios influyen sobre los derechos de niños, niñas y adolescentes reconocidos en el bloque de constitucionalidad y nos interpelan respecto de cómo protegerlos frente a la quiebra o el concurso preventivo de los progenitores.

336 Ribera, Carlos E. *El acreedor involuntario con privilegio especial*.LA LEY 12/04/2019, 12/04/2019, 5 - LA LEY 2019-B. p. 290 - DFyP 2019 (mayo). 10/05/2019, p. 147.

Nuestra Ley de Concursos y Quiebras se cimenta en esta cuestión sobre el principio de solidaridad familiar, entendido como limitante de los derechos de los descendientes a pedir la quiebra del padre o madre alimentante o a participar en su concurso.

Con base en ese principio, el hijo o hija no puede pedir la quiebra de su padre incumpliente, no tiene privilegio alguno en la quiebra de su padre o madre —reconociéndosele a su crédito el carácter de quirografario— y no se computa su crédito para contabilizar las mayorías en el concurso preventivo de su padre o madre alimentante insolvente, pudiendo —eso sí— embargar sueldos y pensiones con los límites del desapoderamiento[337].

La jurisprudencia se ha expedido respecto de los tratados internacionales, que deben ser aplicados por el síndico al confeccionar el proyecto de distribución con base en jurisprudencia consolidada emanada de la Corte Provincial, Federal o de la Cámara de apelaciones correspondiente[338].

La familia se protege cumpliendo la manda constitucional, aun dentro del escenario de la insolvencia: pagando alimentos, dando facultades a los hijos e hijas para cobrar sus alimentos y excluyendo a los juicios alimentarios de la normativa concursal.

Hay más de una decena de proyectos de ley que tienden a reformar el sistema argentino de insolvencia frente a la crisis de pandemia, pero ninguno se ha hecho eco de la recomendación de la jurisprudencia del más alto tribunal argentino en Asociación Francesa o ha tomado en consideración jurisprudencia de tribunales inferiores ni la gran cantidad de opiniones doctrinarias en materia de derechos alimentarios ante el escenario de la insolvencia, a pesar de que ha sido uno de los flagelos de la pandemia de COVID-19.

La propuesta entonces es impulsar la protección de la familia en el escenario de la insolvencia desde otro paradigma: la protección de los vulnerables y el cumplimiento de la asistencia alimentaria que pesa sobre el progenitor insolvente con fundamento en el superior interés del niño, la niña o el adolescente.

Asimismo, se propone revisar los fundamentos de este cambio de paradigma reconociendo no solo la constitucionalización del derecho concursal.

Por eso es que se refuerza en este congreso lo propuesto desde un primer momento en Mendoza, en el año 2009: la adecuación de la

337 Graciela Medina, conferencia XII Congreso Latinoamericano de Niñez, Adolescencia y Familia. ALAMFPyONAF, jueves 15/10/2020, disponible en https://youtu.be/P092X7Jo5wA (hora 5.41.10), consultado el 10/07/2021.
338 CNCom Sala C "La Economía Comercial SA de Seguros Generales y otro s/ quiebra s/ incidente de verificación de crédito de Tules, Yolanda Ermina", mayo de 2018.

normativa concursal a los tratados de derechos humanos para evitar las declaraciones de inconstitucionalidad y la inseguridad jurídica imperante en nuestro país en la materia. Se requiere un cambio de paradigma que asegure una mayor protección de los derechos alimentarios de niños, niñas y adolescentes en el concurso o la quiebra de sus progenitores.

ESPECIAL PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DEL NIÑO EN RELACIÓN CON EL ARTÍCULO 81 DE LEY DE CONCURSOS Y QUIEBRAS NACIONAL. UNA PERSPECTIVA DESDE LOS DERECHOS HUMANOS

NUNGESER, Aldana G.

Ponencia

El presente trabajo tiene por objeto demostrar la inconstitucionalidad del artículo 81 de la Ley de Concursos y Quiebras nacional por infringir los incisos 22 y 23 del artículo 75 de nuestra Constitución Nacional. A partir de una serie de interrogantes y teniendo como eje para el desarrollo del trabajo la protección de los descendientes del deudor, expondremos argumentos que intentarán demostrar el erróneo enfoque que contiene el artículo 81 y que conlleva consecuentemente a perjudicar a quienes deberían considerarse acreedores del progenitor. Analizaremos a su vez distintos institutos que prevé nuestro ordenamiento jurídico para compeler al deudor a pagar, pero que desde nuestro punto de vista resultan insuficientes para determinados en casos en que el deudor se reúsa a pagar. Asimismo, expondremos la importancia de cubrir las necesidades básicas de los menores que consagra nuestro Código Civil y Comercial de la Nación.

Introducción

Según el artículo 81 de la Ley Nacional de Concursos y Quiebras: "*No pueden solicitar la quiebra el cónyuge, los ascendientes o descendientes del deudor, ni los cesionarios de sus créditos*".

A partir de los que nos señala esta normativa, nos planteamos varios interrogantes: ¿por qué estamos protegiendo a un deudor frente al incumplimiento de una deuda?, ¿estamos realmente garantizando la protección del vínculo familiar?, ¿las astreintes resultan un remedio suficiente para disuadir al deudor de seguir incumpliendo?, ¿esta norma se encuentra en consonancia con el resto de nuestro ordenamiento jurídico?

A lo largo del presente trabajo, intentaremos responder a estos interrogantes teniendo como eje principal los principios constitucionales que protegen a la figura del niño.

Principios constitucionales rectores, génesis

En el año 1994, la Constitución Nacional argentina fue reformada. Esta reforma trajo consigo importantes transformaciones aparejadas. Una de las más trascendentes fue, sin dudas, otorgarles jerarquía constitucional a los tratados internacionales. Desde entonces, los derechos humanos —con especial protección en los grupos más vulnerables— tomaron un rol fundamental en nuestro ordenamiento jurídico. En el presente trabajo, resulta imperioso tener en consideración dos incisos que son clave para el desarrollo del mismo. Estamos haciendo referencia al artículo 75 inciso 22 de la Constitución, que establece:

> "*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 Crueles, 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*".

Y al inciso 23 del mismo artículo, que dice que se deberá:

> "*Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad*".

Regulaciones en nuestro ordenamiento jurídico en el ámbito civil. Deberes del alimentante

El 1 de agosto del año 2015 entró en vigencia en nuestro país el Código Civil y Comercial de la Nación. Este nuevo código llegó para subvertir la lógica imperante en el derogado Código de Dalmacio Vélez Sarsfield y puso en práctica la llamada "constitucionalización del derecho privado". Con respecto a este punto, la comisión redactora fue muy explícita y en los fundamentos expuso: "La mayoría de los códigos existentes se basan en una división tajante entre el derecho público y privado. El Anteproyecto,

en cambio, toma muy en cuenta los tratados en genera, en particular los de Derechos Humanos, y los derechos reconocidos en todo el bloque de constitucionalidad. En este aspecto innova profundamente al receptar la constitucionalización del derecho privado, y establece una comunidad de principios entre la Constitución, el derecho público y el derecho privado, ampliamente reclamada por la mayoría de la doctrina jurídica argentina. Esta decisión se ve claramente en casi todos los campos: la protección de la persona humana a través de los derechos fundamentales, los derechos de incidencia colectiva, la tutela del niño, de las personas con capacidades diferentes, de la mujer, de los consumidores, de los bienes ambientales y muchos otros aspectos. Puede afirmarse que existe una reconstrucción de la coherencia del sistema de derechos humanos con el derecho privado"[339].

La especial condición de desarrollo de los niños y adolescentes implica que el aspecto alimentario adquiere en su caso una importancia sustancial, en una amplia concepción integral que involucra lo necesario para su manutención, educación y formación integral, tanto de parte de los padres, como los familiares o posibles guardadores, sin que se pueda omitir la responsabilidad del Estado en prestarles la ayuda y asistencia necesarias, como lo explicita claramente la Convención sobre los Derechos de Niño en sus artículos 18 y 27. El derecho de alimentos de los niños y adolescentes no puede concebirse exclusivamente como un derecho social o prestacional, sino que, por el contrario, constituye un presupuesto esencial para la realización de todos sus derechos, incluso los derechos civiles, debilitados ante el irrespeto a los derechos económicos, sociales y culturales[340].

Es fundamental para el presente trabajo analizar los siguientes artículos del Código:

> *ARTÍCULO 658. Regla general. Ambos progenitores tienen la obligación y el derecho de criar a sus hijos, alimentarlos y educarlos conforme a su condición y fortuna, aunque el cuidado personal esté a cargo de uno de ellos. La obligación de prestar alimentos a los hijos se extiende hasta los veintiún años, excepto que el obligado acredite que el hijo mayor de edad cuenta con recursos suficientes para proveérselos por sí mismo.*
>
> *ARTÍCULO 659. Contenido. La obligación de alimentos comprende la satisfacción de las necesidades de los hijos de manutención, educación, esparcimiento, vestimenta, habitación, asistencia, gastos por enfermedad y los gastos necesarios para adquirir una profesión u*

339 Crovi, Daniel L. Graciela y Rivera, Julio C. "Derecho Civil. Parte General" 2016, pp. 7-8.
340 Herrera, Marisa, "Manual de Derecho de las familias", 1ª ed., Buenos Aires, Ed. Abeledo Perrot S.A., 2015, p. 3.

oficio. Los alimentos están constituidos por prestaciones monetarias o en especie y son proporcionales a las posibilidades económicas de los obligados y necesidades del alimentado.

A continuación, realizaremos un breve análisis de cada uno de los puntos que comprenden los artículos anteriormente mencionados. La manutención importa proveer una alimentación adecuada que permita el desarrollo físico, neurológico y psíquico saludable del hijo, teniendo en cuenta la edad, contextura física, actividades deportivas, etc.

La educación incluye los gastos del uniforme; matrícula del establecimiento educativo y cuotas mensuales; libros; útiles; transporte; actividades extraescolares, como aprendizaje de un idioma; etc. La expresa incorporación del rubro "gastos necesarios para adquirir una profesión u oficio" guarda coherencia con la necesidad de proveerle los recursos necesarios para alcanzar una formación que le permita sostenerse en forma independiente. El esparcimiento comprende lo necesario para que el hijo menor de edad disfrute de juegos, paseos, viajes por vacaciones, escolares, recreación, realización de alguna actividad deportiva, etc., acordes a su proceso evolutivo de crecimiento y desarrollo de su personalidad. Los gastos de vacaciones están condicionados por la situación económica del alimentante y la forma de vida que ha tenido el grupo familiar a través del tiempo.

La vestimenta cumple una función elemental, que se relaciona con la higiene y el abrigo, guarda relación con la edad y las actividades, y se incrementa considerablemente a medida que el hijo crece. La vivienda puede pagarse en especie —con un inmueble habitable de su propiedad—, o con una suma de dinero suficiente como para cubrir el canon de alquiler. En ambos supuestos se deben tener en cuenta los gastos que insume su mantenimiento, servicios y expensas. Los gastos de asistencia y enfermedad son de vital relevancia para el crecimiento y desarrollo saludable. En principio, comprenden los ordinarios (por ej., cuota de prepaga, medicamentos, estudios médicos, coseguros, etc.). En caso de padecer una enfermedad grave, cabe la fijación de una cuota extraordinaria[341].

La quiebra del deudor de alimentos

Tal como hemos expuesto, el artículo 81 de la LCQ impide que el cónyuge, los ascendientes o descendientes del deudor puedan solicitar su quiebra. El fundamento de esta norma reside en la protección de la familia. Uno de los defensores de este argumento es el doctrinario Eduardo M.

341 Molina De Juan, Mariel F. Publicado en: Sup. Esp. Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Familia: Filiación y
Responsabilidad Parental 20/05/2015, 147 • LA LEY 2015-C

Favier Dubois, que sostiene: "Esta incompatibilidad tiene por fin poner el vínculo familiar por encima del interés del acreedor"[342]. En igual sentido, Marcelo Gebhardt afirma que el pilar fundamental de este artículo "ha sido la protección del orden público familiar"[343].

Estos argumentos resultan erigirse a partir de un punto de vista eminentemente ético, que desde nuestra visión resulta insuficiente a los fines de justificar las limitaciones establecidas para los acreedores mencionados en el artículo y terminan beneficiando a un deudor por incumplir con sus responsabilidades alimentarias.

Es una realidad que nuestro ordenamiento jurídico prevé ciertos mecanismos para compeler al deudor a pagar sus deudas, tales como las astreintes —que recordemos que son sanciones conminatorias de carácter pecuniario establecidas por los jueces o la inhibición general de bienes—. También resulta cierto que existen otras medidas que pueden dictaminar los magistrados para incitar al deudor a que cumpla con lo adeudado, entre las que podemos destacar la suspensión de la licencia de conducir del deudor alimentante, así como la prohibición de renovarla hasta tanto cumplimente la deuda alimentaria o preste caución suficiente para satisfacerla. Sin embargo, creemos que estos remedios procesales, aunque en la mayoría de los casos son efectivos, no alcanzan a cubrir todas las situaciones que suceden actualmente en nuestro país.

Las limitaciones impuestas por el artículo 81 parecen perder de vista que el deudor, por más que se encuentre dentro de un núcleo familiar, está incumpliendo con una de sus obligaciones básicas como pilar fundamental y sostén económico. Creemos que con este artículo no se están teniendo en consideración las necesidades de los descendientes ni las necesidades que deben ser cubiertas, tales como vivienda, educación, esparcimiento y vestimenta para su correcto desarrollo.

Conclusiones

Entendemos que hemos dejado una gran cantidad de cuestiones sin analizar y quisiéramos extendernos mucho más en cada una de las cuestiones que hemos mencionado precedentemente a lo largo de esta ponencia. Tan solo hemos intentado esbozar una visión desde múltiples enfoques.

342 Favier Dubois, Eduardo M., Concursos y quiebras, 1º ed., Buenos Aires, Errepar, 2003, p. 197.

343 Gebhardt, Marcelo, Ley de concursos y quiebras, Buenos Aires, Astrea, t. II, 2008, p. 21; Gebhardt, M., comentario al art. 81 de la L.C…, cit., t. 2, p. 343. En sentido similar puede consultarse: Frick, Pablo D., Pedido de quiebra efectuado por el cónyuge del deudor, en J.A. cita on line 0003/015687.

Como se ha expresado a lo largo de todo el trabajo, resulta de vital importancia para el adecuado desarrollo de los menores de edad contar con recursos económicos suficientes, tal como lo establecen nuestra manda constitucional, Código Civil y diversos instrumentos internacionales.

Desde nuestro punto de vista, existen diferentes instrumentos procesales que resultan insuficientes para poder satisfacer la necesidad que surge por parte de quienes se ven impedidos de solicitar la quiebra por parte del deudor por alimentos, por lo que —entonces— podemos concluir que el artículo 81 de la Ley de Concursos y Quiebras resulta ser inconstitucional, ya que colisiona con el interés superior del niño, principio internacional de jerarquía constitucional.

Proponemos entonces a modo de cierre derogar dicho artículo y analizar desde ahora estas cuestiones centrando el enfoque en quienes resultan perjudicados —es decir, en los menores de edad— y prever el impacto negativo que acarrea el incumplimiento del deudor en la vida de sus descendientes.

UNA MIRADA DEL RÉGIMEN DE PRIVILEGIOS CONCURSALES DESDE UNA PERSPECTIVA DE GÉNERO

GERMANO, Violeta

I.- Introducción

Durante los últimos años, ha sido materia de discusión la compatibilidad entre el régimen de privilegios que prevé la Ley de Concursos y Quiebras N° 24.522 y las disposiciones de los distintos tratados internacionales con jerarquía constitucional que otorgan especial tutela a los menores de edad y a las personas con discapacidad por encontrarse en un estado de vulnerabilidad. En el presente trabajo se pretende realizar un nuevo análisis del sistema de privilegios, pero —en esta oportunidad— a la luz de los instrumentos internacionales que protegen a las mujeres víctimas de violencia de género.

II.- Una mirada del régimen de privilegios concursales desde una perspectiva de género

El Código Civíl y Comercial de la Nación en su artículo 2.573 define al privilegio como la calidad que corresponde a un crédito para ser pagado con preferencia a otro.

En materia concursal, el régimen de privilegios forma parte de un sistema cerrado en el que únicamente gozan de dicha preferencia los créditos enumerados por la ley 24.522, y no pueden reconocerse los mismos por analogía. Asimismo, en caso de duda, ha de estarse en contra de su existencia. Ello se debe a que los privilegios son excepciones al principio concursal de universalidad y al principio general del derecho privado que asigna al patrimonio la significación de ser garantía común de los acreedores[344]. Sin embargo, dicha taxatividad entra en crisis cuando se encuentra en pugna con las disposiciones de los tratados internacionales con jerarquía constitucional.

Mucho se ha reflexionado acerca de la posibilidad de que dicho sistema pueda verse alterado a los fines de ser integrado con el Bloque Constitucional Federal que confirman la Constitución Nacional y los

344 Rouillon, Adolfo A. N., *Régimen de Concursos y Quiebras*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2016, p. 383.

instrumentos internacionales con jerarquía constitucional.

Respecto a casos relativos a acreedores que eran menores de edad en los que se encontraban comprometidos sus derechos personalísimos, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en un lapso menor a 5 meses, ha dado dos soluciones opuestas, lo que genera inevitablemente una gran incertidumbre jurídica.

En el año 2018, en los autos "Asociación Francesa Filantrópica y de Beneficencia s/quiebra s/incidente de verificación de crédito por L.A.R. y otros" el Máximo Tribunal consideró que la preferencia que se otorgue a un acreedor respecto de los restantes en el marco de un proceso concursal es una decisión que incumbe al legislador y no a los jueces, de acuerdo con las circunstancias subjetivas que en cada caso en particular se puedan plantear.

Meses más tarde, la Corte Suprema, en el Fallo "Institutos Médicos Antártida s/ quiebra s/ inc. de verificación (R.A.F. y L.R.H. de F.)", dio una solución opuesta en un caso análogo. En esta oportunidad, el crédito derivaba de una indemnización por mala praxis médica ocurrida durante el nacimiento de B.M.F., el cual le había provocado una parálisis cerebral con 100% de incapacidad irreversible. En dicha ocasión, la Corte consideró que por tratarse de una situación excepcional de absoluta vulnerabilidad debía otorgársele una prioridad a dicho crédito respecto del resto de los acreedores privilegiados, a los fines de garantizar el goce del derecho a la vida, a la salud y a la dignidad de la persona consagrados en la Convención sobre los Derechos del Niño, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos

Económicos, Sociales y Culturales y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad que poseen jerarquía constitucional. En consecuencia, declaró la inconstitucionalidad de los artículos 239 primer párrafo, 241, 242 parte general, 243 parte general e inciso 2 de la ley 24.522.

Sin embargo, también podríamos plantear un nuevo supuesto en el que resultaría pertinente el análisis del régimen de privilegios con un enfoque constitucional. Con ello me refiero a analizar aquellos casos en los que —además de los instrumentos internacionales precedentemente mencionados que otorgan una especial protección a los niños, niñas y adolescentes— entran en juego los instrumentos internacionales que sancionan la violencia contra la mujer y que obligan a abordar las problemáticas desde una perspectiva de género.

Imaginemos entonces qué ocurriría si el caso se tratara de una acreedora mujer menor de edad que se presentara a verificar su crédito con sustento en una sentencia civil por daños y perjuicios producto de un

delito sexual perpetrado por una persona que estaba bajo su cuidado en una institución concursada.

La ley 24.522 no reconoce privilegio alguno a este tipo de créditos, por lo que se encontraría dentro de la categoría de quirografarios. Sin embargo, ¿dicha solución sería la más acorde teniendo en consideración a los instrumentos internacionales ratificados por nuestro país?

Con relación a la incidencia de las convenciones que protegen a los niños, niñas y adolescentes, estas ya han sido tratadas en los antecedentes de la Corte Suprema que fueron reseñados. Por tales motivos, y en atención a la extensión pautada para el presente trabajo, propongo detenerme específicamente en la incidencia de los instrumentos internacionales que protegen a las mujeres víctimas de violencia de género, aspecto que considero más novedoso.

En Argentina, desde fines de la década de 1990, la legislación comenzó a mostrarse más permeable a reformas cuya finalidad declarada fuera la erradicación de la discriminación y la violencia de género. El primer paso en esa dirección fue la incorporación de los tratados internacionales de derechos humanos a través de la sanción del artículo 75, inciso 22 de la Constitución Nacional, cuyos lineamientos podían ser utilizados para defender los derechos de las mujeres[345]. Con posterioridad, en el año 1996, por medio de la ley 24.632, fue aprobada la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, conocida como "Belém do Pará", que posee jerarquía constitucional.

Asimismo, la ley 26.485 —de Protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales— define en su artículo 4 la violencia contra las mujeres como "*toda conducta, acción u omisión, 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, como así también su seguridad personal. Quedan comprendidas las perpetradas desde el Estado o por sus agentes*". Y en el artículo 5 establece expresamente que queda comprendido dentro del concepto de violencia contra la mujer la violencia sexual.

Sin embargo, pese a que la regulación en la temática resulta completa, esta no siempre se ve reflejada en su aplicación a los casos concretos.

A lo largo de los últimos años, a través de una incansable lucha feminista, se ha logrado instaurar la importancia de que las decisiones judiciales

345 Carrera, María L., "Federalismo y violencia de género: un acercamiento a la aplicación de la Ley N°26.485", *Revista Igualdad, Autonomía Personal y Derechos Sociales N° 9*, Abril 2019, p. 210.

que así lo requieran sean tratadas con perspectiva de género. En efecto, actualmente la Ley Micaela N° 27.499 obliga a todas las personas que trabajan en los tres poderes del Estado Nacional a recibir capacitaciones en temas de género y violencia contra las mujeres.

Acerca del concepto de "género", hay que tener en cuenta que mientras el término *sexo* identifica las diferencias biológicas y constitutivas de las mujeres y los hombres (o del macho y de la hembra, cuando se trata de animales), *género* se entiende como el conjunto de características específicas culturales que identifican el comportamiento social de mujeres y hombres y las relaciones entre ellos. Por tanto, el género no se refiere simplemente a mujeres u hombres, sino a la relación entre ellos y la manera en que se construyen socialmente[346].

A simple vista, el juzgamiento con perspectiva de género suele asociarse a cuestiones vinculadas al fuero penal o de familia. Sin embargo, ¿es posible pensar que decisiones relativas a temas concursales que son ajenas a la discusión sobre los hechos de violencia deban tomarse con perspectiva de género?

El escenario planteado es sin duda uno de ellos. En efecto, la necesidad de juzgar con perspectiva de género puede alcanzar a todas las ramas del derecho, y la concursal no es la excepción.

Estamos aquí ante la presencia de una acreedora involuntaria, es decir, aquella cuya vinculación con el deudor no fue fruto de su propia decisión, sino de circunstancias ajenas a ella, que además se encuentra en una notoria situación de vulnerabilidad, tanto por ser menor de edad como por ser víctima de violencia de género.

En contraposición, el acreedor voluntario es quien ha tenido la intención de entablar una relación jurídica con quien hoy es el deudor, pudiendo prever la remota posibilidad de convertirse en acreedor de aquel en caso en que el deudor incurra en un incumplimiento de lo pactado.

El subuniverso de los acreedores involuntarios se va ampliando con la tutela que reclaman los casos en los cuales entran en juego derechos vinculados con los "derechos humanos" (Constitución Nacional y convenios y tratados internacionales), por la cual ingresan los acreedores "vulnerables" (menores, discapacitados, mayores adultos, cuestiones de salud, entre otras posibilidades), situación en la cual el privilegio o a la preferencia (pronto pago, pago anticipado, otros) se vinculan con una valoración "subjetiva" (la situación de la persona) y no del crédito[347].

346 Medina, Graciela "¿Por qué juzgar con Perspectiva de Género? Y ¿Cómo Juzgar con Perspectiva de Género?" disponible en http://www.pensamientocivil.com.ar/system/files/2018/09/Doctrina3804.pdf [Consulta: 29 de junio de 2021].

347 Barreiro Marcelo G., Raspall Miguel, Truffat E. Daniel, "El acreedor involuntario. Esbozo de una teoría general del tema en el derecho concursal argentino", Derecho Concursal

La Dra. Boquin define al vulnerable como aquella persona humana que es más propensa a ser dañada por determinado acto o son menores sus posibilidades de recuperarse ante el perjuicio causado o que este tiene una mayor magnitud por los efectos ocasionados a este sujeto en particular[348].

La vulnerabilidad en la que se encuentran las mujeres como víctimas de violencia en razón de su género resulta evidente si se analizan los datos publicados por la Unidad Fiscal Especializada en Violencia contra las Mujeres (UFEM) en el Relevamiento de Fuentes Secundarias de datos sobre Violencia Sexual del año 2019, el cual informó que en la Argentina cerca del 90% de las víctimas de violencia sexual son mujeres y casi 40% de las víctimas son menores de edad.

La Convención de Belém Do Pará establece que la violencia contra la mujer constituye una violación a los derechos humanos y una ofensa a la dignidad humana. En consecuencia, frente a este tipo de situaciones considero que no corresponde una aplicación mecánica de la ley concursal, sino que su solución debe ser fruto de una interpretación armónica de las normas en juego.

Recordemos que uno de los principios rectores del proceso concursal es el denominado *pars conditio creditorum*, que implica la igualdad de los acreedores frente al deudor y sus bienes, y cuyas excepciones se encuentran expresamente previstas por la ley concursal.

Dependiendo la noción de igualdad detrás de la *pars conditio creditorum*, los tratos diferenciados previstos en la ley 24.522 son interpretados como demandas constitucionales y, por lo tanto, en forma amplia, o como tratos excepcionales y, por ende, en forma restrictiva[349].

Al respecto, el Máximo Tribunal tiene dicho que la reforma constitucional introducida en 1994 dio un nuevo impulso al desarrollo del principio de igualdad sustancial para el logro de una tutela efectiva de colectivos de personas en situación de vulnerabilidad, estableciendo "medidas de acción positiva" en beneficio de ellas[350].

En consecuencia, una mirada constitucional de dicho principio implica asumir la necesidad de un tratamiento preferencial respecto de aquellos

Iberoamericano realidad y perspectivas, obra conmemorativa al XV aniversario del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal, Bogotá, 2019, p. 52.

348 Boquin, Gabriela F., "Los acreedores involuntarios. Vulnerabilidad, Concursos y COVID 19", *Revista Electrónica del Departamento de Derecho Económico y Empresarial de la Facultad de Derecho (UBA)*, Año III, Nro. 3, Agosto 2020, pp. 28/9.

349 Vasquez, María G., Una perspectiva constitucional de la insolvencia, *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, Noviembre 2020, p. 187.

350 CSJN "García, María Isabel c/ AFIP s/ acción meramente declarativa de inconstitucionalidad", 26/03/2019, Fallo 342:411.

sujetos que en razón de su estado de vulnerabilidad se encuentran en evidente inequidad, a los fines de garantizar una efectiva igualdad ante la ley.

Recordemos que, en situaciones de insuficiencia de activos, el privilegio otorga la ventaja de poder cobrar, mientras que los acreedores quirografarios podrían no lograr satisfacer sus créditos siquiera en forma parcial. En consecuencia, la calificación del crédito en cuestión como quirografario lesiona derechos de raigambre constitucional, pues no garantiza una efectiva reparación del daño justa y eficaz conforme lo prevé el artículo 7, inciso "G" de la Convención de Belém do Pará.

Asimismo, cabe agregar que la postergación en el cobro no impacta a todos los acreedores por igual; mientras que por un lado se encuentran aquellos cuyo origen resulta de un incumplimiento contractual, existen otros —como el caso planteado— que constituyen una reparación frente a un daño irreversible causado por una violación de los derechos humanos, libertades fundamentales y dignidad de la mujer, y que es necesaria para garantizar el goce de los mismos.

En efecto, tiene dicho la Corte Interamericana de Derechos Humanos: "La violación sexual es una experiencia sumamente traumática que tiene severas consecuencias y causa gran daño físico y psicológico que deja a la víctima 'humillada física y emocionalmente', situación difícilmente superable por el paso del tiempo, a diferencia de lo que acontece en otras experiencias traumáticas. De ello se desprende que es inherente a la violación sexual el sufrimiento severo de la víctima, aun cuando no exista evidencia de lesiones o enfermedades físicas […] Las mujeres víctimas de violación sexual también experimentan severos daños y secuelas psicológicas, e inclusive, sociales"[351].

Por tales motivos, resultaría necesario que la ley concursal receptara la figura del acreedor vulnerable y contemplara una solución concordante con los instrumentos internacionales con carácter operativo que han sido mencionados a los fines de evitar soluciones distintas en casos análogos producto de la interpretación de cada juzgador. Sin embargo, mientras que dicha reformulación legislativa no ocurra, estimo que lejos de realizar lecturas aisladas de las normativas en juego, la solución más apropiada se obtiene a través de una interpretación armónica de las mismas. Es decir que, frente casos excepcionales como el analizado, el juzgador debe examinar con perspectiva de género si la solución que propone la ley 24.522 al caso en concreto es razonable y, en su caso, deberá otorgar una respuesta acorde con los mencionados instrumentos internacionales con jerarquía constitucional ratificados por la Argentina.

351 CIDH, Caso "Masacres de Río Negro vs. Guatemala", 4/09/2012.

III.- Conclusiones finales

A la luz de los instrumentos internacionales analizados, resulta evidente que el juzgamiento con perspectiva de género es una obligación constitucional.

Por tales motivos, considero que una de las formas de pensar el derecho concursal con perspectiva de género implica dejar de lado lecturas aisladas acerca del régimen de privilegios y examinar en cada caso en concreto su compatibilidad con las disposiciones de los instrumentos internacionales que sancionan la violencia contra la mujer. El desafío consiste, entonces, en que frente a casos excepcionales como los que fueron analizados se realice un análisis integral de las normativas en juego que no desnaturalice los principios rectores del derecho concursal, pero que garantice el goce de los derechos fundamentales de la acreedora y sea respetuoso con las disposiciones de la Convención de Belém do Pará con jerarquía constitucional, que exige establecer mecanismos judiciales que aseguren el acceso efectivo a la reparación del daño justa y eficaz.

LOS ACREEDORES INVOLUNTARIOS, VULNERABLES Y LA TUTELA IGUALITARIA

MARTÍNEZ, Verónica F. y MATUS, M. Cristina

La reforma constitucional de 1994 y el Código unificado, al centrar la protección en la persona humana y sus derechos esenciales, han producido una ruptura parcial del sistema cerrado de privilegios al modificar por esta nueva lectura del esquema de prelación normativa los criterios con que debe resolver el juez concursal. Ello se pone en evidencia particularmente en el caso de los llamados *acreedores involuntarios*, con especial énfasis en los "vulnerables". Una corriente de jueces activistas pregona la tutela de los vulnerables en los casos de procesos falenciales y han reconocido en diversos casos a algunos de ellos que así lo han solicitado, un privilegio especial prioritario a cualquier otro privilegio, con el consiguiente desplazamiento en la prelación de los privilegiados al cobro en la ley concursal.

Postulamos que, si tal como se pregona en esos precedentes, la tutela de los vulnerables es una cuestión de orden público y los jueces deben velar por su protección en base a principios y normas internacionales constitucionalmente reconocidas en el marco de un proceso falencial, similar beneficio ha de reconocerse en cada proceso universal a todos los acreedores que se encuentren en análoga situación. Esto equivale a decir que frente al proceso universal, medie o no petición en ese sentido, los jueces deben analizar el universo pasivo afectado por el concurso y detectar todos los acreedores que eventualmente se encuentren en la misma condición de vulnerabilidad —que puede no hayan contado con el asesoramiento preclaro de letrados que soliciten la inconstitucionalidad del régimen de privilegios de la LCQ y se allanaron a peticionar la verificación del crédito sometiéndose a lo que la propia ley les concede (conf. arts. 240, 241 y cc. LCQ) para requerir no otra cosa que lo que la ley les habilitaba—. De otra manera, se introduce un factor de desigualdad entre vulnerables que, de acuerdo a los tratados internacionales, son dignos de similar tutela del Estado. Por ello, resulta ineludible considerar que la circunstancia de que las necesidades del vulnerable se expongan en el marco de un proceso falencial no resulta justificativo para liberar al Estado de la responsabilidad que le compete frente a esas situaciones que juzgamos propias de la seguridad social, y mucho menos lo es trasladarla a los acreedores concurrentes del pasivo de la quiebra.

I. Introducción

Los acreedores involuntarios son actores del escenario concursal que han cobrado protagonismo a raíz de recientes fallos de algunos tribunales e incluso del Máximo Tribunal de la Nación[352], que cuestionan el orden cerrado de privilegios establecido en la legislación concursal, reconociendo un privilegio especial prioritario a cualquier otro privilegio, para acreedores en situación de vulnerabilidad en el caso concreto juzgado.

Estos acreedores involuntarios se presentan como débiles jurídicos en los procesos concursales y por ello se ha considerado que deben gozar de una protección especial[353].

Raspal[354] se refiere a ellos como aquellas personas que se transforman en acreedores sin que la causa de su crédito sea un fin querido en sí mismo, sino que adquieren esta calidad por fuerza de las circunstancias. Menciona, como cualidad que los aglutina, la "falta de libertad" de transformarse en acreedores, ya que han adquirido este rol sin verdaderamente quererlo y, por consiguiente, nunca pensaron analizar el patrimonio del deudor para garantizar su crédito[355].

Dentro del universo de los acreedores involuntarios, se presenta como un subgrupo el de los acreedores vulnerables. Con este vocablo se pretende englobar a aquellos que se encuentran en una condición de afectación de sus derechos humanos consagrados en la Constitución Nacional (en adelante, CN) y convenios y tratados internacionales.

II. Protección de los acreedores involuntarios en el sistema normativo concursal

Los acreedores involuntarios y entre ellos, los acreedores vulnerables, no cuentan en nuestra ley falencial —por su condición de tales— de un privilegio reconocido en el ordenamiento concursal, sino que son meros acreedores quirografarios. Esto provoca que, dada la habitual escasez de recursos a distribuir en un proceso falencial, difícilmente verán satisfecho su crédito, ni aun parcialmente.

352 Se trata del fallo dictado en autos "Asociación Francesa Filantrópica y de Beneficencia s/ quiebra s/ incidente de verificación de crédito por L. A. R. y otros" (CS 06/11/2018), y del resuelto en "Institutos Médicos Antártida s/ quiebra s/ inc. de verificación (R. A. F. y L. R. H. de F.)", de fecha 26/03/2019.

353 Gerbaudo, G. (2018). Los acreedores involuntarios y la crisis del sistema de privilegios concursales. *Libro de Ponencias del X Congreso Argentino de Derecho Concursal*. Tomo 3. Santa Fe, Argentina. Octubre, 2018. p. 398.

354 Raspall, M. A. (2019). "Acerca de las tutelas diferenciadas, los acreedores involuntarios y los nuevos privilegios concursales". *RCCYC*. 04/03/2019, 74. Cita *online* AR/DOC/196/2019.

355 Barreiro, M. G. y Truffat, D. E. (2008). *Los acreedores involuntarios. Una cuestión que ronda las puertas del debate concursal*. La Ley 2008-A, 712. Cita Online: AR/DOC/3955/2007.

La cuestión de los acreedores involuntarios solo tuvo recepción legislativa acotada en el artículo 16 de la ley 24.522 (en adelante, LCQ), en tanto dispone: "*Excepcionalmente el juez podrá autorizar, dentro del régimen de pronto pago, el pago de aquellos créditos amparados por el beneficio y que, por su naturaleza o circunstancias particulares de sus titulares, deban ser afectados a cubrir contingencias de salud, alimentarias u otras que no admitieran demoras*".

Sin embargo, en la jurisprudencia argentina se han dictado diferentes fallos[356] en los que, apartándose del régimen legal de privilegios establecidos en el texto legal, se reconoció preferencia de cobro a acreedores sin tutela específica en la ley especial, por aplicación de las normas contenidas en los tratados internacionales de jerarquía constitucional y en los cuales la caracterización del acreedor como vulnerable fue decisiva en el debate judicial.

III. Los privilegios concursales y la constitucionalización del derecho privado

La constitucionalización del derecho privado ha respaldado una corriente de jueces activistas[357] que, acudiendo a los principios y valores constitucionalmente reconocidos y de la mano de lo dispuesto por los artículos 1, 2 y 3 del Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante, CCCN), han procurado dar protección a los llamados *acreedores involuntarios de la quiebra* y les han reconocido un privilegio especial prioritario a cualquier otro privilegio, con el consiguiente desplazamiento de los legitimados al cobro por la ley concursal.

No cabe ninguna duda de que los acreedores involuntarios en condiciones de vulnerabilidad, en donde su vida o su salud está comprometida, merecen una tutela especial por parte de los órganos del Estado. La

356 Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires. González, Feliciana c Microómnibus General San Martín S.A.C. 05/04/2006 Cita Online: AR/JUR/1799/2006; Persini, Ada Susana s/inc. de rev. en: Racing Club s/conc. 28/12/2005 Cita Online: AR/JUR/8476/2005; CNCom., Sala D, "Obra Social Bancaria Argentina s/concurso preventivo s/incidente de verificación de pronto pago" 01/10/2013 Cita Online: AR/JUR/84364/2013; CNCom., Sala B, "Obra Social del Personal Gráfico s/ concurso preventivo s/ incidente art. 280, LCQ, Instituto Armonía de Educación Especial de Adriana M. Urrere pon y otros", 28/12/2015; CSJN "Pinturas y Revestimientos aplicados S.A. s/ quiebra" 26/03/2014 Cita Fallos Corte: 337:315. Cita Online: AR/JUR/4224/2014 CSJN, 06/11/2018, "Asociación Francesa Filantrópica y de Beneficencia s/ quiebra s/ incidente de verificación de crédito por L.A.R. y otros", CS, Fallos: 341:1511. LA LEY 31/01/2019,4. Cita Online: AR/JUR/56326/2018; CSJN, 26/03/2019, "Institutos Médicos Antártida S.A s/ quiebra s/ incidente de verificación" (R.A.F. y L.R.H. de F). LA LEY 12/04/2019,4. Cita Online: AR/JUR/1632/2019.

357 Baracat, E. J. (2014). *Otra creación de los jueces activistas: el acreedor involuntario*. La Ley 10/03/2014, 10. La Ley 2014-B, 90.

pregunta que se plantea es si corresponde al Poder Judicial tomar por su cuenta decisiones que alteran el orden cerrado de los privilegios o nada pueden hacer los magistrados ante la inacción del Poder Legislativo. Quizás la respuesta no es una ni otra.

El artículo 2.573 del CCCN define al privilegio como "*La calidad que corresponde a un crédito de ser pagado con preferencia a otro*" y adopta una pauta objetiva para su reconocimiento, de manera que el privilegio se reconoce al crédito, independientemente de la persona de su titular. Esta decisión del legislador refuerza la postura de que no debe atenderse a las circunstancias particulares de sus titulares. Seguidamente, el artículo 2.574 del CCCN establece el origen legal de los privilegios, que solo pueden resultar de una disposición de la ley y, ya en el plano concursal, el artículo 239 de la LCQ establece: "*Existiendo concurso, solo gozarán de privilegio los créditos enunciados en este capítulo, y conforme a sus disposiciones*". Estas normas reafirman el exclusivo origen legal del sistema de privilegios, su autosuficiencia y la objetividad de su reconocimiento.

Queda claro entonces que la política legislativa ha sido conferir preferencias legales en función de la pauta objetiva del crédito y no la subjetiva que se relaciona a la persona de su titular. De lo contrario, podría plantearse el caso de un crédito quirografario, cuyo titular lo transfiere mediante cesión a un acreedor de estos que podemos llamar *vulnerables*, y que el mismo reclamara la tutela diferenciada en razón de su situación de vulnerabilidad. Sería esta una manera de burlar los intereses de los restantes acreedores. Se discutirá entonces la existencia de los elementos de la voluntad de los actos jurídicos, la presencia de buena fe y otros aspectos, quitando celeridad y certeza al procedimiento concursal.

Todo ello demuestra que la télesis de la norma, el espíritu del legislador al establecer privilegios, ha sido proteger el crédito independientemente de quién es su titular. De esta manera, no podemos, con un razonamiento totalmente opuesto, crear súper privilegios en razón del sujeto titular del crédito sin vulnerar el espíritu de la norma.

IV. El papel de los jueces concursales en la tutela de los vulnerables

Si bien se ha sostenido que en ciertos casos resulta conveniente un intervencionismo prudente[358] para proteger al débil, se cree que esta respuesta de los jueces no puede ser más que transitoria, en tanto los

358 Martínez, V. F. (2019). *El concurso entre la ley y el derecho judicial. Derecho Concursal Iberoamericano. Realidad y Perspectivas. Obra conmemorativa al XV aniversario del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal*. Colombia, pp. 171-195.

legisladores elaboran la norma que protege al vulnerable y le brinda tutela en el marco del proceso concursal.

Ninguna duda existe en que es el Poder Legislativo el que debe asumir la tarea de dictar normas de derecho interno que permitan transpolar la letra de la Constitución y los tratados internacionales de la misma jerarquía que contiene, de manera que los jueces puedan aplicarlos a los casos concretos que se sometan a su decisión.

De otra manera, convertimos a nuestros magistrados en "héroes o villanos", según apliquen las normas constitucionales o el derecho interno, y según el lado del derecho en que ocasionalmente nos ubiquemos en el devenir de nuestras relaciones civiles, sociales o comerciales. Sin duda que sería beneficioso para nuestras instituciones y para el conjunto de la sociedad el dictado de normas internas por parte del Poder Legislativo que recepten las directivas internacionales, constitucionalmente reconocidas, de manera de hacer previsible su aplicación en los distintos ámbitos del derecho.

Es necesario lograr un equilibrio, en donde la solución del caso concreto no quede librada al sentido de justicia del juzgador, en la que la seguridad jurídica se encuentre garantizada y se dicten resoluciones justas acordes al principio de equidad de dar a cada uno lo suyo.

En esta búsqueda de equilibrio, si se admite lo anterior, es decir que cada juez revise el orden de privilegios legal según ese mandato constitucional y convencional, y si como así se postula, la tutela de los vulnerables es una cuestión de orden público y los jueces deben velar por su protección en base esos principios y normas internacionales constitucionalmente reconocidas, similar beneficio ha de reconocerse en cada proceso universal a todos los acreedores que se encuentren en análoga situación.

Lo que equivale a decir que, frente al proceso universal, medie o no petición en ese sentido, los jueces deben analizar el universo pasivo afectado por el concurso para detectar todos los acreedores que eventualmente se encuentren en la misma condición de vulnerabilidad, para colocarlos en el mismo lugar aun cuando aquellos no hayan solicitado ese privilegio basado en su condición expuesta de vulnerabilidad. Incluso pasando por alto esa falta de petición, motivada tal vez en que estos no han contado con el asesoramiento preclaro de letrados que soliciten la inconstitucionalidad del régimen de privilegios o porque sus asesores menos osados simplemente se allanaron a requerir no otra cosa que lo que la ley les habilitaba.

De no ser así, se comete una mayor inequidad, puesto que al reconocer ese diverso orden de prelación solo en favor del vulnerable que lo solicita, se introduce un factor de desigualdad entre vulnerables que,

de acuerdo a los tratados internacionales, son dignos de similar tutela del Estado. Basten los propios fundamentos de los fallos que autorizaron tales desbordes del orden de privilegios para justificar lo que se postula, que es derechamente trasladable a todos los afectados por esa misma situación de vulnerabilidad.

Asimismo, no parece razonable hacer pesar la vulnerabilidad de un acreedor, o todos aquellos en idéntica situación concurrentes en el marco de un proceso falencial, sobre el resto de los insinuantes admitidos en el pasivo de la quiebra, respecto de quienes rige plenamente la normativa concursal conforme a la cual han participado del proceso de liquidación y que pacientemente han esperado el proyecto de distribución de activos. Ello porque, al modificar el rango de los privilegios de hecho, lo que ocurre es que el así privilegiado logra postergar a los demás acreedores, cuyas circunstancias particulares no han sido consideradas, y podrían abarcar vulnerabilidades no puestas de manifiesto, con lo cual resultan ser revictimizados.

La circunstancia de que las necesidades del vulnerable se manifiesten en el marco de un proceso falencial no es justificativo para liberar al Estado de toda responsabilidad y asentar la misma en los acreedores concurrentes del pasivo de la quiebra.

V. Consideraciones finales

No puede desconocerse que, desde la reforma constitucional de 1994 que incorpora las convenciones internacionales sobre derechos humanos con jerarquía constitucional, y la entrada en vigencia del nuevo código unificado Civil y Comercial en agosto de 2015 a la fecha, ha pasado suficiente tiempo para que el legislador, que dicta normas generales, realice las reformas necesarias en el derecho interno que habiliten concretamente al magistrado de concursos y quiebras a otorgar privilegio especial prioritario a los acreedores que encuadren en la descripción abstracta de la norma. En el actual estado de situación, frente a un régimen de privilegios caduco frente a esa realidad que reclama otras soluciones, se exige a los jueces ejercer una función legislativa que no les corresponde y se los coloca en el dilema de ponderación de valores, todos ellos importantes, en detrimento de la seguridad jurídica y en perjuicio de los restantes acreedores, que también son miembros de un Estado de derecho y se han visto afectados en los derechos que les son propios, y que así dependen de la particular valoración que haga el juez de la causa en el caso concreto.

Si se acuerda a los jueces la facultad de reconocer privilegio especial prioritario al acreedor que así lo solicite, dada su condición de vulnerabilidad, el juzgador —en su rol de director del proceso (art. 274 LCQ) y para cumplir con esos mandatos constitucionales y convencionales que se le imponen como de orden público— debe asegurarse de que no existan otros acreedores que revistan la misma u otra condición de vulnerabilidad, en cuyo caso también deberá reconocerle prioridad en la distribución, por aplicación de las mismas normas internacionales que resultan aplicables a tenor de esos precedentes.

No parece razonable trasladar el costo de reparo de esas situaciones de vulnerabilidad a los otros acreedores, lo que ocurre así al postergarlos frente a los privilegiados, cuando todos son igualmente perjudicados por la insolvencia del verdadero responsable, cuando es el Estado como institución el que debe velar por el respeto a los derechos fundamentales que se invocan y su reconocimiento en tiempo propio, así como la calidad de vida de los vulnerables.

La circunstancia de que las necesidades del vulnerable se hagan manifiestas en el marco de un proceso falencial no resulta justificativo para liberar al Estado de la responsabilidad que le es propia frente a esas situaciones que juzgamos propias de la seguridad social y mucho menos lo es trasladarla a los acreedores concurrentes del pasivo de la quiebra, que resultan terceros inocentes en esa circunstancia.

La cuestión no es meramente teórica, sino que tiene consecuencias prácticas importantes al tiempo de la distribución del activo de un proceso falencial, con repercusión social y económica y profunda afectación de la seguridad jurídica y de la imagen del poder judicial, que se avizora impotente para imponer un orden equilibrado a una valoración que es propia de otro poder que tiene a su cargo el dictado de leyes, de acuerdo a principios políticos propios de haber resultado electo por el pueblo de la Nación.

ACREEDORES HIPERVULNERABLES DE UNA SOCIEDAD CONCURSADA O EN QUIEBRA: ¿PROBLEMA DE LOS ACREEDORES O DE LOS SOCIOS?

RICHARD, Efraín H. y FUSHIMI, Jorge F.

1. Introducción

Eduardo M. Favier Dubois[359] expresa que "*la incorporación legal del concepto de 'consumidor hipervulnerable' es prueba acabada de la discriminación positiva de la Posmodernidad y engloba a una serie de personas y de situaciones muy ilustrativas*". Creemos que el concepto de *persona humana hipervulnerable* es una categoría adquirida por la posmodernidad, siendo la persona consumidora, una de las posibles facetas de su actuación[360]. Por su parte, la autora María Laura Ochoa[361] expresa que la contemplación y consideración especial de las situaciones de hipervulnerabilidad es una obligación inherente a todos los operadores del derecho. En materia concursal, algunos fallos contradictorios, dictados por la propia CSJN, como "Institutos Médicos Antártida s/ quiebra s/ inc. de verificación (R. A. F. y L. R. H. de F.)[362] del 26/03/2019", según el cual se dijo que: "*Tratándose de un niño con discapacidad total, cuya indemnización ha sido verificada como crédito quirografario, corresponde descalificar por inconstitucional el régimen concursal —arts. 239, párr. 1º, 241, 242, parte general, y 243, parte general e inc. 2, de la ley 24.522—, pues no da una respuesta adecuada, definitiva y acorde con esta particular situación al no prever privilegio o preferencia de pago alguno que ampare y garantice el goce de los derechos constitucionales de este acreedor involuntario, menor de edad y discapacitado en extremo, que lo torna doblemente vulnerable*"; o bien "Asociación Francesa Filantrópica y de Beneficencia s/ quiebra s/ incidente de verificación de crédito por L. A. R. y otros[363]", del

359 Favier Dubois, Eduardo M.: "El derecho en la Posmodernidad. Cultura, economía y orden jurídico" en JA 2021-I; SJA 03/02/2021, 3; cita digital: TR LALEY AR/DOC/3958/2020.
360 En efecto, consideramos que nuestra ponencia trata sobre personas hipervulnerables en razón de la edad, de la religión, de la pertenencia étnica, de salud, de orientación sexual, etc, y todas son adquisiciones de la llamada "posmodernidad".
361 Ochoa, María Laura: "Repensar la formación de los operadores del derecho en el nuevo milenio"; Diario La Ley 31/08/2020, 18 • TR LALEY AR/DOC/2784/2020.
362 CSJN: "Institutos Médicos Antártida s/ quiebra s/ inc. de verificación (R. A. F. y L. R. H. de F.)", 26/03/2019; Cita Fallos Corte: 342:459 Cita: TR LALEY AR/JUR/1632/2019.
363 CSJN: "Asociación Francesa Filantrópica y de Beneficencia s/ quiebra s/ incidente de

06/11/2018, donde la mayoría decidió: "*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. Por ejemplo, la preferencia en el cobro de las acreencias garantizadas con hipoteca y prenda (artículo 241, inciso 4 de la ley 24.522) se justifica en los intereses económicos y sociales considerados por el legislador para acordarles dicho privilegio.[…] En efecto, esa preferencia se vincula con la protección del crédito, que es indispensable para el desarrollo y el crecimiento del país, y que depende, en parte, de la existencia y la eficacia de ciertos instrumentos que, como las garantías, aseguren el recupero del crédito. En el caso concreto, el resguardo de esa preferencia en el cobro se relaciona con la oportunidad y el costo de acceder al crédito que tienen los agentes de salud y, en definitiva, con la adecuada prestación de esos servicios que, de hecho, permiten atender el derecho a la salud de toda la comunidad. En síntesis, la preferencia que se otorgue a un acreedor respecto de los restantes en el marco de un proceso concursal es una decisión que incumbe al legislador y no a los jueces de acuerdo con las circunstancias subjetivas que en cada caso en particular se puedan plantear*". Sin embargo, el común denominador de ambas soluciones —aun siendo contradictorias— es que los efectos de la mala praxis médica que colocaron a una persona humana en situación de hipervulnerabilidad debe ser soportada por los acreedores de los procesos concursales, que deben postergar o ver reducidas sus expectativas creditorios, por causas totalmente ajenas a la cuestión concursal.

2. Desarrollo

Parece interesante la tesis de Silvana García[364] sobre la no limitación de responsabilidad de los socios frente a los acreedores involuntarios hipervulnerables. Pero ahondaremos algo más en el tema, incentivados por ella, para sostener que ello no afecta la limitación de responsabilidad societaria, sino que implica incursionar en la asunción de responsabilidad por omisión u acción de los socios, junto a los administradores societarios.

verificación de crédito por L. A. R. y otros", 06/11/2018; Cita Fallos Corte: 341:1511; Cita: TR LALEY AR/JUR/56326/2018.

364 García, Silvana: "*¿Limitación de responsabilidad frente a acreedores involuntarios? (Cuestionando un dogma)*", ponencia al XIV Congreso Argentino de Derecho Societario y X Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Rosario 2019. Publicado en el libro de Ponencias del Congreso "HACIA UN NUEVO DERECHO SOCIETARIO". Tomo III, pág. 2391, Ed. Advocatus, Córdoba, 2019.

A) De la tesis de Carlos E. López Rodríguez[365] sobre responsabilidad de administradores por el déficit concursal, que —obviamente— se centra en la Persona jurídica, entresacamos "*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*".

Se corresponde con haber conjugado las normas imperativas del derecho societario, que pueden llegar a alcanzar a socios de control, que sí trata "*el caso en que el deudor sea una persona jurídica, el enjuiciamiento de las condiciones ha de referirse a la actuación de los administradores*"[366], y de los socios —señalamos conforme reza el art. 1 LGS-d—.

Conjuga con la apreciación de que el riesgo en el caso de ser el deudor una persona humana es de los acreedores, pero de ser una sociedad persona jurídica es de los socios, conforme al informe del "Grupo de Alto Nivel de Expertos en Derecho de Sociedades, presidido por Jaap Winter.

B) La distinguida jurista rosarina Silvana García reflexiona sobre si debiera excluir la responsabilidad limitada de socios frente a los llamados "acreedores involuntarios". Es decir, sí deberían los socios garantizar responsabilidad ilimitada frente a ellos, como régimen de excepción a la genérica responsabilidad limitada que pudieran asumir en virtud del contrato y/o tipo de sociedad. Señala que ello implica poner en cuestionamiento lo que se ha considerado un "dogma" del derecho societario.

Desde hace tiempo sostenemos, conforme los arts. 1 y 99 LGS, que ciertos socios, aún en las sociedades con responsabilidad limitada, asumen responsabilidad solidaria junto a los administradores frente a los acreedores. El art. 150 CCC vino en compatibilizar las previsiones del derecho societario y concursal, dando prioridad a las normas imperativas del derecho societario y en su defecto a las del CCC, antes que los de la ley especial de la legislación concursal que solo otorgan un escudo para que la sociedad mantenga su funcionalidad en un intento de viabilizar su actividad desde el punto de vista reorganizativo y patrimonial.

No creemos que esta apreciación altere la responsabilidad limitada de la tipicidad de segundo grado o tipo de sociedad elegida, sino a la aplicación de las normas de responsabilidad por daño contenidas en la LGS y el CCC, por lo tanto, creemos que el tema es de *lege lata*, frente a la Dra. García que lo hace "de *lege ferenda*".

365 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.
366 López Rodríguez *ob. cit.* en el capítulo inmediato a pág. 59.

Los deberes de prudencia que deben guiar a los administradores societarios, antes y durante un concurso, asegurando no generar daño, cuidado evitar la infrapatrimonialización, o sea, caer en un patrimonio negativo que impida atender al pasivo, se incrementa o agudiza frente a los llamados "acreedores involuntarios", incluso se incentiva en el caso de hipervulnerables.

Sabemos, como señala bien Silvana García: "*Se trata este de uno de los tópicos que más atención viene concitando en la doctrina vinculada al derecho concursal, dentro de la temática de las "tutelas diferenciadas" y ha determinado soluciones jurisprudenciales recientes de suma trascendencia*[367] *—aunque disímiles entre sí— en línea con la denominada constitucionalización del derecho privado. La preocupación también se observa a nivel internacional, en íntima relación con la tendencia de humanización del derecho de la insolvencia. Existe meridiano consenso en que tal categoría se caracteriza por el hecho de que el creditor queda relacionado con el deudor por razones ajenas a su voluntad y aun en contra de su voluntad. Son acreedores que nunca asumieron voluntariamente el riesgo de dar crédito al deudor, no tuvieron la libertad de transformarse en tales, sino que esa condición es producto de la fuerza de las circunstancias*", o de especiales circunstancias, aun devenidas de una relación contractual como puede ser una mala praxis.

C) Pero la cuestión suele derivar, particularmente en el caso de quiebra, en trasladar la situación a un cuestionamiento al art. 240 LCQ sobre las prioridades de pago, agudizando así el perjuicio generado a los acreedores. En los últimos años, se ha advertido que, frente a la quiebra (tanto de personas humanas, como de personas jurídicas), se ha tratado de brindar un superprivilegiada no previsto en la ley concursal a las personas en situación de hipervulnerabilidad, en detrimento de los acreedores legítimos del proceso. En la conferencia inaugural del IV Congreso Argentino de Derecho Concursal y II Congreso Iberoamericano de la Insolvencia, el jurista alemán Karsten Schimidt expresó que, dentro del sistema capitalista, la renta del empresario es privada, mientras que en la quiebra el empresario socializa las pérdidas. La introducción de un acreedor involuntario, en particular el vulnerable, a la masa pasiva falencial, implica —de alguna manera— la privatización del pasivo para con tales acreedores, que son absorbidos por los acreedores, en lugar de hacerlo el estado, conforme analizamos más arriba. Dicho en otros términos: los acreedores falenciales, no solo soportan la pérdida (daño) por la falencia, sino que también se hacen cargo de las responsabilidades

367 Nota al pie en la nota original de la autora GARCÍA, Silvana, Ob. cit. Transcripción de la cita: CSJN 06/11/2018, "*Asociación Francesa Filantrópica y de Beneficencia s/ quiebra s/ incidente de verificación de crédito por L.A.R. y otros" La Ley Online; AR/JUR/56326/2018; CSJN, 26-3-19, "Institutos Médicos Antártida | quiebra s/ inc. de verificación (R.A.F. y L.R.H. de F.)" MJ-JU-M-117713-AR | MJJ117713*

del fallido y del estado, al ver mermado su dividendo falencial a favor del hipervulnerable.

Por eso el punto debe trasladarse, como acepta Silvana García como hipótesis, a las acciones de responsabilidad societarias o del CCC, pero que difiere por "las discusiones sobre los presupuestos, alcance y normativa aplicable", clásico dentro del procesalismo concursalista, o sobre la llamada función de garantía del capital social, que en realidad es el daño por la infrapatrimonialización referida.

D) El tema toma otras características en caso de acuerdo predatorio homologado —a nuestro entender cualquier acuerdo que no satisficiera el daño que la relación jurídica ha generado al acreedor hipervulnerable—, permitiría aun en el caso de homologación, sin atender el fraude a la ley o la abusividad, la promoción de acciones de responsabilidad basadas en las previsiones expresas que señalamos de inmediato. Y no quiera sostenerse que se han extinguido por la homologación las acciones de responsabilidad por haberse eliminado la antijuridicidad; este tema ha sido bien tratado, compartiendo una tesis esbozada pues no parece que el efecto novatorio que genera la homologación de un acuerdo concursal alcance a la responsabilidad de administradores y/o socios, concordando genéricamente con Boretto[368]. Es que es un tema apasionante la responsabilidad por el daño sufrido por quitas en concurso de sociedades —que trasladamos a cualquier pérdida que debiendo asumir los socios se intente trasladar a los acreedores—, específicamente en orden a que los que accionan son acreedores que no votaron favorablemente la propuesta. Dos aspectos se contraponen: el acreedor podría sostener que votó la propuesta para salvar el emprendimiento, siendo un proveedor, pero que el perjuicio a la sociedad lo generó el administrador o el socio controlante, por ejemplo con un *leverage buy out*. En el medio las circunstancias del caso, la buena fe negocial, la actitud de la misma sociedad con relación a los causantes del daño, aunque no accionen contra ellos, las manifestaciones del acreedor vinculadas al voto, particularmente antes de dar su aceptación. Sin duda un espacio abierto a la Justicia.

Por otra parte, el fallo de la Suprema Corte de Justicia en el caso "Provincia de Chubut c/ Yacimientos Carboníferos Patagónicos[369]". Allí expresa con tal comprensión que los socios de la demandada para justificar un *leverage buy out* en su exclusivo beneficio "no estaban habilitados para deliberar y decidir cuestiones que atentasen contra el

368 Boretto, Mauricio "Responsabilidad por presentación tardía en concurso" en obra colectiva citada tomo III p. 2087.

369 Fallado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CS) con fecha: 07/12/2001, caratulado Provincia del Chubut c. Centrales Térmicas Patagónicas S.A. Publicado en: LA LEY 2002-E, 863. - Colección de Análisis Jurisprudencial Elems. de Derecho Administrativo - Julio Rodolfo Comadira, 597 Cita Online: AR/JUR/25/2001.

interés y orden público y las buenas costumbres (art. 21 cit.), o bien que fueran prohibidos por las leyes (art. 953 cit.)". "Lo que es inmoral, lo que es contrario al orden social, lo que se reputa inexistente por falta de formas sustanciales, no puede subsanarse por el transcurso del tiempo. El acto será siempre inmoral, contrario al orden público o carente de las formas indispensables a su existencia, cualquiera sea el número de años que hayan pasado desde su celebración. El tiempo es impotente para transformar lo inmoral en moral, lo ilícito en lícito, lo informal en formal, y siempre el acto conservará el vicio original" (fallo cit. considerando II, págs. 278, último párrafo y 279), criterio este que reiteró en Fallos: 314:1048, considerando 6. Tal argumentación aleja la posibilidad de que una antijuridicidad se vuelva lícita sin la existencia de una expresa norma absolutoria.

Toda responsabilidad, sea contractual o extracontractual, pública o privada, civil, administrativa o penal, se caracteriza por que tiene como fundamento el hecho de que el responsable incumple algún tipo de mandato, obligación o deber que jurídicamente le ha sido impuesto por las reglas del derecho.

E) Es que principios básicos de derecho se basan en la buena fe, evitar el daño[370], o la continuidad de las acciones dañosas, en no abusar del derecho ni cometer fraude a la ley.

La falta de aplicación de las normas imperativas de la ley societaria ante situaciones concursales hace pensar en una suerte de "contraderecho"[371]. Principios básicos de derecho se basan en la buena fe, evitar el daño o la continuidad de las acciones dañosas, en no abusar del derecho ni cometer fraude a la ley. Las tradicionales quitas pueden constituir un despojo cuando afectan el derecho de propiedad, o sea, cuando son despojadoras del derecho de los acreedores beneficiando indirectamente a los socios en cualquier país del mundo, pero también una costumbre *contra legem* frente a normas imperativas como las que existen en la República Argentina.

Quizá sería interesante introducir la recomendación, no impedida por la ley, de que el juez, al verificar si el acreedor consigue superar las dificultades que a la universalidad generó en el año 2006 la reforma del art. 21 LGS, señale el carácter del crédito imponiendo luego su categorización.

370 Caseaux, Pedro N. - Trigo Represas, Félix A. Compendio de Derecho de las Obligaciones. Edición Actualizada. Ed. Librería Editora Platense, Buenos Aires 1992, tomo II pág. 395 y ss.
371 Richard, Efraín Hugo y 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.

La responsabilidad de no ser atendida la obligación, por la propuesta o por el déficit concursal debe generar por aplicación de los arts. 99 LGS y 167 *in fine* CCC, por imperio del referido art. 150 que aclara que "*En caso de infracción 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*".

No hay duda de que el disparador de esta propuesta fue el agudo comentario de la Dra. García, frente a los largos discursos de cuestionamiento al régimen de privilegios y su incompatibilidad con ciertos convenios internacionales.

No ingresamos en el tema de los créditos asegurados, que generan una problemática adicional ante la eventual crisis de la Compañía Aseguradora.

F) En suma, consideramos que la atención del crédito de acreedores involuntarios, particularmente vulnerables, debería recibir una calificación especial ante su verificación, constituyendo un problema a resolver por administradores y socios de control en el concurso preventivo, eventualmente en el acuerdo, y en la quiebra en forma similar, en su caso, a través de acciones de responsabilidad, y nunca constituir un problema de los restantes acreedores que no asumen el riesgo del déficit concursal ante la crisis de sociedades.

LA VULNERABILIDAD DE LOS INTEGRANTES DE LAS COOPERATIVAS

BOQUIN, Gabriela y BERGOGLIO, Virna

Ponencia

Las autoras postulan el carácter de vulnerables de los integrantes de las cooperativas de trabajo. Corresponde a los mismos, por ende, la protección que tales colectivos merecen por parte del Estado y, en particular, del Poder Judicial.

Advierten que lo postulado es frecuentemente desconocido en la práctica y que ello se debe no solo a la existencia de vacíos legales que se deben cubrir pretorianamente, sino también a la no aplicación de normas operativas vinculantes para el Estado.

Resaltan el deber del Estado de fijar una política y un marco jurídico adecuados para las cooperativas de trabajo, de alentar su desarrollo, promoverlas, facilitarles acceso a sistemas de apoyo para su fortalecimiento y beneficiarlas con condiciones que no sean menos favorables que otras formas de empresas.

Señalan que el incumplimiento de las obligaciones por parte del Estado, por acción u omisión, conlleva una responsabilidad interna e internacional, una injusticia interna y un ilícito internacional.

Destacan que la responsabilidad del Estado es en toda su extensión y que la misma cobra mayor relevancia ante la vulnerabilidad de los sujetos involucrados, integrantes de cooperativas de trabajo.

Introducción

Desde hace un tiempo que la jurisprudencia y doctrina analizan las situaciones en las cuales se encuentran involucrados sujetos vulnerables.

Ahora bien, mientras se los reconoce en muchos precedentes judiciales como sujetos de especial tutela, en otros se los ignora considerando que el derecho positivo debe adoptar soluciones específicas y concretas para ellos, y no resultan suficientes los tratados de derechos humanos que consagran especialmente su protección. De esta manera, se hace

primar la letra fría de una ley inferior por sobre cláusulas supralegales[372], o compromisos internacionales asumidos por nuestra República, se aprecia que los mismos son normas programáticas y no operativas[373], y se desplazan las previsiones del artículo 2 del Código Civil y Comercial de la Nación[374].

Sujeto vulnerable

Podemos quizás simplificar el concepto de vulnerable considerando como tal a una persona humana que es más propensa a ser dañada por determinado acto, o que tiene menores posibilidades de recuperase ante el perjuicio causado, o respecto de la cual este tiene una mayor magnitud por los efectos que le ocasiona.

Florencia Luna, investigadora del Conicet y Flacso, en su trabajo "Vulnerabilidad: la metáfora de las capas"[375], sostiene que el concepto de vulnerabilidad está estrechamente relacionado a las circunstancias, a la situación que se está analizando y al contexto. No se trataría así de una categoría, rótulo o una etiqueta. Pensar que alguien es vulnerable es considerar que una situación específica puede convertir o hacer vulnerable a una persona. En este sentido, trabaja sobre el concepto de capas de vulnerabilidad, pues ayuda a trabajar mejor los aspectos evaluativos y descriptivos de la situación. Además, agrego, permite diferenciar la vulnerabilidad de la hipervulnerabilidad.

Los vulnerables en nuestro derecho positivo

Las 100 reglas de Brasilia sobre acceso a la Justicia de las personas en condiciones de vulnerabilidad, adoptada por la Acordada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación 5/2009 y a las que se adhirió el Ministerio Público Fiscal de la Nación mediante Res. PGN 58/09, establece en su exposición de motivos que el sistema judicial se debe configurar como un instrumento para la defensa efectiva de los derechos de las personas en condición de vulnerabilidad, introduciendo el concepto de vulnerabilidad de las personas humanas, beneficiarios de las referidas reglas.

Así, considera en condición de vulnerabilidad a aquellas personas que

372 Artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional.
373 CSJN, voto de la mayoría en "Asociación Filantrópica Francesa / quiebra s/ incidente de verificación de crédito por L.A.R. y otros", 6 de noviembre, 2018.
374 ARTÍCULO 2.- Interpretación. La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento.
375 Publicado en *Jurisprudencia Argentina*, IV Fascículo n°1, 2008 pp. 60/67.

por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de Justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico.

Luego hace una enumeración, que no es taxativa, apreciando como causas de vulnerabilidad la edad, la discapacidad, la pertenencia a comunidades indígenas o a minorías, la victimización (el acreedor involuntario), la migración, el desplazamiento interno, la pobreza, el género y la privación de libertad.

La ley orgánica del Ministerio Publico Fiscal regula las funciones del organismo estableciendo su intervención necesaria ante conflictos en los que se encuentre afectado de manera grave el acceso a la justicia por la especial vulnerabilidad de alguna de las partes o la notoria asimetría entre ellas (art. 2, inc. "e") y el deber de los fiscales en materia no penal de peticionar en las causas en trámite cuando se trate una manifiesta asimetría entre las partes (art. 31, inc. "b").

Necesidad de medidas positivas

La Corte, muy recientemente[376], en el fallo "García María Isabel c/ AFIP s/ acción meramente declarativa de inconstitucionalidad", manifestó que la vulnerabilidad precisa de una igualdad sustancial, lo que produce un tratamiento diferenciado por el estado de mayor vulnerabilidad de un sujeto, y delineó de esta manera que el mismo es un concepto variado, relativo y dinámico. En ese caso, apreciando la mayor vulnerabilidad de la actora por su avanzada edad y las enfermedades que sufría, consideró lógico que el legislador no pueda contemplar las múltiples situaciones de vulnerabilidad en una ley, pero que tampoco puedan unificarse consecuencias legislativas ante realidades distintas. Es que si hablamos del principio de igualdad ante la ley, tenemos que considerar que ese tratamiento igualitario se aplica a sujetos iguales, es decir, a individuos que se hallan en una razonable igualdad de circunstancias.

Citando a Bidart Campos, el Tribunal Supremo destacó: "Que la reforma constitucional introducida en 1994 dio un nuevo impulso al desarrollo del principio de igualdad sustancial para el logro de una tutela efectiva de colectivos de personas en situación de vulnerabilidad, estableciendo 'medidas de acción positiva' traducidas tanto en 'discriminaciones inversas' cuanto en la asignación de 'cuotas benignas', en beneficio de ellas. Es que en determinadas circunstancias que con suficiencia aprueben el 'test de razonabilidad', resulta constitucional favorecer a determinadas personas de ciertos grupos sociales en mayor proporción que a otras, si

376 26 de marzo del 2019.

mediante esa 'discriminación' se procura compensar y equilibrar la marginación o el relegamiento desigualitarios que recaen sobre aquellas […] se denomina precisamente 'discriminación a la inversa' porque tiende a superar la desigualdad discriminatoria del sector perjudicado"[377].

Lorenzetti, en la edición de *Infobae* del 14 de abril del 2019, en un artículo titulado "Los vulnerables", consideró que la igualdad debe ser un valor protegido, políticamente buscado y una aspiración constante de gobernabilidad, apreciando que por esta razón es que la Constitución Nacional establece la igualdad de oportunidades. Afirmó que una igualdad de puntos de partida o de recurso para que cada uno se pueda desempeñar en la vida es factible desde el punto de vista económico y social.

Todo lo expuesto resulta transversal a todo el ordenamiento jurídico y, por ende, también atraviesa al sistema concursal. Prueba de ello es el tratamiento dado por la Corte en el caso "Institutos Médicos Antártida s/ quiebra s Incidente de verificación R.A.F y L.H.R de F"[378] o los votos en disidencia de los Dres. Maqueda y Rossatti en "Asociación Francesa Filantrópica y de Beneficencia s/ quiebra s/ incidente de verificación de crédito por L.A.R. y otros", en los cuales, por la consideración de vulnerable del acreedor (menor discapacitado), se declaró el jaque mate al sistema de los privilegios declarándose la inconstitucionalidad de los mismos.

Como surge de los mencionados antecedentes, la jurisprudencia no resulta uniforme al analizar los casos en que se encuentran involucrados sujetos vulnerables.

Vulnerabilidad y cooperativas de trabajo

A esta altura cabe preguntarse: ¿los integrantes de las cooperativas de trabajo pueden considerarse como grupos vulnerables?

Claramente son personas humanas que han decidido asociarse ante una situación límite: el quebranto de su trabajo formal, el cierre de la actividad de su empleadora, la pérdida de su fuente laboral, en definitiva, la ausencia de un sustento digno para sí y/o su grupo familiar.

La vulnerabilidad de los integrantes de una cooperativa de trabajo surge de la ausencia de un derecho humano básico que hace a su inherente dignidad y deriva de la misma, más allá de todo reconocimiento positivo: el trabajo digno. Ante la ausencia de ingresos dignos como consecuencia de la falta de trabajo por el abandono o quiebra de los empleadores,

377 Bidart Campos Germám, "Tratado elemental de Derecho Constitucional Argentino" 2000: 2001, Editorial Ediar, Buenos Aires, T. I, p. 80.
378 https://www.infobae.com/opinion/2019/04/14/los-vulnerables/, de marzo del 2019.

es imposible considerar la existencia de una igualdad sustancial para hacer frente a la vida en sociedad entre los sujetos sometidos a tales condiciones y aquellos que no lo están.

"La preservación de la fuente de trabajo tiene una relación directa con el derecho al trabajo (arts. 14 bis y 75 inc. 19, Constitución Nacional; arts. 6 y 7, Pacto Internacional de Derechos económicos, sociales y culturales; arts. 6 y 7 del Protocolo Adicional de la Convención americana sobre derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales; art. 39, Constitución de la provincia de Buenos Aires). Ese derecho impone al Estado deberes de respeto y también la obligación de adoptar medidas positivas concretas y orientadas a su realización como medio de asegurar condiciones de vida digna (Comité de derechos económicos sociales y culturales, Observación General 18, "Derecho al Trabajo", en especial párrafos 19 y 22; fallos 336:672 "Asociación de Trabajadores del Estado", considerando 10)"[379].

En la mayoría de los casos, los trabajadores se encuentran solos ante el desafío de la autogestión, deben afrontar las dificultades de un proceso complejo —como es la quiebra— para lograr ser reconocidos como continuadores de la explotación.

La hiposuficiencia del trabajador es reconocida como premisa por la ley laboral para establecer el deber de preferente tutela, es decir, mayor protección, del trabajador. La vulnerabilidad del trabajador receptada en las normas y principios laborales se ve agravada en circunstancias de su empleador que imponen la autogestión a través de las cooperativas de trabajo como única alternativa de trabajo digno. Resultan innecesarias mayores aclaraciones para poder afirmar que estas situaciones, en el marco de las cuales los trabajadores se conforman en cooperativa, conllevan el quebrantamiento de derechos reconocidos en nuestro ordenamiento: a un trabajo en condiciones dignas y equitativas, una retribución justa, una vivienda digna, vestido, salud, entre otros, es decir, a un nivel de vida adecuado.

Las situaciones en las que se suelen conformar las cooperativas de trabajo implican habitualmente, utilizando palabras del profesor Giardino, "el quebrantamiento de un principio basal, como lo es el de igualdad y de no discriminación, que se ve, a su vez, potenciado cuando el menoscabo hace carne en integrantes de grupos particularmente protegidos […] violaciones todas ellas que, con necesidad, injurian el sentido transcendente del hombre y su libertad"[380].

379 Dictamen del Procurador ante la Corte Dr. Víctor Abramovich "Norte Sociedad Anónima s/ quiebra" 30/10/2020.
380 Gialdino, Rolando E., "La pobreza extrema como violación del derecho (I), https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/derechos-humanos-emx/article/view/24371/21827.

Sin embargo, en estos casos, si bien la misma ley 24.522 reconoce derechos a los trabajadores y en particular a los reunidos en cooperativas de trabajo, les impone exigencias a cumplir casi impracticables para personas que se encuentran ante el peligro de la pérdida de un ingreso digno, algunas de las cuales se ven agravadas en forma pretoriana.

De este modo, en la práctica, se discrimina muchas veces a los propios trabajadores a proteger y se generan obstáculos o impedimentos para acceder a su derecho reconocido legalmente, con una consecuente denegación de justicia en franca contradicción con las 100 Reglas de Brasilia.

Deber del Estado

Los derechos en juego imponen correlativas obligaciones del Estado no solo de respetarlos y protegerlos, sino también de garantizar su realización. En efecto, en el caso adquieren particular relevancia sus obligaciones positivas.

Es que el derecho al trabajo impone al Estado deberes de respeto y también la obligación de adoptar medidas positivas concretas y orientadas a su realización como medio de asegurar condiciones de vida digna[381].

En relación a las cooperativas de trabajo, la recomendación OIT 193 establece también el deber estatal de fijar una política y marco jurídico adecuado, de alentar su desarrollo, promoverlas, facilitarles acceso a sistemas de apoyo para su fortalecimiento y de beneficiarlas con condiciones que no sean menos favorables que otras formas de empresas.

En esta línea, la ley falencial también establece precisas obligaciones estatales a su respecto, por ejemplo, en el artículo 191 bis y 48 bis.

Desde esta perspectiva, la Sala F de la Cámara Nacional en lo Comercial ha resuelto recientemente, citando lo dictaminado por la Fiscalía de Cámara: "Cargar a la Cooperativa con las consecuencias del incumplimiento del Estado […] no parece la solución apropiada. Coadyuva a lo expuesto la Recomendación 193, arts. 48 bis y 191 bis de la ley 24.522 y la finalidad emanada de la ley 26.684 que introdujo como fundamento basilar del sistema concursal en etapa liquidativa la conservación de las fuentes de trabajo a través de la cooperativa de trabajadores"[382].

Es que el Poder Judicial no puede permanecer ajeno a sus obligaciones. El deber del juez de preservar la dignidad del hombre se encuentra normado

381 Comité de derechos económicos sociales y culturales, Observación general 18, "Derecho al Trabajo" en especial párrafos 19 y 22; fallos 336:672 "Asociación de Trabajadores del Estado", considerando 10.
382 CNCom, Sala F en autos Maxim S.A. s/ quiebra (Expte. Nº 47019/2008), sentencia del 2/6/2021.

en los artículos 14 y 14 bis CN y en los documentos de Derechos Humanos previstos en el artículo 75, inciso 22, CN. Los mismos, como también las Reglas de Brasilia, deben ser tenidos en cuenta al momento de analizar los casos que se presentan.

Atento a que el Estado ha contraído obligaciones internacionales ante el reconocimiento en dicho ámbito de los derechos analizados, "la prescindencia del cumplimiento de las referidas obligaciones puede originar responsabilidad internacional del Estado Argentino"[383], además de interna y la inobservancia por acción u omisión, una imperdonable injusticia interna, y un ilícito internacional[384].

Conclusiones

El Estado, en su concepción integral de tres poderes, y el Ministerio Público Fiscal no pueden permanecer indiferentes ante las obligaciones asumidas y el carácter vulnerable de los integrantes de las cooperativas. Su responsabilidad y sus obligaciones respecto de las cooperativas de trabajo cobran mayor relevancia en virtud de ello.

383 CSJN, Méndez Valles, Fernando c/ A.M. Pescio SCA. s/ ejecución de alquileres, 26/12/1995, Fallos: 318:2639.
384 Gialdino, Rolando E., "La pobreza extrema como violación del derecho (I), https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/derechos-humanos-emx/article/view/24371/21827.

ES EL MOMENTO DE PROTEGER AL CONSUMIDOR EN MATERIA CONCURSAL

SOMOZA LÓPEZ, Gustavo A.

Ponencia

Cuando se analiza una categoría que puede alcanzarnos a todas/os, sin duda esa categoría es la del consumidor. No es posible olvidar el icónico discurso del presidente John F. Kennedy del 15/03/1962, cuando expresó que todos somos consumidores, lo cual es cierto.

Esa situación hace que en nuestro país se desarrolle un conjunto de normativa protectiva importante. Dicho plexo protector del consumidor se integra por el artículo 42 CN, la Ley de Defensa del Consumidor y el Código Civil y Comercial de la Nación a partir del artículo 1.092, ello sin considerar tratados internacionales con jerarquía constitucional (conforme art. 75, inc. 22, CN) aplicables a la materia.

Considerando que dicha categoría nos alcanza a todas y todos, hay sin duda un flagelo que afecta a las/os consumidores, en una sociedad capitalista como la nuestra, que es el sobreendeudamiento.

Dicho sobreendeudamiento puede provocar la insolvencia del consumidor, que podemos ser cualquiera de nosotras/os. Y ante ello debemos analizar si la Ley de Concursos y Quiebras N° 24.522 es el instrumento idóneo para dar una adecuada solución a la insolvencia del consumidor y —si se me permite— al concurso de personas humanas que no realizan actividad económica organizada, concepto que sin duda es más amplio que el de consumidor, pero que necesariamente lo tiene que incluir de modo preferente, si pensamos que la *ratio legis* de nuestro sistema protectivo consumeril es proteger al consumidor.

"Con sustento en el art. 42 de la CN, en la Ley de Defensa del Consumidor Nº 24.240 y en los artículos 1.094 y 1.095 del Código Civil y Comercial, que estipulan que las normas que regulan las relaciones de consumo deben ser aplicadas e interpretadas conforme con el principio de protección del consumidor, entiendo acreditado en autos el requisito de la verosimilitud en el derecho, sin que quepan atender los agravios del recurrente en orden a que el precio del 'valor móvil' es establecido directamente por la terminal automotriz, y por ende —en este periférico análisis— el accionante debe dirigir su acción contra dicha empresa en función de lo

dispuesto por artículo 1 del contrato de adhesión"[385].

Claramente, la ley 24.522 con su actual redacción no da adecuada solución al concurso del consumidor, dado que no se la redactó en dicha inteligencia. Sirva como ejemplo que ante el supuesto de un deudor que no tengan liquidez o activos suficientes para pagar los costos del proceso existe la presunción de fraude y remisión del caso a la justicia penal.

Por ende, el objeto de la presente es generar un incentivo para pensar soluciones a dicha situación de insolvencia del consumidor, escenario que la irrupción de la pandemia y sus efectos sobre una economía que ya tenía una recesión previa, como la nuestra, y con no generación de empleo privado de muchos años se verá incrementada.

Desarrollo

En el presente plantearé algunas ideas para reflexionar sobre posibles soluciones a la problemática que plantea la insolvencia de las/os consumidores.

El presupuesto objetivo de insolvencia del consumidor sería el sobreendeudamiento, motivado por obtención de créditos que en luego de acumularse ante contextos complejos particulares puede derivar en situaciones falenciales. Ante ello, debo agregar que —además de los instrumentos que en el presente desarrollaré— estimo procedente indicar que la educación financiera y al consumidor debería extenderse en los planes de estudio de nuestro país (dicha acción sería preventiva con respecto al sobreendeudamiento). Ahora bien, ello sin dejar de considerar que el sobreendeudamiento puede relacionarse con la idea de cubrir necesidades básicas, paliando necesidades que son un imperativo propio de una vida digna en el seno de una sociedad de consumo como la nuestra. Pero la normativa que propongamos, considerando la particularidad de la persona humana no organizada empresarialmente en estado de insolvencia, debe proteger a la persona humana, a su proyecto de vida y también a la satisfacción de las acreencias[386], considerando que la finalidad del proceso concursal es superar el estado de cesación

385 "Villalba del Boca, Jorge Domingo c/ F.C.A. S.A. de ahorro para fines determinados y otros s/ ley de defensa del consumidor", Cámara Federal de Apelaciones de Córdoba, Sala B, 14/04/2021.

386 La Corte Suprema de Justicia de la Nación indicó el día 6/4/93 en autos caratulados "Bahamondez Marcelo s/ medida cautelar", votos concurrentes, fallos 316:479, que el derecho a la vida es: "El primer derecho de la persona humana preexistente a toda la legislación positiva y resulta reconocido y garantizado por la Constitución Nacional y las leyes", y que "el hombre es eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo —más allá de su naturaleza trascendente— su persona es inviolable. El respeto por la persona humana es un valor fundamental, jurídicamente protegido, con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental".

de pagos logrando la satisfacción de las acreencias con la continuidad de la actividad del concursado, en este caso el consumidor. Ahora bien, ante las particularidades del deudor, considero que los bienes jurídicos protegidos son: salvaguardia de los derechos esenciales de la persona humana consumidor, su reinserción en la actividad económica, el pago a los acreedores. Dicha solución no debe ser una mera creación pretoriana, sino que debe surgir de una ley que deberá elaborarse con el adecuado análisis y debate. Una de las falencias de la ley 24.522 para resolver esta problemática es tener como presupuestos fines jurídicos que en muchas ocasiones se tornan opuestos, entre concurso de una unidad productiva organizada como empresa y una persona jurídica como el consumidor, ello se suma el hecho del alto costo del proceso actual para ser afrontado por el consumidor en estado de insolvencia y debiendo considerar que ante el fracaso del referido proceso la consecuencia sería la quiebra.

Ante el referido escenario, podemos considerar que tal vez un instrumento idóneo para resolver el concurso del consumidor es potenciar un instituto que ya prevé la ley 24.522, el acuerdo preventivo extrajudicial, pero buscando mejorar su actual regulación.

"El sujeto pasivo del acuerdo preventivo extrajudicial alcanza tanto a no comerciantes como a comerciantes, ya sean personas humanas o jurídicas de carácter privado y las sociedades donde el Estado nacional, provincial o municipal sea parte […] La presentación del deudor debe expresar que se encuentra en 'cesación de pagos o en dificultades económicas o financieras de carácter general' mediante una explicación convincente y verosímil. Sin bien la norma no lo expresa de modo explícito, deben cumplirse los recaudos previstos en los incs. 1 y 2 del art. 11 LC, pues aparece del todo razonable exigir la individualización del deudor y la explicitación del cumplimiento del presupuesto objetivo en punto a la crisis que se pretende conjurar con el acuerdo (CCom. esta Sala in re 'Romi SRL s/Acuerdo Preconcursal' [Fallo en extenso: elDial - AA2F5E] del 31.10.05). […] Asimismo, se estableció que en supuestos en los que —por la actividad desarrollada— no resultara necesario llevar libros en legal forma, deben presentarse elementos suficientes para conocer el estado patrimonial"[387].

En el supuesto de la aplicación del APE para el concurso de un consumidor, se debería evaluar sumar una etapa conciliatoria en sede judicial con un funcionario designado por el juez competente, que debería ser el juez con competencia en materia comercial del domicilio del consumidor o del desarrollo de su actividad laboral o profesional. Dicho funcionario tendrá como finalidad acercar posiciones que impliquen la resolución de

387 "Dyzenchauz Julio Marcos s/ acuerdo preventivo extra judicial", CNCOM, SALA B, 18/09/2008.

la insolvencia del consumidor satisfaciendo las acreencias y cuidando que pueda proseguir el consumidor sus actividades como profesional o en relación de dependencia.

En cuanto a mi planteo, parte de la premisa de que la regulación esté inserta dentro de la Ley de Concursos y Quiebras, y sin lugar a dudas remarco aquí que es una facultad federal la regulación del régimen de bancarrotas y, por ende, la regulación en particular del concurso del consumidor[388].

Como alternativa, puede regularse específicamente el concurso del consumidor en la ley 24.522, previendo algunos elementos que dicha normativa debería incluir, a saber:

a) Plantear una instancia de mediación obligatoria con mediadores/as que deberán tener conocimientos en derecho concursal, debiendo el/la consumidor/a contar con asistencia letrada. Ante la hipótesis de no lograr acuerdo, se deberán remitir las actuaciones al juez competente en materia comercial del domicilio o del desempeño de la tarea profesional o el trabajo en relación de dependencia del consumidor.

b) En sede judicial, ante la hipótesis de no contar con ingresos suficientes se debería prever la asistencia legal al concursado con contribución directa del Estado (modalidad *pro bono*) o por medio de un defensor público.

c) Puestos a regular en específico el concurso de la persona humana que no realiza actividad económica organizada, incluiría como presupuesto fáctico que habilitara este concurso sea la insolvencia provocada por deudas de consumo, pero no limitarla al sobreendeudamiento, sino que extenderla también a causa de pérdida o precariedad de empleo, incapacidad, enfermedad, divorcio, fallecimiento de cónyuge/conviviente o asunción de gastos extraordinarios, en todos los casos debidamente acreditados dichos extremos.

d) Ante la presentación del proceso, debe de modo inmediato producirse la suspensión de todas las acciones contra la persona humana de carácter patrimonial, remitiéndose dichas actuaciones a la sede de radicación del concurso[389], con la consiguiente suspensión del devengamiento de

388 "Artículo 126. Las provincias no ejercen el poder delegado a la Nación. No pueden celebrar tratados parciales de carácter político; ni expedir leyes sobre comercio, o navegación interior o exterior; ni establecer aduanas provinciales; ni acuñar moneda; ni establecer bancos con facultad de emitir billetes, sin autorización del Congreso Federal; [...] ni dictar especialmente leyes de [...], bancarrotas, falsificación de moneda o documentos del Estado; ni establecer derechos de tonelaje".

389 "La regla general de competencia es el domicilio del deudor (art. 5: inciso 3 del Código Procesal), y esta solo cede —aparte de los casos de fuero de atracción, causas conexas y litisconsorcio— en las situaciones en que el lugar de cumplimiento de la obligación se encuentra expresa o implícitamente establecido, pero siempre y cuando esta última

intereses en las obligaciones que originaron dichos procesos de naturaleza patrimonial. En este caso particular, se sumaría la prohibición por parte de la persona humana concursada que adquiera créditos, compre bienes a crédito o situaciones análogas sin que medie expresa autorización del juez interviniente.

e) En sede judicial, se nombra un síndico. El deudor deberá formular un plan de regularización de su situación si recibe el voto favorable de sus acreedores, se aprueba y homologa, de no mediar acuerdo, si bien puede concluir en la quiebra del consumidor, en modo alguno impedirá que este continúe su actividad en relación de dependencia o profesional. Imposibilidad de ingresar a un nuevo proceso concursal luego de 3 años de concluido el anterior.

f) En el caso de aprobarse el plan, además del cumplimiento del mismo, es obligación del consumidor/a tomar cursos sobre educación al consumidor y financiera.

Dado que este se prevé como régimen especial, si el concursado actúa de modo fraudulento, dolosamente o incomparece el deudor en alguna etapa del proceso, se le deberán aplicar sanciones pecuniarias e incluso impedirle a futuro optar por este régimen concursal especial.

Ante la eventualidad de un proceso que concluya con la quiebra, propongo medidas que salvaguarden de modo expreso el ingreso motivado por su actividad profesional, o laboral en relación de dependencia o jubilación protegiendo ingresos vitales de la persona humana[390].

circunstancia surja en forma clara y evidente", "Bozzi, Gustavo Leonardo c/ Sinea Plásticos S.A. s/ ordinario", CNCOM, Sala D, 26/05/2020.

390 "La preferencia que establece el art. 240 de la LCQ para la cancelación de los gastos del concurso, no autoriza a sustraerlos de los alcances de los arts. 107 y 236 de la ley concursal, las cuales establecen el límite patrimonial y temporal de los efectos de la declaración de la quiebra […] pese a las posturas doctrinarias que pugnan por la regulación de la llamada *quiebra del consumidor*, no existe norma legal que imponga dar un tratamiento distinto para la quiebra de una persona física no comerciante y respecto de quien se han afectado sus haberes jubilatorios para el pago de los créditos prefalenciales […] la mera alegación o invocación por parte del funcionario de la existencia de una conducta abusiva del fallido, no es suficiente para mantener la decisión apelada, en tanto no se probó ni se ofreció hacerlo que la actuación del fallido encuadre en las previsiones del art. 10 del CCCN que, al referirse al ejercicio abusivo de los derechos dispone que 'Se considera tal el que contraría los fines del ordenamiento jurídico o el que excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres'", "Fernandez Osvaldo Ruben s/ quiebra s/ incidente art. 250", CNCOM, Sala B, 07/02/2019.

LA NATURALEZA DEL SOBREENDEUDAMIENTO DE LA PERSONA HUMANA EN SU CONDICIÓN DE CONSUMIDOR Y SU SOLUCIÓN JURÍDICA

PÉREZ, Fabiana P.

Ponencia

Este trabajo tiene por objeto, por un lado, estudiar la naturaleza del endeudamiento en exceso de la persona humana o grupo familiar y, por el otro, evidenciar la necesidad de contar con una norma propia que permita el saneamiento y rehabilitación mediante un procedimiento que recepte las particularidades de esta categoría de deudor.

Con relación a la primera cuestión, analizo las características de este tipo de endeudamiento postulando que la noción de insolvencia, utilizada para identificar el desbalance patrimonial que exhibe una unidad económica, en donde el activo es inferior al pasivo, no es aplicable al consumidor por cuanto se trata de deudas que no generan su propio repago y su atención depende de los ingresos que a futuro se obtengan. Tampoco aplica la fórmula que tradicionalmente se utiliza para determinar el grado de endeudamiento, sino que su medición también dependerá de los ingresos.

Sobre el segundo aspecto, cuestiono la suficiencia de la ley 24.522 tal y como está redactada para dar una respuesta adecuada al consumidor sobreendeudado y sostengo la necesidad de contar con un estatuto propio dentro de dicha ley que recepte esta problemática y proporcione una herramienta que permita su saneamiento y rehabilitación. Por último, desarrollo una serie de particularidades que deberían estar contempladas en dicho estatuto y completo la disquisición enumerando una serie de circunstancias que podrían generar debate sobre la implementación de este procedimiento.

I.- Desarrollo

El endeudamiento de la persona humana motivado en el consumo personal o familiar es un fenómeno a nivel global; su incidencia sobre el total de préstamos del sector financiero es creciente y significativa. Ello tiene su explicación en las políticas microeconómicas que los Estados han

venido implementando, para incentivar la toma de deuda por parte de los consumidores con el objeto estimular la demanda en determinados sectores de la economía.

Nuestro país no ha sido la excepción, también ha puesto en marcha estas políticas y ha intervenido de manera vigorosa en la oferta de este tipo de financiación a través de, por ejemplo, subsidiar la tasa de interés para contraer deuda a plazo.

Ello a su vez motivó el desarrollo de estrategias comerciales de las instituciones bancarias a fin de captar al consumidor debido a que encontraron allí un nicho de negocio rentable.

Además, en los últimos tiempos, se han incorporado al sector nuevos actores impulsados por el cambio tecnológico y la transformación digital que van en búsqueda de los consumidores poco atractivos para el sistema financiero tradicional, ya sea por el tipo de ingreso, la edad, etc., ampliando el mercado de productos orientados al consumidor.

De ello podemos concluir que endeudarse para consumir no es una anomalía o responde a circunstancias extraordinarias, sino que es una expresión más que integra nuestro sistema financiero[391].

II.- Del consumidor

El artículo primero de la ley 24.240 considera consumidor a la persona humana que adquiere o utiliza, en forma gratuita u onerosa, bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social. Según esta definición, para establecer la calidad de consumidor, se tiene en cuenta la finalidad para la cual se adquirió el bien o servicio.

Si a esta descripción le sumamos las previsiones contenidas en el artículo 1.092 del Código Civil y Comercial, podemos además decir que la condición de consumidor depende de la existencia de un vínculo de consumo y del lugar que se ocupe en dicha vinculación.

391 Sistema financiero en Argentina: 1) las entidades bajo el control del BCRA bancos comerciales públicos y privados, cooperativas de crédito y cajas de ahorro; 2) las entidades y/o proveedores no financieros de créditos no sujetas a autorización para funcionar y no constituyen depósitos con las garantías previstas por el BCRA, empresas de bienes y servicios que complementan su actividad con servicios financieros ejemplo de ello casas de electrodomésticos o supermercados que emiten sus propias tarjetas de crédito y financiación; y por ultimo 3) las Fintech empresas que combinan la tecnología para encontrar una solución a las diferentes necesidades financieras cuyos servicios se prestan a través de plataformas electrónicas.

III.- Del crédito al consumo

El crédito al consumo es la deuda que se contrae para financiar el gasto en el que incurre la persona humana o grupo familiar; en general, están destinados a solventar un bien de uso final, para expandir la capacidad de compra, para financiar un estándar de vida o para acceder a uno mejor, para realizar viajes etc.

Este tipo de crédito se instrumenta mediante préstamos a sola firma, tarjetas de crédito y adelantos en cuenta corriente.

IV.- Del endeudamiento

El endeudamiento no es bueno ni malo, es solo una herramienta financiera que requiere, para que sea efectiva, de una adecuada planificación.

Cuando se lleva a cabo una actividad económica organizada —ya sea por una empresa, un emprendedor o un autónomo que ejerce una profesión, oficio o arte—, el endeudamiento, si se utiliza de manera correcta, sirve para generar ganancias. Ello sucede cuando el costo de la deuda es inferior a la tasa de rentabilidad que se obtiene y ese excedente incrementa la cuenta de resultados y se puede traducir en un beneficio (apalancamiento financiero). La ratio de endeudamiento exhibe la relación entre la deuda y capital propio. Cuando el índice que arroja es mayor a uno, da cuenta de una fuerte exposición al comportamiento del mercado donde el incremento de la tasa de interés afectará de manera directa la rentabilidad.

La pérdida de rentabilidad podrá derivar en dificultades financieras. Si aquella no es atendida, puede culminar en un estado insolvencia, importando ello la incapacidad del activo de generar ingresos suficientes para hacer frente con sus compromisos en el tiempo y la forma acordada.

Cuando la empresa o actividad económica ingresa en este estado, la cuestión a considerar es si el negocio es viable, es decir, que tenga un producto/servicio atractivo, un mercado, una demanda insatisfecha, etc., que le permita recomponer su situación patrimonial. En ese caso, el acuerdo preventivo extrajudicial, la presentación en concurso o el pedido de propia quiebra son remedios legales que posibilitan la superación del estado de insolvencia, en los dos primeros casos rehabilitando y en el segundo liquidando la actividad.

V.- ¿Este análisis es aplicable a la persona humana que se endeuda para consumir? NO. ¿Por qué?

Por las características propias que tiene este tipo de endeudamiento.

En efecto, una particularidad trascendente y que define su naturaleza es que se trata de deudas que no generan su propio repago, sino que descansa en los ingresos que a futuro tenga la persona humana o grupo familiar, ya sea por ejemplo por su trabajo bajo relación de dependencia o jubilación.

Además, mientras que para la empresa o emprendimiento económico consideramos al capital aplicado al giro para medir el endeudamiento, en el consumidor debemos considerar, a mi criterio, los ingresos.

En esa línea, para estudiar este tipo de fenómeno, los autores William Jarvis y el Dr. Ian C. MacMillan desarrollaron el Coeficiente de apalancamiento del consumidor que relaciona la deuda total / ingreso disponible y establece la cantidad de años que le insume al consumidor pagar los compromisos asumidos. También lo podríamos medir en términos relativos, es decir, cuánto representa el monto de la deuda mensual respecto de los ingresos en ese mismo lapso.

Entiendo que el sobreendeudamiento, y no la insolvencia, explica mejor cómo el consumidor llega a la suspensión de los pagos, porque responde mejor a la naturaleza y características recién descriptas.

El sobreendeudamiento es un estado patrimonial que en determinado momento exhibe un exceso de pasivo respecto del activo, pero ello por sí solo no implica que el sujeto se encuentre en estado de cesación de pagos; ergo no es sinónimo de insolvencia.

Es asi que podemos caracterizarlo como un estado de preinsolvencia en donde el incumplimiento, si bien existe, puede o no ser generalizado.

Entonces, ¿cuándo habrá sobreendeudamiento del consumidor? Cuando las obligaciones contraídas consuman la mayoría de los ingresos, lo que en muchos casos importará que dicho endeudamiento se torne confiscatorio e impida la satisfacción de necesidades básicas de salud, educación, alimentación, vivienda, etc.

Otra particularidad de este tipo de endeudamiento es que la vinculación entre consumidor y su acreedor es completamente asimétrica. Ello por, entre otras cuestiones, la escasa formación en finanzas, el acceso incompleto a toda la información y el nulo poder de negociación individual.

Para finalizar este acápite, si bien el sobreendeudamiento puede deberse a una multiplicidad de causas —que las podemos resumir en: una inadecuada planificación financiera, trastornos psicológicos (comprador compulsivo) o situaciones sobrevinientes exógenas o que no dependen de su voluntad (pérdida del trabajo, divorcio, viudez, enfermedad)—, sus efectos sobre el consumidor son los mismos, los coloca en la imposibilidad de pago y los enfrenta a la afectación o potencial menoscabo de su dignidad personal.

VI.- ¿La ley 24.522 da solución al sobreendeudamiento de la persona humana o grupo familiar?

Me permito poner en crisis la capacidad de la ley concursal, tal como está redactada, para rehabilitar al consumidor. Ello por cuanto la norma, más allá de su eficacia actual, está pensada para dar soluciones a la insolvencia, pero no para el sobreendeudamiento. El rigorismo formal, los plazos alongados y los costos que irroga el proceso tornan a los remedios concursales, tal y como están planteados, inalcanzables para el consumidor que pretende sanearse.

Pero, además, otra cuestión para considerar es que, por tratarse de persona humana, esta cuestión está atravesada por el derecho del consumidor. Si bien dejo fuera de este análisis cualquier tipo de sobreendeudamiento que haya devenido como consecuencia de prácticas o cláusulas abusivas, lo cierto es que el consumidor se encuentra amparado por la Constitución Nacional[392] y por las leyes en la materia, con un compendio de principios que le son propios[393], por lo que entiendo merece un tratamiento especial.

VII.- ¿La solución es administrativa o jurídica?

En mi opinión, la solución debe ser jurídica. En primer lugar, por cuanto se trata de un fenómeno que lo encontramos en todo el territorio de la nación y no todas las provincias tienen normas o estructura administrativa que pueda tratar esta cuestión.

392 La Corte Suprema de Justicia en autos "Rinaldi, Francisco Augusto y otro c/ Guzmán Toledo, Ronal Constante y otra s/ Ejecución Hipotecaria" expuso una serie de conceptos que dan cuenta de la necesidad de proteger a las personas humanas cuando se encuentra sobreendeudadas: "*Aplica el estatuto de protección de la persona ya que una ejecución sin límites de lo pactado afectaría gravemente la existencia de la persona del deudor y su grupo familiar y los conduciría a la exclusión social. Si bien la lógica económica de los contratos admite que el incumplidor sea excluido del mercado, ello encuentra una barrera cuando se trata de las personas. Todos los individuos tienen derechos fundamentales con un contenido mínimo para desplegar plenamente su valor eminente como agentes morales autónomos, que constituyen la base de la dignidad humana, que esta Corte debe proteger. La Constitución, al tutelar a los consumidores, obliga a sostener una interpretación coherente del principio protectorio, que en el caso se refiere, concretamente, al problema del 'sobreendeudamiento'. El sobreendeudamiento es la manifiesta imposibilidad para el consumidor de buena fe de hacer frente al conjunto de deudas exigibles*".

393 Tanto en nuestro país como en otros lares, la tutela al consumidor se asienta en el reconocimiento de su vulnerabilidad estructural en el mercado y, como consecuencia de ello, se ha desplegado un sistema de protección que se basa en los siguientes principios: 1. Progresividad y no regresión. 2. Orden público de protección. 3. Acceso al consumo de productos y servicios de calidad. 4. Transparencia de los mercados. 5. Consumo sustentable. 6. Protección para consumidores en situación vulnerable y de desventaja derivada de circunstancias especiales. 7. Respeto de la dignidad de la persona humana. 8. Prevención de riesgos. 9. Principio antidiscriminatorio. 10. Buena fe. 11. Información clara, veraz y suficiente que permita hacer elecciones racionales. 12. Principio de armonización. 13. Reparación integral. 14. Equiparación de derechos. Res. 36/2019 Grupo Mercado Común.

En segundo lugar, porque la solución a la que se arribe debería ser impuesta judicialmente para que sea eficaz. En efecto, la reducción de las tasas de interés, la postergación o reformulación de los pagos o la liberación de deuda son remedios que no pueden ser aplicados en sede administrativa, sino que necesariamente requieren de una declaración judicial.

VIII.- ¿El estatuto propio debe integrar la ley 24.522 o requiere de una norma separada?

Entiendo que el estatuto propio debe integrar la ley 24.522 en su propio capítulo, porque es dentro de ese plexo normativo que deben propiciarse las soluciones para facilitar la rehabilitación del deudor más allá de que no se trate de un estado de insolvencia en su expresión tradicional.

IX.- ¿Cuáles deberían ser las particularidades del instituto que permita el saneamiento del consumidor sobreendeudado?[394]

Promuevo las siguientes características:

a) destinado a la persona humana o grupo familiar por obligaciones nacidas en relaciones de consumo;

b) los ingresos anuales no superen determinado tope (por ejemplo, medido en términos del sueldo mínimo vital y móvil, debe tratarse de un parámetro vigente en todo el territorio nacional);

c) que el solicitante, exceptuando su vivienda, no sea titular de bienes registrables que superen un tope (por ejemplo, la cifra establecida como mínimo imponible en el impuesto a los bienes personales);

d) las deudas de consumo vencida y a vencer a la fecha de la solicitud no superen determinado tope (por ejemplo, las dos veces el tope de ingresos anuales), se excluye la deuda relacionada con la actividad económica, garantizada por derechos reales, manutención infantil, indemnizaciones debidas por muerte o

394 Integro el grupo académico EL ARCA, pilotado por el Dr. E. Daniel Truffat y conformado por profesionales destacados del derecho y de las ciencias económicas de todo el país, en el que presenté un trabajo denominado "Trámite abreviado para el saneamiento financiero del deudor individual por deudas relacionadas con el consumo" y a partir de ello participé en el desarrollo de un proyecto de ley producto del mencionado colectivo en donde, entre otras cuestiones, se propuso un procedimiento para este tipo de deuda denominado "Saneamiento por deudas de consumo" que recepta muchas de las cuestiones que aquí planteo y que invito a leer en la página https://elarcapress.wordpress.com/.

lesiones;

e) que haya un periodo de inhibición para ingresar al procedimiento, si es que se ha recurrido con anterioridad a un procedimiento de saneamiento a fin de impedir el abuso de la norma; y

f) la solución judicial debería alcanzarse a través de diversas medidas desde la suspensión de intereses, el aplazamiento o escalonamiento del pago hasta la liberación de la deuda.

De lo expuesto se desprenden las siguientes cuestiones, que entiendo resultan valiosas para el instituto:

a) El bien jurídico tutelado es el saneamiento y la rehabilitación de la persona humana o grupo familiar sobreendeudado.

b) El presupuesto subjetivo requiere de una nueva caracterización por cuanto el procedimiento se limita a la persona humana por deuda de consumo con topes en aspectos económicos y financieros.

c) El presupuesto objetivo se flexibiliza al no resultar requisito exigible que el solicitante se encuentre en estado de cesación de pagos, basta con que se verifique la existencia de un desequilibrio económico financiero que le impida cumplir de manera regular con sus obligaciones.

d) La solución al conflicto debe ser variada y sustentarse en el diálogo de fuentes y en las normas del Código Civil y Comercial, como por ejemplo los artículos 729, 771, 794, 955 y 1.091.

Por último, se pueden llegar a plantear cuestiones que pueden suscitar debate, como ser:

- ¿Es dable distinguir entre sobreendeudamiento por una inadecuada planificación financiera o por razones exógenas (pérdida de trabajo, enfermedad, modificación de la situación familiar, por ejemplo divorcio)?
- ¿Cómo evitar el abuso del instituto cuando existe promiscuidad entre deudas generadas por la actividad económica o por consumo?
- ¿Es necesaria la figura del síndico? ¿Cómo se retribuye su actuación?

- ¿Puede el instituto afectar el crédito al consumo a través de la restricción a su acceso o al encarecimiento de la tasa de interés?

Todas estas preguntas son válidas y en algún caso pueden ser motivo de cuestionamientos al instituto. Sin embargo, no son óbice para legislar sobre la materia y dotar a la Ley de Concursos y Quiebras de una nueva herramienta que permita el saneamiento del consumidor endeudado en exceso.

EL CONSUMIDOR MERECE UN RÉGIMEN NACIONAL

VANNEY, Carlos E.

Ponencia

Siendo de competencia del Gobierno Federal el dictado de la ley de "bancarrotas", conforme expresamente dispone la Constitución Nacional, se encuentra vedado a las provincias legislar sobre dicha cuestión. La Provincia de Mendoza, a través de una reforma al Código Procesal Civil, Comercial y Tributario, estableció un tipo de procedimiento especial referido al "Concurso de la persona humana que no realiza actividad económica organizada", que entró en vigencia el 1 de febrero de 2018. Sin perjuicio de estar dentro de un código procesal, la realidad es que ese nuevo procedimiento que pretende regular la problemática del sobreendeudamiento del consumidor, contraría algunos aspectos de la LCQ, por lo que deviene inconstitucional. Más allá de aplaudir las buenas intenciones de los mendocinos, encarando una problemática que la Nación —inexplicablemente— no regula, creemos que las normas referidas a la insolvencia deben ser, por mandato constitucional, dictadas por el Congreso Nacional. Esperemos que esto ocurra pronto a fin de brindar una solución a las familias que vieron reducidos sus ingresos por la cuarentena y sus consecuencias (ASPO, DISPO, etc.) y no tuvieron otra alternativa que endeudarse, en muchos casos hasta límites que hoy —máxime con la inflación que tenemos— resultan impagables.

Desarrollo

1. Introducción

Nuestros códigos de fondo, por el mandato constitucional contenido en el artículo 75, inciso 12 de la Norma Fundamental, son sancionados por el Congreso Nacional y rigen para todo el país. Pero esa misma norma no solo se refiere a estos códigos, sino que también establece que ese poder del Estado sancionará una ley sobre "bancarrotas" y, reforzando esta competencia nacional, en el artículo 126 —dentro de las normas referidas a los Gobiernos de Provincia— prohíbe expresamente a las provincias dictar esos mismos códigos —luego de que estos fueran sancionados por el Estado Federal— así como también prohíbe a los Estados provinciales *"dictar especialmente leyes sobre* […] *bancarrotas"*. Por su parte las

provincias —en virtud de lo dispuesto por el artículo 121— *"conservan todo el poder no delegado por esta Constitución al Gobierno federal"*, estas pueden dictar los códigos y normas procesales localmente. En cumplimiento de esa manda constitucional, el Congreso Nacional ha dictado, a través de los años, varias leyes referidas a la insolvencia[395], hasta llegar a la actual ley 24.522 —de Concursos y Quiebras— la cual, con varias reformas, nos rige desde hace más de 25 años. Esta norma regula los tipos de procesos de insolvencia que existen en nuestro país. Inexplicablemente, el Congreso Nacional aún no ha dictado ninguna norma referida puntualmente al consumidor sobreendeudado.

El régimen de insolvencia, como derecho de emergencia y como microsistema, tiene su propia jerarquía de normas. Mas allá de las normas superiores, como la Constitución Nacional y los tratados con jerarquía constitucional, que, por supuesto, están en lo más alto de la pirámide normativa, la primera norma que debemos aplicar es la propia Ley de Concursos y Quiebras, tanto en cuestiones de fondo, como procesales.

Coincidimos con Prono en el orden de prelación normativa de las normas procesales en los concursos y quiebras, aplicándose en primer lugar las reglas procesales de cada instituto en particular, luego otras reglas procesales concursales por analogía —si estas existieran—, luego las reglas procesales genéricas que contiene la LCQ (arts. 273 y ss.), y recién en cuarto lugar las normas procesales locales[396]. Con este esquema jerárquico de normas queda bien claro que siempre debe "buscarse" primero en la propia ley concursal la vía o solución procesal, ya sea de forma directa —de cada instituto—, por analogía o por aplicación de las normas genéricas de la misma ley. Y solo para los casos en lo que no encontremos la respuesta en estas reglas procesales genéricas, podremos comenzar a buscar esas respuestas en las normas provinciales siempre que estas sean *"que sean compatibles con la rapidez y economía del trámite concursal"*[397].

2. El proyecto de ley de emergencia concursal ante la pandemia de COVID-19

El 31 de julio de 2020 la Cámara de Diputados de la Nación dio media sanción a la primera norma[398] referida a la insolvencia vinculada con

395 El Código de Comercio de 1859/1862, con su reforma de 1889, y las leyes 4.156, 11.719 y 19.551 (con sus reformas).
396 Prono, Ricardo S. Derecho Concursal Procesal. LL, 2017, págs. 22 y 23.
397 Art. 278 LCQ.
398 Llamada ampulosamente "Ley de sostenimiento de la actividad económica en el marzo de la emergencia sanitaria pública coronavirus-covid 19, emergencia para procesos de concursos preventivos y quiebras".

la emergencia causada por la "cuarentena". Remitida al Senado de la Nación, la Cámara Alta, luego de dos meses y medio[399], introdujo varias modificaciones al proyecto, limitando drásticamente los alcances de la norma y tornándola prácticamente inútil para las empresas en crisis, remitiendo el proyecto a la Cámara de Diputados con esos cambios. A la fecha en que se escribe esta ponencia, la Cámara Baja aún no ha tratado nuevamente este proyecto, por lo que no sabemos si aceptará las reformas del Senado o si insistirá con el proyecto original. No sabemos en definitiva si esta ley será o no sancionada. Si se mantienen las reformas introducidas por el Senado, esperemos que no lo sea.

No es el objeto de esta ponencia analizar ese proyecto. Solo mencionaremos el último de los artículos —el 4— que modifica cuestiones de insolvencia[400], y que, con una técnica legislativa que deja mucho que desear, que deja sin efecto parcialmente lo previsto solo dos artículos antes, establece que *"las quiebras de personas humanas que no desarrollan actividades comerciales ni empresarias, y que carecen de actividad económica organizada"* no serán alcanzadas por la suspensión (del trámite de quiebra), si esta es declarada a pedido del propio deudor.

La norma no se limita a exceptuar de la suspensión esas quiebras, sino que ordena al juez del concurso que adopte *"las medidas conducentes para la rehabilitación de la persona humana y protección de su dignidad y de su grupo familiar"*. Este es el punto del proyecto de ley que interesa específicamente en este trabajo, ya que se refiere, si bien sin mencionarlo expresamente, a un tema muy debatido en la doctrina y en parte en la jurisprudencia, y que mereció la regulación procesal en la provincia de Mendoza, que ya mencionamos.

Notamos en esta norma un voluntarismo del legislador, que ordena al juez que encamine esa rehabilitación y vele por esa dignidad, pero no le da las herramientas para hacerlo. Pero también vemos que el Congreso Nacional ha dictado una ley en la que finalmente menciona a las *"personas humanas que no desarrollan actividades comerciales ni empresarias, y que carecen de actividad económica organizada"*.

En los últimos años se han presentado muchos proyectos de ley referidos a la insolvencia del consumidor, así como sabemos que actualmente hay alguno en trámite parlamentario. Y la doctrina también se ha ocupado desde hace tiempo de esta problemática, coincidiendo con prestigiosos autores que resultan necesarios más procedimientos concursales, que se

399 Lo que también demuestra la disociación entre las necesidades de la gente, y de las pymes en este caso, y los tiempos y prioridades de la política.
400 Ya que es una norma -en la versión de Diputados- de solo seis artículos y el art. 5 se refiere a su vigencia y el art. 6 es de forma. O de siete artículos -en la versión del Senado-, agregándose como art. 5 la invitación a las provincias referidas a las cuestiones tributarias, siendo en este caso los arts. 6 y 7 los referidos a la vigencia y de forma.

adecuen a las características particulares de cada deudor[401]. Al parecer el legislador ha comenzado a considerar esta cuestión y ha avanzado —o ha abierto la puerta para que pueda avanzarse— sobre la cuestión de la dignidad del deudor y su familia, para que finalmente puedan dejarse de lado las clásicas y rígidas normas de la ley concursal. Y creemos que el sentido de esta norma es intentar "abrir esa puerta" ya que, si la analizamos fríamente, la norma no sería necesaria ya que el juez perfectamente podría lograr lo mismo aplicando directamente el artículo 236 de la LCQ que expresamente establece que *"ese plazo puede ser reducido o dejado sin efecto por el juez, a pedido de parte, y previa vista al síndico si, verosímilmente, el inhabilitado —a criterio del Magistrado— no estuviere prima facie incurso en delito penal."*

Siendo las leyes concursales competencia de la Nación, entendemos que esta es la vía para abordar la cuestión, y no mediante reglas procesales locales. Si bien no dudamos de las buenas intenciones que pueden tener las legislaturas provinciales y de la necesidad cada vez mayor de abordar este tema, creemos que cuando estas lo hacen, no están actuando dentro de sus facultades legales, por lo que estas normas locales no lograrán pasar el tamiz de constitucionalidad.

Pero creemos también que el Congreso Nacional está en deuda con la sociedad y no ha cumplido del todo con su mandato constitucional ya que aún no ha dictado las normas que garanticen completamente un *"trato equitativo y digno"* al consumidor, ni la *"protección de esos derechos"*, ni *"procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos"*[402], en los casos en que ese consumidor, que es merecedor de la protección de la ley, se vea envuelto en un tema de insolvencia.

3. El sobreendeudamiento del consumidor en las legislaciones procesales locales —el caso de Mendoza—

La norma procesal mendocina crea un proceso distinto del concurso preventivo y del acuerdo preventivo extrajudicial, aunque con remisiones y parecido a este último, pero también con importantes modificaciones de normas y previsiones de la ley concursal. Esta reforma procesal tuvo antecedentes jurisprudenciales[403] en la provincia por lo que es la derivación

401 Marcelo Barreiro, Javier Lorente y Daniel Truffat, lo llamaron "Concurso Mínimo", en el Primer Congreso Hispanoamericano de Derecho Concursal, celebrado en la ciudad de Barranquilla, Colombia, en octubre de 2005. Y posteriormente los mismos profundizaron el estudio del tema con numerosos artículos y ponencias referidas al mismo.
402 Art. 42 de la Constitución Nacional.
403 Autos "Barbieri Sergio Gustavo p. Acuerdo Preventivo Extrajudicial" – 103728507. Sentencia del 24 de junio de 2015 dictada por el Tercer Juzgado de Procesos Concursales – Primera Circunscripción Judicial de Mendoza. Autos "Soloa Yamila Ana Soledad P/ Concurso Consumidor", sentencia del 28/12/2018, dictada por el Tercer Juzgado de Procesos

de creaciones pretorianas de los magistrados, que adaptaron las normas concursales —actuando incluso *contra legem*—, quitando derechos a los acreedores y beneficiando al deudor en perjuicio de los primeros, al crear obligaciones y modificar las consecuencias de determinadas conductas. Con las creaciones pretorianos imponiéndose en sus tribunales concursales, el Poder Legislativo provincial sancionó una ley que incorpora al Código Procesal de Mendoza el ya mencionado *"Concurso de la persona humana que no realiza actividad económica organizada"*.

Si analizamos dicha norma observamos que sería una "mezcla" del APE y el concurso preventivo, ya que toma presupuestos, principios y reglas de ambos procesos. No es el objetivo del presente trabajo analizar en profundidad la norma procesal mendocina. Solo nos referiremos al artículo 370 de ese código[404], que es el que regula la "audiencia conciliatoria" y la "rebeldía". En el mismo se prevé una audiencia conciliatoria para el caso de que, finalizado el periodo de negociación, no hubieran sido logradas las mayorías legales. Esta audiencia podrá ser fijada por el juez y la asistencia del acreedor se torna, de alguna medida obligatoria, por la consecuencia que su ausencia le produce. Allí puntualmente se establece que *"El acreedor denunciado que no comparezca a la audiencia será declarado rebelde, con los efectos de no integrar su crédito la base para el cómputo de mayorías y resultándole aplicable el acuerdo que resulte homologado"*. La ley procesal receptó casi textualmente las creaciones pretorianas, contrariando abiertamente el sentido que la ley concursal nacional otorga a la inactividad del acreedor durante el proceso. Es por ello que creemos que esta ley —y no solo su artículo 370— es inconstitucional, al resultar violatoria del derecho de propiedad y del derecho de defensa en juicio de los acreedores y al violar la facultad del Congreso Nacional para sancionar las normas de insolvencia.

Sostiene también este artículo que el deudor deberá acreditar que agotó las posibilidades de obtener el consentimiento de los acreedores y que

Concursales – Primera Circunscripción Judicial de Mendoza, (http://www2.jus.mendoza.gov.ar/listas/proveidos/vertexto.php?ide=6566050944). Soluciones similares se adoptaron en los autos "Fozzatti Eduardo Jorge P/ Concurso Consumidor", sentencia del 17/12/2018, (http://www2.jus.mendoza.gov.ar/listas/proveidos/vertexto.php?ide=6536198987). Entre otros muchos pronunciamientos.

404 ART. 370 AUDIENCIA CONCILIATORIA. REBELDÍA. Si vencido el período de negociación no hubiesen sido acompañadas las conformidades en las mayorías de ley, a pedido del deudor, el Juez podrá fijar una audiencia conciliatoria a fin de promover la celebración del acuerdo. En su petición, el deudor deberá acreditar que ha agotado las diligencias necesarias para la formación del consentimiento sin que los acreedores hayan manifestado su voluntad (positiva o negativa) en la proporción necesaria para la conformación del acuerdo. Esta decisión debe ser notificada por cédula. El acreedor denunciado que no comparezca a la audiencia será declarado rebelde, con los efectos de no integrar su crédito la base para el cómputo de mayorías y resultándole aplicable el acuerdo que resulte homologado conforme lo prevé el Art. 56 de la Ley 24.522. La rebeldía y la homologación deben ser notificadas por cédula.

estos no manifestaron su voluntad, ya sea positiva o negativa. Este artículo crea dos obligaciones en cabeza del acreedor, que la normativa nacional no prevé. La obligación de acudir a la audiencia, bajo apercibimiento de ser declarado rebelde. Y la obligación de expresar —ya sea a favor o en contra— su opinión sobre la propuesta de acuerdo.

Finalmente, el código de procedimientos local, establece que, si ningún acreedor comparece, el juez podrá igualmente aprobar un plan de saneamiento, con los efectos previstos en el artículo 56 de la LCQ (aplicación del acuerdo a todos los acreedores) respecto de aquellos acreedores que hubieran sido denunciados por el deudor. No existe en la norma concursal nacional esta facultad jurisdiccional de imponer el acuerdo a los acreedores en forma tan amplia, la cual es derivada del "error" inicial, esto es, de pretender obligar a los acreedores a expedirse y no considerar su silencio. En la ley de Concursos y Quiebras el silencio del acreedor es claro, se lo considera como una negativa de adherir a la propuesta. En la norma mendocina no.

En ella se lo obliga a concurrir, a expresarse en algún sentido —positivo o negativo—, y se lo castiga si el acreedor ejerce su derecho —que le otorga la ley concursal nacional— de no expedirse sobre la propuesta y que ese silencio sea interpretado como negativo. En definitiva, se invierte la obligación de actuar. En la ley 24522 es el deudor el que debe convencer a sus acreedores para que estos se expidan a favor de su propuesta, no estando previsto el "voto negativo" ya que así es considerada la falta de expresión de voluntad. En la norma provincial el deudor que no pudo obtener una manifestación de su acreedor, es "ayudado" por el magistrado al imponerle este un apercibimiento en caso de no comparecer —rebeldía y no considerar su crédito en la base de cálculo, pero imponerle igualmente el acuerdo—. La única norma que posibilitaría al juez a imponer un acuerdo, la encontramos en el artículo 52, inc. 2, b), que establece la facultad del juez de homologar el acuerdo si se dan ciertos requisitos. Pero ni siquiera en esa norma, se obliga al acreedor a expedirse y se lo castiga con la rebeldía y con la exclusión de la base de cómputo de un acuerdo, que igualmente le podrá ser impuesto.

Lo expuesto anteriormente hace que estemos convencidos que la regulación de la provincia de Mendoza, referida al consumidor sobreendeudado, prevista en el código procesal local, es manifiestamente inconstitucional. Por modificar en esa regulación normas y principios concursales, y por pretender legislar sobre una materia respecto de la cual, la Constitución Nacional expresamente establece que corresponde al Congreso Federal.

4. Conclusiones

Hace tiempo que nuestros legisladores están en deuda con la sociedad al no sancionar una ley nacional de insolvencia o sobreendeudamiento del consumidor. Como también entendemos que son necesarias leyes de insolvencia no solo para el consumidor, sino también para pequeños comerciantes, profesionales y pymes, que contemplen la realidad de estos deudores, brindando procesos ágiles, rápidos, simples y económicos para estos pequeños deudores. Entendemos que la pandemia de COVID-19, con la crisis acentuada por la eterna cuarentena, ha acelerado la necesidad de estos procesos simplificados, los que —además— deberían ser totalmente o casi totalmente digitales, mediante plataformas online de fácil acceso, tanto para deudores como acreedores.

Pero estos procesos deben ser legislados por el Congreso Nacional, siendo inconstitucionales las normas procesales locales que pretendan regular estas cuestiones de insolvencia, máxime si por medio de esas reglas provinciales se altera o desvirtúa la ley concursal o se restringen o modifican los derechos de los acreedores. Y siendo arbitrarias las creaciones pretorianas que avancen en ese mismo sentido.

Ello no obsta a que consideremos muy necesaria una legislación que regule el tema, pero dictada a nivel nacional. Así como desde hace años se vienen presentando en el Congreso Nacional varios proyectos de ley referidos al sobreendeudamiento del consumidor, lamentablemente ninguno de ellos pudo ser sancionado como ley. Escapa a estas líneas analizar los proyectos actualmente con estado parlamentario, pero creemos que resulta muy auspicioso que se esté intentando abrir la puerta de esta cuestión (sugerido a través del artículo 4 del proyecto de ley de emergencia concursal), y que nuestros legisladores hayan retomado esta cuestión, presentando proyectos en tal sentido que aborden íntegramente esta problemática. Esperemos que pronto, alguno de estos sea sancionado a fin de que podamos finalmente contar con una ley específica que brinde una solución al consumidor sobreendeudado.

FACULTADES PROVINCIALES PARA LEGISLAR SOBRE INSOLVENCIA DEL CONSUMIDOR

COLL, Osvaldo Walter

Ponencia

En ausencia de una legislación nacional, las provincias se encuentras facultadas para legislar un proceso que regule la insolvencia del consumidor. Las facultades no delegadas y la categoría jurídica de consumidor lo autorizan. La Ley de Concursos y Quiebras es una norma insuficiente para regular una realizada específica que tiene fuerte impacto social. Sostenemos la constitucionalidad de las normas dictadas por provincias que han abordado la regulación del tema.

I.- Desarrollo de la ponencia

La insolvencia del consumidor es una realidad. Se trata de un tema largamente abordado por la doctrina[405]. Existen numerosos antecedentes en el derecho comparado[406]. Nuestro país no ha legislado aún un proceso

405 Truffat, Daniel. Algunas ideas sobre los concursos de los consumidores y otros pequeños concursos. *Rev. de Derecho Societario y Concursal*. Errepar. Nro. 260. 2009; ALEGRÍA, Héctor. *Los llamados pequeños concursos. Concursos de personas físicas, consumidores, patrimonios reducidos*. La Ley 2005, pág. 79; ALONSO, Daniel. *El sobreendeudamiento de una persona física no comerciante frente a los procesos no concursales*. Ponencia VI Congreso Argentino de Derecho Concursal, Mendoza, octubre 2009; Junyent BAS, Francisco. *El empleado público sobre endeudado y la pérdida de la fuente de trabajo*. La Ley 2010-B pág. 1.264; ACHÁVAL, Hugo. *Insolvencia del Consumidor*. Bs. As. Ed. Astrea. 2011.; De Cesaris. M. Más reflexiones sobre la insolvencia del Consumidor. *Derecho Económico Empresarial. Estudios en Homenaje al Dr. Héctor Alegría*. Ed. La Ley; Vitolo, Daniel, La llamada Insolvencia del Consumidor. ¿Un confuso escenario para construir?, *Rev. Doctrina Societaria y Concursal*, nro. 262, T. XXI; Alegría, Héctor. *Los llamados pequeños concursos. Concursos de personas físicas, consumidores, patrimonios reducidos*. La Ley 2005, pág. 795; Cortez, Gloria. *La propuesta de proceso abreviado para los pequeños concursos de personas físicas con activos reducidos*. Tesis para la maestría de gestión judicial. Fac. de Derecho. Univ. Nac. de Cuyo. Univ. de Mendoza. Stiglitz, Gabriel, *La defensa del consumidor en Argentina*, T. I (30 años de Derecho, sin políticas), Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2012.

406 En Francia, el *Code de la Consommation* incorporó un título especial dedicado al tratamiento de la situación de endeudamiento de los particulares (Libro III, Título III, arts. 331-1 a 333-8); en Alemania, los mecanismos de tutela del consumidor sobre endeudado y el reconocimiento de un beneficio a efectos de la liberación de deudas tienen reconocimiento en el ordenamiento jurídico a partir de la *Insolvenzordnung* de 1994, que entró en vigencia el 1 de enero de 1999; en Estados Unidos, Sección 14 del *Bankruptcy Act*;

especial para ello. La provincia de Mendoza ha sancionado recientemente la ley 9.001, que regula un nuevo Código de Procedimientos en lo Civil, Comercial y Tributario. El Capítulo II trata del Concurso de Persona Humana que no realiza Actividad Económica. Mas allá de las lógicas opiniones a favor o en contra de las características del proceso, el tema que mayor debate ha traído es la constitucionalidad de este. Se han levantado voces que entienden que las provincias carecen de facultades para legislar en este sentido[407]. Ha habido fallos que comparten este criterio[408]. Podemos citar voces doctrinarias a favor de la Constitucionalidad[409]. No obstante, salvo estos fallos, se han resuelto numerosos procesos de insolvencia de consumidores.

Por lo expuesto, es motivo de esta ponencia plantear nuestra posición a favor de la constitucionalidad de la norma.

Previamente a dar los fundamentos jurídicos, deseamos exponer la necesidad de tal legislación. Como expresamos, la insolvencia del consumidor es una realidad. La ausencia de una norma nacional que regule, también. En nuestra modesta opinión, la simple observación del articulado de la ley 24.522 demuestra que es una norma pensada para un supuesto distinto al de la insolvencia del consumidor. El tema comenzó a tener efectos aún más negativos, como la sanción a un empleado público que recurría a la presentación en concurso, cuestionándose si ello era objetable[410]. Con el dictado de la ley 19.551 se incorporó al concurso del comerciante el sujeto no comerciante, pero la norma suponía que ambos debían tener una magnitud importante de activos y pasivos. Las normas sobre presentación de estados contables, el informe general, la necesidad de sindicatura, entre otras, dan razón este supuesto. De ello resultó que

en el Reino Unido, *Insolvence Rule 2016*, que entró en vigencia en octubre de 2016, ha consagrado el *Individual Voluntary Agreement —IVA—* destinado a sujetos no comerciantes.

407 De Las Morenas, Gabriel. *Concurso de la persona humana sin actividad económica organizada en el Código Procesal Civil de Mendoza. Análisis crítico.* La Ley, Gran Cuyo, 2019, Junio; Vitolo, Daniel Roque. Sobre la necesidad de regular de un modo especifico un régimen legal que contemple la insolvencia del hombre común. *Libro de ponencias del X Congreso Argentino y VIII Congreso Iberoamericano de la Insolvencia*. Santa Fe, 2018. Libro I, pág. 321.

408 Segunda Cámara de Apelaciones en lo Civil, autos cuij: 13-04468401-7(010302-54284) RIVAS, Leonor Norma p/ Concurso Consumidor; Juzgado de Concursos de la Tercera Circunscripción Judicial Expte. N° 7723 Reggio Estela Beatriz p/Conc. del Consumidor. San Martin, Mendoza, 10 de marzo de 2020.

409 Cortez, Gloria. *La propuesta de proceso abreviado para los pequeños concursos de personas físicas con activos reducidos.* Tesis para la maestría de gestión judicial. Fac. de Derecho. Univ. Nac. de Cuyo. Univ. de Mendoza; Spina, María Laura, Musacchio, Carolina y Ardoy, Victoria: ¿Están las Provincias Argentinas constitucionalmente habilitadas para dictar una ley que regule un procedimiento ante el sobreendeudamiento de los consumidores o insolvencia familiar?, Ponencia presentada en el V° Congreso Iberoamericano sobre Insolvencia y el VII° Congreso Argentino de Derecho Concursal realizados en Mendoza entre el 4 y el 7 de octubre de 2009.

410 Junyent Bas, Francisco. *El empleado público sobre endeudado y la pérdida de la fuente de trabajo.* La Ley 2010-B p. 1.264.

se advertía un vacío legal para darle solución al consumidor endeudado. La jerarquización constitucional de este requiere una protección específica que responda a esta nueva realidad. Estamos en presencia de un nuevo instituto legal que impide su asimilación lisa y llana al derecho comercial, y menos a las normas falenciales. Como se ha dicho, se trata del simple hecho de que la realidad cambió y el derecho concursal debe acompañarla. No es posible ignorarla, finalmente se impondrá, con el inconveniente de que luego no se podrá controlar o guiarla[411]. No es posible tratar el tema sin articular de modo similar y al mismo tiempo las normas en materia de defensa del consumidor con las leyes falenciales. No es constitucionalmente posible tratarlo solo desde la Ley de Concursos y Quiebras. El rango constitucional de la protección al consumidor y la existencia de normas impiden abordarlo solo con la ley 24.522. Ante la ausencia de normas nacionales que lo regulen desde el aspecto procesal, puede ser atribución de las provincias. Este juego armónico de ambos estamentos legales debe llevar a comprender que no estamos ante una variante del proceso concursal, sino ante un nuevo instituto, que en parte se informa de él. Naturalmente, existe una tendencia en pensar este proceso en términos de la Ley de Concursos. Creemos que es un error conceptual. Para este sujeto se necesita un régimen más sencillo, con normas protectorias, como por ejemplo el artículo 362 de la norma mendocina, que suspende los embargos que hubieran decretado sobre su salario con la sola apertura del proceso. La ley concursal fue pensada para un sujeto que poseía una mínima organización económica. Ni aun el régimen de los pequeños concursos regulados en el artículo 288 LCQ está orientado al individuo, persona humana que simplemente se interrelaciona en el ámbito de la economía a través de sus actos de consumo. Por ello, someterlo a esta compleja legislación de recaudos previstos para otra hipótesis constituye un dispendio jurisdiccional que se debe evitar, no solo en beneficio del fallido consumidor, sino de la sociedad toda. Hay numerosas sedes judiciales en las que los tribunales de concurso se atiborran de este tipo de procesos. Existen antecedentes jurisprudenciales en donde se comenzó recurriendo al instituto del acuerdo preventivo extrajudicial[412].

En lo que respecta a su constitucionalidad, las provincias han delegado en la nación la facultad de dictar leyes en materia de comercio. Se ha expresado que esta delegación supone no solamente la de los códigos, sino también la de todas las leyes complementarias que vienen en la

411 Vigo Rodolfo Luis. *Interpretación (argumentación) Jurídica en el Estado de Derecho Constitucional*. Ed. Rubinzal Culzoni, p. 10. Santa Fe. 2015.

412 Morán Nancy Noemí por Acuerdo Preventivo Extrajudicial. 22/4/2015 Expte 1.017.293; Barbieri, Sergio Gustavo por Acuerdo Preventivo Extrajudicial 11/10/16, ambos del Tercer Juzgado de Procesos Concursales de la Ciudad de Mendoza.

materia[413]. Es el artículo 126 el que determina las facultades delegadas. Ahora bien, también indica que si la nación no ha regulado sobre la materia complementaria, les queda a las provincias esa facultad de poder hacerlo. Debemos aceptar de manera casi indubitable que ha nacido en nuestro derecho una nueva categoría jurídica, la del consumidor[414] y el contrato de consumo[415]. El derecho de los consumidores tiene rango constitucional en el artículo 42 de la Constitución de 1994. Esta norma ha creado el derecho económico de los consumidores. En consonancia con el precepto constitucional nació la ley 24.240, que en su artículo 1 define a la figura del consumidor. Finalmente, quedó consagrada en el Título III del Código Civil y Comercial al regular los contratos de consumo. Por ser de derecho común, el dictado de la normativa sustancial del consumidor corresponde al Congreso Nacional, mientras que el régimen procesal constituye materia no delegada por las provincias. Es muy importante considerar que la ley 24.240 de Defensa del Consumidor no prevé remedios para el sobreendeudamiento, por ello estarían autorizadas a regular los procesos falenciales de estos, pues se trata de una facultad no delegada y no regulada en el orden nacional. Tampoco existe una previsión específica en la ley de concursos. Por otro lado, no sería posible el dictado de normas procesales por ser una facultad no delegada por las provincias. Debe tenerse presente que el nuevo Código Procesal Civil mendocino deja clara la aplicabilidad en los sustancial de las normas concursales.

413 Bidart Campos, German. *Tratado Elemental de Derecho Constitucional*. T. II, p. 163 Ed. Ediar.

414 Para Carlos Gerscovich estamos en presencia de una nueva categoría histórica como la de los consumidores. *Consumidores Bancarios*, pág. 499. Ed. Abelledo Perrot. Bs. As., 2011.

415 Hernández, Carlos A., Impacto del régimen de consumo en la teoría general del contrato, en Nicolau, Noemí L., *Fundamentos de Derecho Contractual*. p. 425.

EL PROCESO DE PROTECCIÓN DE LOS INTERESES ECONÓMICOS DEL CONSUMIDOR SOBREENDEUDADO. ANÁLISIS DEL PROYECTO DE CÓDIGO DE PROTECCIÓN DE LAS Y LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS DE LA NACIÓN

D'UBALDO, Brenda A.

Ponencia

La situación del sobreendeudamiento de las y los consumidores constituye una preocupación actual para la sociedad. Se ha dicho que constituye un desasosiego social e incluso sanitario. Esta realidad de gravedad creciente tiene un fuerte impacto social que impone emprender la ardua tarea de implementar políticas públicas y sus reglamentaciones a través de procedimientos eficaces que protejan los intereses económicos del consumidor sobreendeudado. Las consecuencias del sobreendeudamiento resultan en una afectación a la dignidad tanto en la esfera individual de las y los consumidores, como en su núcleo familiar, viéndose afectado principalmente el salario y la vivienda del particular, convirtiéndolo en un sujeto excluido de la sociedad por encontrarse obstaculizado de ejercer sus derechos básicos.

Las dificultades de abordar el conflicto del sobreendeudamiento nacen desde las discrepancias de su propia definición, a mi entender, la noción de sobreendeudamiento es aquella situación donde se genera un desequilibrio, sin llegar a un estado de cesación de pagos, entre el activo liquido o fácilmente liquidable pasible de ser garantía y las obligaciones asumidas como consecuencia de sus relaciones de consumo, resultando que, aquellas obligaciones no contraídas en el marco de una actividad especulativa del consumidor genere que el sujeto se vea imposibilitado de hacer frente a las erogaciones necesarias para solventar su manutención digna y la de su grupo familiar. Así es que, la situación de vulnerabilidad a la que está expuesto el o la consumidora proviene de factores que no solo involucran el hecho consumado de una relación de consumo, sino que también, se encuentra el sujeto subordinado a diversos factores estructurales de la sociedad, ya sea por mandatos culturales, sociales o por la inferioridad de recursos, información y educación que tiene respecto a los proveedores.

En especial, es objeto del presente trabajo analizar las propuestas que tienden a garantizar un proceso de protección de los intereses económicos del consumidor sobreendeudado que proteja la vida digna y el acceso a la satisfacción de las necesidades cotidianas, velando por la reactivación económica del consumidor, basado en el reciente proyecto de Código de Protección de las y los Consumidores y Usuarios de la Nación. presentado por el Diputado José Luis Ramón el 5 de mayo de 2021.

I. Introducción

El proyecto de Código de Protección de las y los Consumidores y Usuarios de la Nación presentado ante la Honorable Cámara de Diputados de la Nación el último 5 de mayo, contempla una visión del sobreendeudamiento basada en el principio protectorio y la tutela a la vida digna del consumidor. Asimismo, caracteriza al orden público que rige de forma declarativa la relación de consumo y el reconocimiento de la asimetría entre las partes, instrumentando la protección de las y los consumidores en la relación contractual en pos de asegurar la plena e integral vigencia de los derechos de las y los consumidores.

Así, en sus artículos 446 y siguientes, recepta el proceso judicial de protección de los intereses económicos del consumidor sobreendeudado abandonando la lógica concursalista que devenía insuficiente para receptar estos especiales sujetos desde la perspectiva "pro persona" que vincula el derecho del consumidor y los derechos humanos. Esta interrelación que propone el Proyecto está orientada a preservar el acceso a la satisfacción de las necesidades cotidianas para mantener las condiciones de vida digna del sujeto y de su núcleo familiar, focalizándose en medidas que tiendan a prevenir situaciones críticas e irrecuperables, velando por la rehabilitación de la persona endeudada.

Se postula, de este modo, un enfoque distinto que se diferencia del encuadramiento tradicional del derecho mercantil, el cual no contempla la especial situación del consumidor y se limita a un mecanismo de reestructuración del pasivo que asegure el cumplimiento de las obligaciones contraídas sin tener por objeto el resguardo y tutela de la dignidad de la persona.

De este modo, la propuesta superadora del Proyecto establece un procedimiento donde la o el consumidor que se encontrare en situación de sobreendeudamiento podrá solicitar el inicio de este proceso especial ante la justicia ordinaria, sea nacional o provincial, de su domicilio. A su vez, como presupuesto a la apertura del proceso, requiere que el pasivo generado en el marco de relaciones de consumo represente al menos el sesenta y seis por ciento (66%) del total y que dicho pasivo no supere los cien salarios mínimos, vitales y móviles, alcanzando a la totalidad de patrimonio, salvo las exclusiones legalmente establecidas en otras leyes con respecto a bienes determinados.

Asimismo, ordena la publicación de edictos en el Boletín Oficial de la jurisdicción por cinco días, la inscripción del proceso en el Registro de Juicios Universales de la jurisdicción, la inhibición general de bienes y el pedido de informes a los registros correspondientes con respecto a la existencia de bienes del consumidor. El artículo 451 establece la convocatoria de acreedores para luego proceder a la instancia de una audiencia de conciliación a los fines de acordar un plan de pagos. El juez o la jueza pueden, en caso de que no se logre un acuerdo, extender la

etapa conciliatoria por un período de hasta noventa (90) días, convocar a nuevas audiencias dentro del plazo de prórroga, nombrar un auxiliar de justicia en carácter de conciliador.

Ante la falta de acuerdo, se instrumenta, a pedido del consumidor, un plan de reorganización de pasivos para superar el sobreendeudamiento.

El plan de reorganización del pasivo comprende una mirada que contempla la composición de las deudas, pero, sobre todo, el contexto social y familiar, la conducta del o la consumidora (prevalece el principio de buena fe), la protección de su interés económico y el contexto social y cultural del consumidor. Dicho plan podrá consistir en reducción o ampliación de plazos, morigeración de intereses exigibles, quita del capital y otras medidas pertinentes para lograr el cumplimiento sin afectar las condiciones de vida digna de la o el consumidor y su grupo familiar o comprometer su rehabilitación financiera.

Vencido el plazo, para formular impugnaciones, previa vista al Ministerio Público Fiscal, se homologará el acuerdo de pago o liquidación cuando se entienda ajustado a derecho, a la realidad económica y adecuado para superar la situación de sobreendeudamiento.

II. El rol del Ministerio Público Fiscal en el Proyecto de Código de Protección de las y los Consumidores y Usuarios de la Nación

El rol del Ministerio Público Fiscal respecto de la función que debe asumir en los conflictos de consumo se encuentra previsto en el artículo 120 de la Constitución Nacional. Este código reafirma la importancia del Ministerio Público Fiscal en su rol sustantivo de velar por el orden público, en los procesos de consumo y la protección de los intereses económicos de los consumidores, incorporando pautas claras de la oportunidad y pleno alcance de su rol procesal a los fines de garantizar el valor de la justicia en una relación jurídica asimétrica, caracterizada por la desigualdad de las partes.

Así, incorporando obligaciones, le otorga un rol preponderante en la gestión adecuada y en la protección del universo de personas representadas en los distintos procesos regulados en el código, procurando una representación leal para con las y los representados, así como resguardo del orden público involucrado.

En el mismo sentido, le asigna la legitimación activa cuando los derechos o intereses de las y los consumidores o usuarios resulten amenazados o afectados, individual o colectivamente y cuando el Ministerio Público Fiscal actúe como fiscal de la ley, se encuentra legitimado para proponer medidas de prueba, interponer recursos y solicitar la imposición de

la condena disuasiva en salvaguarda del orden público que rige en las relaciones de consumo.

III. La doctrina de la "Social Force Majeure" y la protección del consumidor

El proyecto en análisis opta por reconocer la problemática del consumidor sobreendeudado dentro del instituto de la "fuerza mayor social", predicando que en la mayoría de los casos las razones del desequilibrio económico que llevan al sujeto a sobreendeudarse tiene su origen en las alteraciones en la vida del consumidor como consecuencia de factores no atribuibles al propio sujeto, como ser: desempleo, enfermedades, divorcio, etc. Dichas circunstancias extraordinarias e inesperadas, generalmente englobadas dentro del concepto de "hechos del príncipe", se generan debiendo existir un nexo causal entre la circunstancia inesperada y la dificultad de hacer frente a su obligación. Tal doctrina es considerada como un valor ideológico que conlleva interpretar la realidad y los contextos sociales en los que se ve involucrado el sujeto tutelado, con una marcada finalidad preventiva y aplicable a todo tipo de obligación, resultando la posibilidad de prórrogas, reconducción o renegociación de las deudas, predicando la continuidad del contrato por sobre los procesos de reestructuración patrimonial.

IV. Conclusión

La actual sociedad de consumo nos lleva cada vez más a la necesidad de financiación por múltiples medios.

El nacimiento de nuevos mecanismos de financiación, diversas plataformas y la falta de educación financiera hacen cada vez más imperiosa la necesidad de que a través de instrumentos jurídicos se ofrezca una solución ajustada al sujeto tutelado.

Las consecuencias del sobreendeudamiento se proyectan, en primer lugar, en la economía individual del deudor, comprometiendo sus ingresos y la vivienda del sujeto y su núcleo familiar, y debe ser de urgente atención, por colocar al deudor y su familia en un estatus de marginalidad.

El problema de la insolvencia de la persona humana sin actividad económica debe predicar, como elemento principal, la reinserción a la sociedad de consumo, conformando un sistema transformador y moderno de fácil acceso, facilitando herramientas que generen la colaboración de los distintos agentes del Estado y el sujeto y finalizando con penalidades a aquellos proveedores que han abusado de su capacidad para incitar al sobreendeudamiento.

El concurso de la persona humana sin actividad económica ha generado innumerables discrepancias en su aplicación y resultó ser un difícil me-

canismo para implementar, en el marco del consumidor sobreendeudado. Esto, en consecuencia, de que la normativa concursal contenida en la ley 24.522 contiene una esencia distinta a la que debe perseguir una normativa que tutele la problemática de los consumidores.

Mientras que la ley concursal tiene por finalidad la conservación de la empresa, la protección a la masa de acreedores, la conservación de fuentes de empleo en su caso, la rápida satisfacción de créditos laborales, el procedimiento que regule y busque la reactivación del consumidor debe velar por la dignidad de la persona facilitando su acceso gratuito a estos remedios.

Del análisis del Código de Protección de las y los Consumidores y Usuarios de la Nación se evidencia que recepta como fundamento principal una clara relación entre las normas protectorias de los y las consumidoras y los instrumentos de derechos humanos, interrelacionándolas no solo en un marco discursivo, sino también articulando procesos y políticas educativas que aseguran el acceso a los derechos esenciales de los y las consumidoras.

El proceso de protección de los intereses económicos del consumidor sobreendeudado desarrollado en el proyecto presenta herramientas básicas para lograr la protección del sujeto tutelado. Así es que declara un acceso gratuito al sistema, un sistema de conciliación previa a la liquidación y a lo largo del proceso, la figura del conciliador como agente activo dentro del proceso, con la facultad de elaborar propuestas en protección del capital del deudor, la opción de conceder prórrogas dentro del proceso, una clara visión de favorecer los acuerdos por sobre la liquidación de bienes, de este modo, propone un sistema de restablecimiento personal, en vez de un plan de reorganización del pasivo que ante algún incumplimiento provoque la liquidación de los bienes, girando de esta forma en torno a los tres elementos esenciales del proyecto, que son: la vida digna, la protección de la vivienda y la rehabilitación del sujeto sobreendeudado.

A su vez, deviene muy interesante el plan de reorganización ante la falta de acuerdo u homologación, que posibilita una solución definitiva sin liquidación. Dicho plan evidencia la clara protección al consumidor, considerando el contexto social y familiar de la persona, las posibilidades actuales de cumplimiento del acuerdo, la protección de su interés económico y su conducta, que por haber receptado este código, los supuestos de sobreendeudamiento dentro del instituto de la “fuerza mayor social” permiten la reconducción o renegociación de las deudas, predicando la reactivación del consumidor.

En consecuencia, entender el sobreendeudamiento desde la afectación de la dignidad de la persona y su grupo familiar provoca que la respuesta a esta problemática creciente busque el resguardo y tutela de la vida digna de la persona más allá de un mecanismo de reestructuración del pasivo.

EL ACREEDOR CONSUMIDOR. PRIMERA PARTE: PRINCIPIO *IN DUBIO PRO* CONSUMIDOR

EGUIAZU, Alfredo A.

Ponencia

El pedido de verificación del acreedor concurrente a insinuar su crédito con causa en una relación de consumo, ya sea por vía tempestiva o tardía y su eventual recurso de revisión, deben ser resueltos siguiendo los principios protectorios de orden público establecidos en resguardo del consumidor, en este caso acreedor insinuante ante la insolvencia de su proveedor.

Desarrollo

La insinuación del crédito con causa en una relación de consumo

Frente a la apertura del proceso concursal o falencial del proveedor de bienes o servicios, primeramente debemos identificar cuándo estamos frente a una relación de consumo.

El concepto "relación de consumo" fue introducido (aisladamente) en el capítulo Nuevos Derechos y Garantías de la Carta Magna, y ahora en la primera parte del artículo 3 LDC define la relación de consumo como "el vínculo jurídico entre el proveedor y el consumidor o usuario", aunque de manera muy abreviada. Al finalizar dicha norma establece: "Las relaciones de consumo se rigen por el régimen establecido en esta ley y sus reglamentaciones sin perjuicio de que el proveedor, por la actividad que desarrolle, esté alcanzado por otra normativa específica".

Por su parte, el artículo 1.092 del CCyCN expresa: "Relación de consumo es el vínculo jurídico entre un proveedor y un consumidor. Se considera consumidor a la persona humana o jurídica que adquiere o utiliza, en forma gratuita u onerosa, bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social".

Agrega la norma: "Queda equiparado al consumidor quien, sin ser parte de una relación de consumo como consecuencia o en ocasión de ella, adquiere o utiliza bienes o servicios, en forma gratuita u onerosa, como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social".

La ley 24.240 regula todas las relaciones jurídicas emergentes de los contratos celebrados para consumo o uso personal que encuadren en sus artículos 1 y 2 y cuenta con la posibilidad de ejercer diversas acciones, como exigir el cumplimiento del contrato, plantear la ineficacia de cláusulas abusivas, ejercer acciones de responsabilidad, pedir la reparación o sustitución del bien objeto del contrato, etc.[416].

Sus vías de reconocimiento

La forma de poder llegar a participar en el proceso concursal es la misma que aquellos otros empresarios o comerciantes que pactaron con el deudor sus obligaciones, transmitiendo derechos o bienes en equilibrio con las prestaciones que el deudor, hoy en crisis, no satisfizo, encontrándose entre quienes hacen del intercambio su forma de vida.

Deben seguir los mismos pasos de insinuación, entrando a un camino no previsto, ya que su *metié* no es la actividad empresarial, sino que lo hicieron como consumidores.

Estos créditos de consumo no están incluidos en ninguna de las enumeraciones excepcionales de créditos que gozan de privilegios en la norma concursal. Tampoco fue objeto de aquella previsión en la normativa protectoria especial de la ley 24.240 y sus posteriores modificaciones en la ley 26.361.

En consecuencia, sus créditos, en caso de haber conservado los comprobantes respectivos y surgir de la documentación que haya podido acceder la sindicatura, correrán la suerte de los demás concurrentes quirografarios.

Dependerá de la cantidad de personas que hayan contratado con el deudor y la magnitud de sus acreencias, la fuerza que tendrán estos consumidores para poder presionar con su voluntad en la obtención de las mayorías necesarias para que el deudor llegue a la homologación de su propuesta, o serán la borra del café al momento de los pagos concordatarios en la etapa de cumplimiento del acuerdo o de la distribución de los fondos líquidos obtenidos de las ventas, en caso de quiebra, *par y pasu* con los demás acreedores quirografarios en su misma condición.

416 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Capital Federal, Sala H (KIPER, GIARDULLI, MAYO.) Néñez, Norma Gladys c/ Metrovías S.A. s/ Daños y Perjuicios. Sentencia del 28 de abril de 2009 SAIJ: C0403488.

La insinuación tempestiva y tardía del crédito de consumo

En el caso de que el acreedor consumidor concurra al período informativo a insinuar su crédito, al hacerlo en forma tempestiva, será en los términos del auto de apertura; y en caso de concurrir tardíamente, deberá promover su incidente de verificación tardía o su acción individual, para el caso que el concurso hubiera concluido, por ante el juez del universal de conformidad a los artículos 32 y ss. LCQ.

Por el efecto previsto en el artículo 21 LCQ, que prohíbe la promoción de nuevas acciones contra el fallido como regla, el acreedor consumidor se encuentra incluido en dicha restricción, y no figura entre las excepciones que contempla la normativa falencial respecto de los acreedores laborales y demás privilegiados.

En consecuencia, solo podrá —en su caso— continuar el proceso de conocimiento en trámite existente al momento de la apertura del proceso concursal, salvo que optare por declinar el mismo e insinuar su crédito de acuerdo al artículo 32 LCQ, como se observara.

Si prefirió continuar con el proceso de conocimiento anterior, seguirá siendo competente el juez actuante de acuerdo al derecho común, y en caso de obtener sentencia favorable y firme la misma, podrá esgrimir dicho decisorio como título verificatorio.

De acuerdo a las previsiones del artículo 56 LCQ, no se lo considerará tardío si solicitara su pedido de verificación dentro del plazo de seis meses de adquirir tal decisorio la calidad de cosa juzgada. Hasta aquí no hay ninguna diferencia por su calidad de crédito consumeril.

El proceso de conocimiento en trámite

En este supuesto, sin embargo, podrá ver mejorada su situación. En primer lugar, porque la Ley de Protección al Consumidor prevé el trámite más abreviado a los procesos de conocimiento. En el caso, sería de acuerdo a la norma procesal de cada jurisdicción y como regla a través del proceso sumarísimo para las cuestiones derivadas de su protección.

El artículo 53 LDC dispone que a los juicios promovidos con fundamento en esa normativa le serán aplicables las reglas del proceso de conocimiento más abreviado que rijan en la jurisdicción del tribunal ordinario competente, a menos que el juez por resolución fundada y a pedido de parte, basado en la complejidad de la pretensión, considere necesario un trámite de conocimiento más adecuado, es decir, más largo.

En general, los códigos de procedimientos locales establecen como proceso residual al juicio ordinario, salvo aquellas controversias que no

tuvieren establecida una tramitación especial. Ello porque, "entre los llamados procesos de conocimiento pleno, es sin duda el ordinario el que por su estructura permite a las partes un mayor ámbito de debate"[417].

Esta norma procesal procura que el trámite sea de la menor duración, dentro de los procedimientos de conocimiento, garantizando el debido proceso y acceso jurisdiccional, mas acotando los plazos a fin de evitar que el derecho del consumidor se "evapore" por el plazo ordinario o que dicha dilación constituya un elemento en perjuicio del contratante más débil, ya que el bien o servicio ha sido adquirido para su consumo.

In dubio pro consumidor y la insinuación del crédito de consumo

Siendo un proceso de conocimiento, aunque fuera el más abreviado, debe tramitar bajo los principios tuitivos del derecho del consumidor.

Siguiendo este rector, las contrataciones deben ser interpretadas en favor de la parte más débil en la relación de consumo, tanto respecto de las cláusulas predispuestas como de la relación en su conjunto.

El artículo 40 de la ley 24.240 consagra un sistema de responsabilidad objetiva, entre otras situaciones por defectos de fabricación. Así, "una vez acreditado este último elemento, la víctima solo debe acreditar el daño sufrido y la relación de causalidad entre este último y la cosa (o servicio) en cuestión, prescindiendo de la prueba de la culpa del legitimado pasivo"[418].

En el mismo sentido: "En materia de defensa al consumidor, por más objetiva que sea la responsabilidad, obvio es que, para que ella se genere, es necesario que los proveedores que intervienen en la operación de que se trate incurran en la conducta ilícita que tal responsabilidad lleva implícita"[419].

Beneficia al consumidor la interpretación de la prueba en el proceso, operando una suerte de inversión del *onus probandi* en razón de encontrarse el proveedor de bienes o servicios en mejores condiciones de acreditar la realidad contractual por su carácter profesional, una vez demostrada la existencia de la relación de consumo.

---

417 Arazi, Roland y *Fenochietto*, Carlos Eduardo, "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación", Astrea, 1999, T. 2, p. 220.

418 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala D, "López Sambiasi Ana María y Otros contra Renault Argentina S.A. y Otro sobre Ordinario" registro N° 41301/2009. Fecha: 01-09-2016. Cita Digital: ED-DCCCXXXI-561.

419 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala C, "Bivort Luis Pedro c/ Kansai S.A. s/ Ordinario". Fecha: 09-10-2018. Cita Digital: ED-DCCCXXXVIII-236.

Los jueces, "al dilucidar si las cláusulas del contrato implican una desnaturalización de las obligaciones o una limitación a la responsabilidad por daños, una renuncia, restricción de los derechos del consumidor, una ampliación de los derechos de la otra parte, o una inversión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor (art. 37, Ley 24.240), deben llevar a cabo una verificación del caso sin perder de vista el conjunto del contrato en análisis, ya que podría suceder que una cláusula evaluada individualmente, aparente tener carácter abusivo pero deje de serlo al entenderse de que manera armoniza con el conjunto del acuerdo"[420].

Las contradicciones normativas pueden superarse acudiendo a la lógica interna del sistema, mediante el recurso a ciertos tópicos previstos expresamente por él; entre ellos se destacan:

a) "ley posterior, deroga ley anterior";

b) "ley superior, deroga ley inferior"; y

c) "ley especial, deroga ley general"[421].

La Suprema Corte de Justicia precisó que el legislador, al disponer que la normativa consumeril, es de orden público, ha definido la ley como contenedora de un conjunto de principios de orden superior estrechamente vinculados a la existencia y conservación de la organización social establecida y limitadora de la autonomía de la voluntad[422].

Aun si el acreedor recurriera a la insinuación por el proceso de verificación tempestiva o tardía, la resolución prevista por el artículo 36 LCQ deberá ser dictada por el juez concursal siguiendo tales prerrogativas, en tanto el principio protectorio prevalece al momento del decisorio en un conflicto respecto a una relación de consumo, con independencia del procedimiento que siga la insinuación.

420 CCC 7ª, Córdoba in re "Peñaloza, Cristian Alberto vs. Maipú S.A. s. Abreviado - Cumplimiento/resolución de contrato"; 27/06/2013; Rubinzal Online; 2215344/36; RC J 14351/13.

421 Rabbi-Baldi Cabanillas, Renato; "Sobre la fundamentación de las decisiones judiciales: el paradigma de la dogmática jurídica visto a través de la jurisprudencia de la Corte Suprema", en *Interpretación de la ley*, Enrique Zuleta Puceiro, Ed. La Ley, Pcia. de Bs. As., 2007, p. 250, Publicado en: Jurisprudencia Argentina. Cita Online: 0003/008525.

422 Alferillo, Pascual E., "La función del juez en la aplicación de la ley de defensa del consumidor", LL 2009-D, 967; con cita del voto del Dr. Fayt en Fallos: 316:2117.

EL ACREEDOR CONSUMIDOR. SEGUNDA PARTE: PRINCIPIO DE GRATUIDAD

EGUIAZU, Alfredo A.

Ponencia

El acreedor concurrente a insinuar su crédito en carácter de consumidor, en razón del carácter de orden público de la Ley de Defensa del Consumidor, goza del principio de gratuidad en el proceso concursal falencial para acceder al proceso insinuatorio y en el caso de imposición de costas causídicas.

Desarrollo

El principio de gratuidad y el crédito de consumo

La normativa del consumidor tiene plasmado el principio de gratuidad en la tramitación de sus reclamos, que no está contemplado expresamente en la ley falencial.

Al promover su pedido de verificación, si el monto del crédito fuera superior a tres salarios mínimos vitales y móviles (SMVM), cada acreedor deberá oblar a la sindicatura el arancel correspondiente.

El artículo 32 LCQ reza: "*Por cada solicitud de verificación de crédito que se presente, el acreedor, sea tempestivo, incidental o tardío, pagará al síndico un arancel equivalente al diez por ciento (10 %) del salario mínimo vital y móvil que se sumará a dicho crédito*".

Exime de su pago a los acreedores por créditos laborales y los equivalentes a menos de tres (3) SMVM, sin necesidad de declaración judicial.

El pago es tanto para las insinuaciones tempestivas, incidentales o tardías.

"Se trata de una de las novedades más importantes que registra la ley de 1995 en lo referente a la verificación de créditos tempestiva, dado que tradicionalmente este proceso se encontraba exceptuado del pago de

cánones para los acreedores"[423].

Este arancel fue introducido en la ley concursal con la reforma de la ley 24.522 con la finalidad de proveer a la sindicatura de un adelanto de gastos para solventar los irrogados que el proceso verificatorio genera y no para otros, y en el caso de su excedente se pueden tomar como adelanto de honorarios.

Interpreta Junyent Bas: "La ley no establece cuándo es la oportunidad para la rendición de cuentas de esos gastos, razón por la cual parece prudente que el síndico lo haga en el informe general (art. 39 LCQ), aun cuando dicha norma no lo prevea expresamente. Esta rendición —por un principio de economía procesal (art. 278 LCQ)— deberá incluir los gastos de correspondencia (art. 29 LCQ). Si hubo remanente, el mismo se tomará a cuenta de la oportuna regulación de honorarios (art. 265, incs. 1 y 5 LCQ). La duda se genera respecto de cómo debe tomarse esta 'cuenta': si detrayendo del monto hipotético a cobrar (aun cuando el mismo no se perciba) o del monto que efectivamente estará en condiciones de percibir el funcionario sindical"[424].

Excepciones al pago del arancel verificatorio

La regla es el pago del arancel y la excepción que establece la ley especial se refiere a los créditos de origen laboral y los menores a tres SMVM.

Respecto de estos supuestos expresos, no hay lugar a discusión.

Distinta es la situación del acreedor que hubiera obtenido beneficio de litigar sin gastos.

Junyent Bass y Molina Sandoval hacen dos distinciones: "I) si el acreedor insinuante ya ha obtenido sentencia para litigar sin gastos, no debe pagar el arancel; II) si no se ha pronunciado sentencia o no ha sido siquiera iniciado, pensamos que el acreedor debe pagar el arancel. El motivo es claro: el monto impuesto es sumamente pequeño para impedir el acceso a la justicia. A ello debe agregársele la finalidad inmediata de aplicación (gastos del síndico) y que, a la larga, lo satisfacirá el concursado"[425].

En la práctica, tratándose de verificaciones tempestivas, el supuesto no se daría en tanto la sindicatura exige formalmente el pago del arancel en sus oficinas, salvo los supuestos expresos de la ley.

En el caso, ¿se debería dejar al arbitrio de la sindicatura la calificación

423 Barbieri, Pablo, Procesos Concursales, Ed. Universidad, Bs.As., 1999, p. l95.
424 Junyent Bas, Francisco - Molina Sandoval, Carlos A., Ley de Concursos y Quiebras Comentada. Lexis Nexis De Palma, Tomo 1 pp 147/8
425 Junyent Bas, Francisco y Molina Sandoval, Carlos A., *Ley de Concursos y Quiebras Comentada*. Lexis Nexis De Palma, Tomo 1, pp. 147/8.

del crédito como "de consumo", excediendo sus facultades? Dicha calificación resulta una facultad jurisdiccional, salvo que en algún supuesto y atento la actividad empresarial del deudor, en el auto de apertura el juez concursal dispusiera que los créditos emergentes de ciertas relaciones contractuales de consumo estuvieren eximidos del pago del arancel verificatorio tempestivo.

Distinta situación resulta en caso de verificaciones tardías, ya sea por incidente o por acción individual, según el momento procesal ya tratado anteriormente. Atento la mayor amplitud probatoria que el proceso permite, es posible al acreedor acreditar la calidad de crédito de consumo y así eximirse del pago del arancel en estudio, siendo ya facultad del juez del universal así declararlo.

En una sentencia dictada en proceso de conocimiento continuado por el acreedor consumidor tras la apertura del universal, el pedido de verificación tendrá como título dicha resolución firme, estando igualmente a cargo del juez disponer o no el pago del arancel al momento de insinuarlo.

Costas causídicas y la gratuidad para el acreedor consumidor

Otra cuestión relativa a la gratuidad resultan la imposición de costas y su pago.

Si existía una sentencia que otorgó el beneficio de litigar sin gastos previo a la insinuación, ninguna duda cabe al respecto, como se analizó.

En caso de perder la oportunidad de insinuar el crédito tempestivamente, debería correr con las costas del incidente tardío promovido, sin importar el resultado del mismo, conforme a las previsiones del artículo 32 LCQ.

No podría invocar el principio de gratuidad si pretendiera llevar por sí una acción revocatoria concursal, en caso de no hacerlo la sindicatura tras su intimación judicial.

Estas reglas corresponden a todos los acreedores, mas se encuentran exceptuados los acreedores laborales, en razón del principio de gratuidad que nace de la propia Ley de Contrato de Trabajo (en adelante, LCT) que en su artículo 20 establece: "El trabajador o sus derecho-habientes gozarán del beneficio de la gratuidad en los procedimientos judiciales o administrativos derivados de la aplicación de esta ley, estatutos profesionales o convenciones colectivas de trabajo".

Del mismo modo el consumidor, al amparo de la LDC, que en su artículo 53 reza: "Las actuaciones judiciales que se inicien de conformidad con la presente ley en razón de un derecho o interés individual gozarán del

beneficio de justicia gratuita. La parte demandada podrá acreditar la solvencia del consumidor mediante incidente, en cuyo caso cesará el beneficio"[426].

Si bien en un principio la norma fue interpretada con alcances limitados a las erogaciones para acceder al servicio de justicia y que no alcanzaba a la imposición de costas, entendiendo que el beneficio de gratuidad y el de litigar sin gastos son dos institutos que, si bien reconocen un fundamento común, tienen características propias que los diferenciaban[427], dicho criterio ha sido superado.

Tras sucesivos fallos de la Corte Suprema de la Nación, las Cámaras nacionales volcaron su criterio asintiendo su extensión a las costas.

En tales precedentes, se trataba de acciones promovidas por asociaciones de consumidores, a pesar de resultar vencidas en los recursos extraordinarios interpuestos, el Tribunal cimero sentenció con la expresión: "Sin especial imposición de costas, en virtud de lo establecido en el artículo 55, segundo párrafo de la Ley 24.240"[428.]

Dicha interpretación fue receptada en Entre Ríos con el carácter de doctrina vinculante el criterio amplio en beneficio del consumidor[429], al igual que otras Cámaras de apelaciones de la Nación[430], en coincidencia con los lineamientos fijados por la CSJN[431].

426 Artículo sustituido por art. 26 de la Ley N° 26.361 B.O. 7/4/2008.

427 CNCom, Sala B, 26/03/2012, *Consumidores Financieros Asoc. Civil para su Defensa c/La Equitativa del Plata S.A. s/ beneficio de litigar sin gastos*, donde se sostuvo: "La parte final del actual art. 55 de la L.D.C. —texto según ley 26.361—, dispone: 'las acciones judiciales iniciadas en defensa de intereses de incidencia colectiva cuentan con el beneficio de justicia gratuita' y resulta aplicable la nueva normativa a esta demanda. Sin embargo el beneficio de justicia gratuita excepciona el pago de la tasa judicial y otros tributos necesarios para acceder a la jurisdicción, mas no una eventual imposición de costas (CNCom. Sala B in re 'Padec Prevención Asesoramiento y Defensa del Consumidor c/ HSBC Bank Argentina S.A. s/ beneficio de litigar sin gastos' del 15.04.09; id. Sala D in re, 'Adecua c/ Banco BNP Paribas S.A. y otro s/ Beneficio de litigar sin gastos', del 04.12.08), de modo que deberá continuarse el trámite del incidente de beneficio de litigar sin gastos respecto de las eventuales costas del juicio principal". Citados en elDial.com – AA785B.

428 "Unión de Usuarios y Consumidor C/Banca del Lavoro S/ Sumarísimo" (U.66 XLVI) del 11/10/2011 (elDial.com – AA773D); la Corte rechazó el REX por inadmisible con el voto de Lorenzetti, Highton de Nolasco, Zaffaroni, Maqueda, Fayt y Petracchi.- Id. CSJN in re "C., J. y otro c/Swiss Medical S/Amparo" (expediente C. 36. XLVI), Res. Del 26/06/2012 (elDial.com – AA778A), se admitió el REX, pero confirmó la sentencia.

429 Superior Tribunal de Justicia de Entre Ríos in re "Asociación de Defensa de Consumidores Entrerrianos c/ Swiss Medical s/Diligencias preliminares", Expte. 7421, sentencia del 25/4/2017; Id. STJER in re "Asociacion de Defensa de Consumidores Entrerrianos c/ Círculo Médico Paraná s/ Sumarísimo" - Expte. Nº 7987, Acuerdo del 5/11/2019.

430 Cam Nac, Apel. Com. Sala B in re Zoli, Sergio c/ Caja de Seguros S.A. s/Beneficio de Litigar sin Gastos" Expte. 13301/2015, del 24/08/2016, entre otros.

431 CSJN in re "Unión de Usuarios y Consumidores y otros c/ Banca Nazionale del Lavoro S.A. s/Sumarísimo" Expte. Nº U.66.XLVI.REX; "C.,J. Y otro c/ Swiss Medical s/ Amparo" Expte. Nº C.36.XLVI; "Unión e usuarios y Consumidores y otros c/ Nuevo Banco de Entre Ríos

El Máximo Tribunal, respecto a la temática convocante, expresó: "Los claros términos del precepto reseñado permiten concluir que, al prever el beneficio de justicia gratuita, el legislador pretendió establecer un mecanismo eficaz para la protección de los consumidores, evitando que obstáculos de índole económica pudieran comprometer su acceso a la justicia y en consecuencia, privarlos de la efectiva tutela de los derechos consagrados en el texto constitucional.

No es posible soslayar que, en el marco de las relaciones de consumo, el consumidor se encuentra en una situación de debilidad estructural, por ello, y en orden a preservar la equidad y el equilibrio, resulta admisible que la legislación contemple previsiones tuitivas en su favor. En este sentido, la gratuidad del proceso judicial configura una prerrogativa reconocida al consumidor dada su condición de tal, con el objeto de facilitar su defensa cuando se trate de reclamos originados en la relación de consumo" (considerando 6).

La Corte también dejó en claro: "El otorgamiento del beneficio no aparece condicionado por el resultado final del pleito, pues la norma lo prevé 'para todas las acciones iniciadas en defensa de intereses colectivos'. Una interpretación que pretenda restringir los alcances del precepto no solo desconocería la pauta interpretativa que desaconseja a distinguir allí donde la ley no distingue (Fallos: 294:74; 304:226; 333:735) sino que conspiraría contra la efectiva concreción de las garantías constitucionales establecidas a favor de los consumidores —y de las asociaciones que pretendan proteger sus intereses— a fin de posibilitar el acceso a la jurisdicción en defensa de sus derechos" (considerando 7)[432].

Finalizado el proceso verificatorio, si correspondiera imponer las costas al acreedor consumidor en razón del resultado del proceso o por la intempestiva verificación, se debe eximir de tal condena, salvo que cayera el presupuesto de la eximición de gastos, es decir, que el juez sentenciara que el crédito insinuado no tiene como causa una relación de consumo.

S.A. S/ Ordinario" Expte. Nº U. 10. XLIX. REX.

432 CSJN in re "Consumidores Financieros Asociación Civil para su Defensa c/ Nación Seguros S.A. s/ Ordinario" Expte. Nº COM 039060/2011/1/RH001.

EL ACREEDOR CONSUMIDOR. TERCERA PARTE: ¿LOS CONSUMIDORES DEBEN CONSTITUIR UNA CLASIFICACIÓN DE ACREEDORES?

EGUIAZU, Alfredo A.

Ponencia

En casos de concursados o fallidos proveedores habituales de bienes y servicios a consumidores, el juez puede en su resolución de apertura indicar a la sindicatura que en el informe general declare la existencia de acreedores consumidores y, en su caso, sugerir al deudor la creación de una categoría comprensiva de tales acreedores en modo excepcional y la reformulación de la clasificación a tales fines.

Desarrollo

Las categorías de acreedores. ¿Los consumidores deben ser una?

Finalizada la etapa insinuatoria, tomemos el supuesto en que la pretensión del acreedor consumidor ha sido receptada y declarada verificada o admisible, según el caso.

El artículo 41 LCQ dice: "Dentro de los DIEZ (10) días contados a partir de la fecha en que debe ser dictada la resolución prevista en el artículo 36, el deudor debe presentar a la sindicatura y al juzgado una propuesta fundada de agrupamiento y clasificación en categorías de los acreedores verificados y declarados admisibles, la naturaleza de las prestaciones correspondientes a los créditos, el carácter de privilegiados o quirografarios, o cualquier otro elemento que razonablemente, pueda determinar su agrupamiento o categorización, a efectos de poder ofrecerles propuestas diferenciadas de acuerdo preventivo".

Maffía destacaba: "El concursado puede proponer una clasificación de sus acreedores en vista a dirigirles ofertas concordatarias diferentes. El término 'puede' define su carácter facultativo (el art. 39 inc. 8 menciona la opinión del síndico respecto del agrupamiento y clasificación 'que el deudor hubiere efectuado...'). Este carácter facultativo debe combinarse con la imposición legal de —al menos— tres o más categorías que según los criterios a utilizar surgen de la ley como necesarias". Agrega más adelante que el "debe" del artículo 41 que, a manera del "deben" del

artículo 32, alude a un modo y oportunidad de hacer algo, no a una obligación en sentido técnico cuyo incumplimiento aparejara sanciones, en este caso al deudor[433].

En este estado, dependiendo de cuántos acreedores consumidores hayan pasado el valladar del desánimo propio del pretensor de poca monta, ya sea por valentía o por haber aunado esfuerzos con otros de su misma condición con la esperanza de lograr recuperar algo de lo pactado con el proveedor hoy *in malis*, podrá hacer valer su voluntad para que el deudor consiga la doble mayoría del artículo 45 LCQ o pase por el designio del magistrado concursal en caso del artículo 52 LCQ, en su caso.

Tratándose de acreedores consumidores, dependiendo de los bienes o servicios que hubieren adquirido, probablemente estemos frente a créditos de montos bajos. Sin embargo, pueden alcanzar un alto número de acreedores, dependiendo del giro comercial del deudor, y así hacer valer la fundamentación real de la doble mayoría que prevé la ley falencial.

Relataba Cámara en relación al artículo 45 de la ley 19.551: "En primer lugar asienta el principio revistado de la doble mayoría, preponderancia de la mayor parte de voluntades e intereses (De Rossi; La costituzione della maggioranza nel concordato, *Rivista de Diritto Comerzialle*, 1909-I, p. 192), […] La ley toma en consideración el número de voluntades para que los acreedores minoritarios no sean sacrificados por los titulares de los créditos mayores, y requiere mayoría de capital, porque es de equidad que el monto de los créditos tenga gravitación sobre la resolución a adoptarse"[434].

Será de la determinación de los acreedores consumidores, primero en insinuar sus créditos, ya sea en forma tempestiva o tardía, ya sea por la continuación del juicio de conocimiento en trámite, iniciada antes de la presentación en concurso preventivo; dependerá de su volumen en el pasivo insinuado o en su número de concurrentes, que gravitará en el resultado de la aceptación de la propuesta a formular por el deudor para obtener su conformidad, tanto como una categoría que los agrupe especialmente, en los términos del artículo 41 LCQ o junto con otros acreedores quirografarios a los que el deudor aunó siguiendo criterios de razonabilidad.

Truffat describe con elocuencia: "Este magnífico escenario teórico, tan sensato y con aires de justicia, seguramente es muchas veces vulnerado

433 Maffía, Osvaldo J., "Aspectos de la nueva ley de concursos: Clases de acreedores y propuestas concordatarias diversificadas", La Ley, 1996-B, 1074 Cita Online:AR/DOC/17281/2001.

434 Cámara, Hector, *El Concurso Preventivo y la Quiebra*, Edic. De Palma, Reimp. 1980, T. 2, pp. 1.027.

en la praxis diaria y no es de extrañar que las propuestas más exigentes para el deudor sean, muchas veces, aquellas que dirigen a acreedores cuasi monopólicos o con enorme presencia en el sector del mercado en el que se mueve el *debitor*, dejando para el resto de los acreedores propuestas más laxas (porque también hay que tener presente que esos acreedores, precisamente por ser menos resistentes a los embates de la realidad económica son de aquellos que rara vez pueden dejar de apostar porque el deudor 'se salve', visto que tenerlos como proveedores o clientes es algo relevante)"[435].

Facultades del juez concursal respecto de la existencia de una categoría de acreedores consumidores

En el caso de que el deudor no propusiera una categoría de acreedores consumidores, ¿la sindicatura podría observar dicha omisión y el magistrado, ante la ausencia, disponer su creación?

El criterio que debe guardar el deudor es el de razonabilidad, a fin de posibilitar una mejor negociación en torno a las propuestas que presente por categoría.

Si al tamiz del magistrado no se ha observado tal directriz legal, puede rechazarla e imponer las categorías mínimas que establece la ley.

Imponerle al deudor una categorización o "clasificación", como denomina Maffia[436], que se apartara de las propuestas, sería en contra de sus facultades negociales en relación al abanico de ofertas a formular y eventualmente cumplir.

El artículo 42 de la ley concursal manda al juez del concurso a dictar sentencia "fijando definitivamente las categorías y los acreedores comprendidos en ellas".

Truffat, al comentar el fallo "Correo Argentino", postuló que las alternativas a tomar por el juez concursal serían tres:

1) rechazar la categorización y dar por perdido el derecho a concretar propuestas diferenciadas;

2) rechazar la categorización e intimar a la concursada a efectuar

435 Truffat, Daniel "Hacia una teoría general de las condiciones de obligatoriedad de una propuesta concordataria respecto de disidentes y tardíos" en *Revista Informática Del Instituto Iberoamericano De Derecho Concursal* Vol 15. Número III Año 2018 Publicado: 2018-09-07 Estudios de Derecho Empresario ISSN 2346-9404 p. 902. Consulta *online* https://revistas.unc.edu.ar/index.php/esdeem/issue/view/1685.

436 Maffía, Osvaldo J. *Aspectos de la nueva ley de concursos (II): clases de acreedores y propuestas concordatarias diversificadas* La Ley 1996-B, 1069 Cita Online: AR/DOC/17281/2001.

una nueva propuesta; o bien

3) rechazar la categorización e imponer al concursado una nueva clasificación[437].

Para Rivera: "El juez tiene atribuciones como para modificar la propuesta de categorización si la considera irrazonable. Recientemente en la causa "Correo Argentino s/ concurso preventivo" el juez Favier Dubois dispuso una categorización distinta a la propuesta por la concursada, teniendo en consideración que ciertos acreedores no habían sido pesificados (por ser deuda excluida en función de la legislación vigente) y que tenían un poder de voto más que triplicado, y los incluyó en una categoría ad hoc; lo mismo hizo con los acreedores que en alguna medida aparecían vinculados a la sociedad concursada"438.

Lidia Vaiser, por su parte, hace una breve mención de fallos en los cuales observó: "Comenzó a avizorarse un avance sistemático de la figura del juez en la dilucidación de diversas cuestiones de relevancia dentro del marco del proceso concursal"[439].

Al respecto, enumera varios ejemplos de tales facultades: "1) En la adopción de una variada gama de medidas cautelares, genéricas y en muchos casos autosatisfactivas citando la obra de Kamelmajer[440]. 2) En la fijación 'definitiva' (en la propia nomenclatura legal) de las clases y subclases de acreedores. […] citando varias causas ejemplificativas: 'Florio ICSA s/Conc. Prev.' (22.8.96 .JNCom Nro. 11); 'Salinas Abelardo s/ Conc. Prev.' (del Juzg. Proc. Conc. Nro. 3 de Mendoza 17.11.95); y en la causa 'Forman Fueguina SA s/Concurso preventivo' (CNCom Sala D; 18-2-2016 MJ-JU-M-97378-AR).

La Sala D, de la CNCOM *in rebus* Listas Argentinas S.A[441], las consideró como "cuestiones concursales trascendentes y de ardua dilucidación. Así,

437 Truffat, E. Daniel, *Las también "turbulentas" aguas de la categorización*, Errepar DSE Nº 195 p. 189.

438 Rivera, Julio Cesar, *Instituciones de derecho concursal*, Rubinzal Culzoni, 2ª Edic. Act. T. 1 p. 425.

439 Vaiser Lidia, "Vicisitudes De Las Facultades Jurisdiccionales En La Ley y en la Doctrina Judicial Argentina" en *Revista Informática Del Instituto Iberoamericano De Derecho Concursal* Vol 15. Nro III Año 2018 Publicado: 2018-09-07 ISSN 2346-9404 p. 556. Consulta *online* https://revistas.unc.edu.ar/index.php/esdeem/article/view//1685.

440 Kemelmajer de Carlucci; "Cuestiones de competencia en las medidas urgentes en el concurso"; *Revista de Derecho Privado y Comunitario*; Concursos; 2002 Nro. 3; Ed.Rubinzal Culzoni.

441 Cám Nac De Apel Com, Sala D Listas Argentinas S.A. s/conc. prev. s/incidente de apelación art. 250 CPr. • 30/03/1999 JA 2000-I-100. Cita *online* LL 20000257. La Alzada dijo: "La opinión del síndico puede disentir con la propuesta del concursado de categorización de los acreedores, y el ulterior juicio del magistrado puede coincidir con una, con otra o con ninguna. 2 - La apelabilidad de la decisión sobre categorización de acreedores introduciría una dilación y complicación en el trámite concursal, que no parece admisible ni conveniente".

vgr., las facultades del juez del concurso para imponer una categoría de acreedores no propuesta por la deudora, decisión que 'importó en el caso un exceso en el ejercicio de las facultades jurisdiccionales que puede ser susceptible de nulidad', según dictaminó el fiscal de Cámara en fs. 42 vta.". Si bien la Sala no se pronunció en la parte resolutiva sobre el tema, en tanto no fue materia de agravios, agregó: "Ello se presenta como altamente dudoso, porque si el juez debe dictar resolución fijando 'definitivamente' las categorías y los acreedores en ellas comprendidos (art. 42. Ver texto LC), y si antes de ese acto jurisdiccional el síndico debe emitir 'opinión fundada' sobre ese agrupamiento de acreedores (art. 39. Ver texto 8 LC), parece que esa opinión del funcionario puede disentir con la propuesta del concursado, y que el ulterior juicio del magistrado puede coincidir con una, con otra, o con ninguna".

Vaiser agrega que en el caso "Schoeller Cabelma s/Conc. Prev." (JNCom Nro. del 11. 30.10.96) "en ejercicio de la facultad para fijar definitivamente las clases de acreedores, el juez estableció la creación de una categoría no prevista por el concursado, para alojar en ella a las sociedades controladas por este, las cuales no están excluidas de votar el acuerdo según el texto legal (art. 45 LCQ). Lo que revela una doble injerencia judicial: para fijar las clases o categorías de acreedores ampliando las previstas por el deudor; y para discriminar a ciertos acreedores que si bien no se encuentran impedidos de votar, pueden licuar con su participación a otros acreedores comunes".

Señala Rubin sobre el tema: "En verdad, no es fácil encontrar una respuesta unívoca a todos los problemas que se pueden presentar. Así por ejemplo, es factible que el tribunal detecte que lo irrazonable no sea una de las clases de acreedores propuesta por el concursado, sino su falta. En el caso 'Serafini y Cía.', el juez Fernández Moores consideró que la 'categorización' efectuada por la concursada no cumplía las pautas del art. 41 de la ley concursal pues los acreedores de dominio (por venta de departamentos que estaba construyendo la concursada) habían quedado abarcados por una única clase de acreedores quirografarios, lo que podía conducir a que queden neutralizados por sus colegas de categoría. En esa coyuntura el magistrado decidió crear una nueva categoría de titulares de 'obligaciones de escriturar', a su vez dividida en subgrupos por edificio, citando fallo inédito del Juz. Nac. en lo Comercial N° 18, Secr. 35, 10.4.2000, 'Serafini y Cía. S.A. s/conc. Preventivo'[442]; tratándose de un supuesto de acreedores consumidores, sin lugar a dudas".

442 Rubín, Miguel E. "Categorización, propuestas de acuerdo preventivo y atribuciones del juez del concurso. Buscando soluciones para los problemas surgidos durante cinco años de aplicación de la ley 24.522". Publicado en: LA LEY2000-E, 1015 Cita Online: AR/DOC/7876/2001.

Analiza Barreiro también referenciando: "El fallo en autos 'Correo Argentino S.A. s/concurso preventivo', de fecha 17 de octubre de 2002, del Dr. Eduardo Favier Dubois (h), mediante el cual el referido magistrado modifica la propuesta de agrupamiento realizada por la entonces concursada, creando una categoría especial en la que incorporó a ciertos acreedores quirografarios (sociedades vinculadas al deudor), a la vez que el mismo Tribunal mediante resolución de fecha 18 de noviembre de 2003 rechazó un pedido de SIM S.A. (acreedor) de que se excluyera de voto a los acreedores estatales por presunto abuso de derecho e interés contrario: Banco de la Nación Argentina, A.F.I.P. y Estado Nacional, sin perjuicio de reiterar que comparte la doctrina que permite crear exclusiones fundadas en los principios generales de derecho"[443].

Los argumentos en contra de la posición que el juez pueda crear nuevas categorías so pena de inmiscuirse en la estrategia del deudor tendiente a obtener las conformidades a sus propuestas son atendibles. Acorde el fin de la categorización señalado en el marco de la estrategia del deudor, el juez bien podría, previo a dictar la resolución del artículo 42 LCQ, hacer las observaciones emergentes frente a la presencia de acreedores consumidores e instar al deudor a crear una categoría que los incluya en forma especial, en procura de la protección de los intereses de aquellos, atento su calidad de contratante más débil protegido por el ordenamiento, en desventaja frente a los demás acreedores quirografarios.

La ley le permite al deudor alcanzar las conformidades de los acreedores en el período de exclusividad, ergo, dispuesto un nuevo plazo para reformular la categorización, en esta hipótesis, el juez deberá conceder una ampliación del período de exclusividad, concordante con su medida previa que altera el *iter* proceso, con el fin de que el deudor pueda de obtener las adhesiones necesarias de los acreedores afectados por su decisión y la nueva clasificación.

Puede entonces el magistrado, en uso de sus facultades, disponer que el deudor reformule la clasificación y, de tal manera, readecuarla conforme las pautas indicadas por el juez, otorgando un plazo adicional a tal fin, siguiendo la propuesta de Martínez y Truffat[444].

443 Barreiro Marcelo G. "Sobre la Exclusión de Voto en la Ley de Concursos y Quiebras" en *Concurso preventivo prohibición de voto en los procesos concursales prohibiciones del art. 45 de la ley concursal* consulta *on line* https://www.pensamientocivil.com.ar/doctrina/3721-sobre-exclusion-voto-ley-concursos-y-quiebras1.

444 Martínez Oscar, y Truffat, Daniel: "La base de cómputo en los concursos; los efectos no previstos de la pesificación compulsiva respecto de la misma y la ley de la manta corta", en ED, t. 102, p. 705; Conclusiones de la Fundación Académica Argentina de Derecho Económico, en su reunión del 7/4/2003 sobre "La categorización de acreedores: facultades del juez".

El argumento contrario a su modificación se basa en que en el período de exclusividad es solo el deudor quien puede ofrecer propuestas a los acreedores, si bien no existe discusión al respecto, no sería aplicable al caso para fundar la negativa, ya el período de exclusividad todavía no ha comenzado.

Es la notificación *ministerio legis* de la resolución de categorización la que marca el comienzo del período de exclusividad, como en forma clara lo destaca Gerbaudo al decir: "El período de exclusividad tiene como *dies a quo* la fecha en que se notifica *ministerio legis* la resolución de categorización (art. 42 de la LC). En cuanto a su duración la ley establece un plazo de noventa días pudiendo ampliarse el mismo a treinta días más por decisión judicial tomando en consideración la cantidad de acreedores o categorías. Los días se computan por hábiles judiciales (art. 273, inc. 2, LC)"[445].

Revisando la letra del artículo 42 LCQ, vemos que no existe prohibición alguna a que el juez en su resolución, frente a la inobservancia del único criterio que la ley le fija, cree una clasificación en el caso bajo estudio que permita la protección en especial de los acreedores quirografarios consumidores del deudor.

Dice mi estimado profesor Ricardo Prono: "Cuando no existe prohibición legal expresa de participar en la resolución del concurso, se activan los mecanismos integrativos del ordenamiento jurídico. Aquello que no está expresamente vedado está permitido, en tanto no perjudique a terceros, según lo establece el art. 19 CN"[446].

La sindicatura en su informe general, a instancias del magistrado en el auto de apertura, al referirse a la propuesta de categorización (art. 39, inc. 9), debería informar sobre la existencia de las características del giro del deudor y, en su caso, si *prima facie* existen acreedores cuyos créditos podrían haber nacido de relaciones de consumo.

En caso de que así fuera, el juez concursal, previo a la resolución de aprobación de las categorías (art. 42 LCQ), podría advertir al deudor la inexistencia de categoría que incluya expresamente a los acreedores consumidores.

En este estado, no se estaría violando derecho alguno del deudor, quien al categorizar lo que hace es agrupar a sus acreedores a fin de poder ofrecerles propuestas variadas por categorías, las cuales ni siquiera están limitadas en su número por cada una.

445 Gerbaudo, Germán E., Reflexiones sobre el período de exclusividad, su reapertura y la tercera vía. A propósito del caso "Correo Argentino S. A. s/ Concurso preventivo" 20-jul-2017 Cita: MJ-DOC- 1919-AR | MJD11919.
446 Prono, Ricardo Severo Edgar, *Algunos Principios Procesales Concursales*. p. 40.

No obstante ello, si no se presentara una categoría particular respecto de los acreedores consumidores, a la sazón quirografarios, la propuesta que se les hiciera, en caso de ser aprobada con las mayorías del artículo 45, no debería ser abusiva o contraria al orden público, entendiendo que el orden público también incluye los derechos del consumidor, atento el artículo 65 LCD.

EL ACREEDOR CONSUMIDOR. CUARTA PARTE. VERIFICACIÓN DEL DAÑO PUNITIVO

EGUIAZU, Alfredo A.

Ponencia

El daño punitivo previsto por el artículo 52 bis LDC como parte del crédito insinuado por el acreedor consumidor puede ser revisado por el juez concursal.

Desarrollo

El daño punitivo parte del crédito de consumo como multa o sanción y su inclusión en el crédito insinuado

Dentro del crédito del consumidor, si el acreedor optó por continuar con el proceso de conocimiento ante el juez natural, en lugar del proceso verificatorio, dicha sentencia —de ser favorable— podría incluir el daño punitivo que prevé el artículo 52 bis de la Ley de Defensa del Consumidor (LDC), que dispone: "*Al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor, a instancia del damnificado, el juez podrá aplicar una multa civil a favor del consumidor, la que se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan. Cuando más de un proveedor sea responsable del incumplimiento responderán todos solidariamente ante el consumidor, sin perjuicio de las acciones de regreso que les correspondan. La multa civil que se imponga no podrá superar el máximo de la sanción de multa prevista en el artículo 47, inciso b) de esta ley*"[447].

Dicho rubro es parte de la condena que puede dictar el magistrado en el reclamo por la relación de consumo y queda a su arbitrio su procedencia y magnitud, según el caso particular. La norma otorga una pauta genérica: "*La que se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan*".

447 Artículo incorporado por art. 25 de la ley 26.361 B.O. 7/4/2008.

Al respecto, la Sala de procedimientos constitucionales del STJER acordó: "El art. 52 bis de la ley 24.240 respecto de la procedencia de la multa a partir del mero incumplimiento a un deber legal o contractual del proveedor prescinde de toda consideración subjetiva, constituye doctrina judicial mayoritaria, ratificada por la Sala Civil y Comercial del STJ local, el que la procedencia de la multa depende también de la verificación de al menos, una grave negligencia de parte del proveedor, siendo además el instituto, de aplicación restrictiva"[448].

También recientemente ha fijado pautas en el caso en las definiciones de; "Los factores agravados de atribución que exige la figura (dolo o culpa grave) requieren ser ponderados en concreto y, en el caso, atendiendo las circunstancias de personas, tiempo y lugar, surge sin hesitación que la conducta de los proveedores ha sido desplegada con abuso de su posición jurídica"[449].

Francisco Junyent Bas comenta, citando a Álvarez Larrondo, con respecto al artículo 52 bis LDC: "El doble carácter del instituto, es decir que su finalidad no es solo castigar al proveedor por una conducta grave, sino también desalentarla en el futuro, vale decir, que se trata de una sanción punitiva y preventiva a la vez, pero fundamentalmente 'disuasiva' para evitar la reiteración de hechos similares"[450].

Agrega que, en torno a la aplicación de la sanción disciplinaria en estudio, a la luz de la doctrina y del proyecto de reforma de la Ley de Defensa del Consumidor, en el mismo artículo en su página 5: "En una palabra, la sanción punitiva tiende a desmantelar y desarticular de plano los efectos de ciertos ilícitos con claros fines de retribución social, en los que el resarcimiento del daño deviene decididamente insuficiente para poner en práctica la totalidad de las funciones de la responsabilidad civil, particularmente su faz preventiva, prevenciones todas estas que se interrelacionan y complementan entre sí conformando el andamiaje jurídico-sociológico que abastece el instituto, aunando prevención y sanción a la clásica y tradicional función reparatoria del derecho de daños".

La Sala F de la Cámara Nacional Comercial ha acordado: "La naturaleza de los daños punitivos es netamente sancionatoria, pero no comparte la misma naturaleza que una sanción del derecho penal. Se trata de sanciones civiles que se aplican como castigo a un infractor de una norma civil. En el caso concreto es una sanción al autor de un daño que tiene

448 STJER in re "Faure Adrian Alfredo C/ Telecom Argentina S.A. S/ Accion De Amparo" - Causa N° 22629 - el 1/6/17.
449 STJER in re "Goyeneche Sebastian A. C/ Escobar Santa Fe S.A.C.I.F. Y Otro S/ Ordinario"- Expte. Nº 8038, 17/02/2020.
450 Junyent Bas, Francisco, "En torno a la figura del daño punitivo", en *El Derecho, Diario de doctrina y jurisprudencia*, Nº 14.665, Buenos Aires, 10/7/19, AÑO LVII, ED 283, p. 4.

una finalidad ejemplificadora a los efectos de prevenir futuras conductas semejantes, evitando la consumación del perjuicio"[451].

La sanción punitiva en el derecho del consumidor se explica por la función de tutela que la ley 24.240 atribuye al Estado, a los efectos de disuadir a las empresas proveedoras de incurrir en conductas reiteradas que lesionen a los bienes jurídicos protegidos por la LDC.

Si bien ha sido atacada la constitucionalidad en variadas oportunidades, la jurisprudencia mayoritaria se ha pronunciado por su validez del artículo 52 bis LDC[452].

Se han afinado criterios pretorianos respecto del cálculo de la multa y la fórmula matemática-financiera traída del derecho anglosajón del Juez Hand, por la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Necochea, citando a Irigoyen Testa[453].

Este rubro indemnizatorio tiene la naturaleza jurídica de una multa sanción, y como tal debe ser considerada a la hora de la resolución que determine su admisibilidad por el juez concursal.

"La figura contenida en el art. 52 bis no tiene diferencias sustanciales con otras de características similares y vigentes desde hace mucho tiempo, tanto en el derecho en general como en el derecho del consumo en particular, como son a las multas previstas para las relaciones laborales en las leyes 24.013 y 25.323 así como la prevista por el art. 31 LDC"[454].

Ergo, su admisibilidad en el proceso insinuatorio concursal debe ser el mismo que para las demás multas que prevén las normativas laboral y fiscal. Debe estar a la fecha del hecho generador de la sanción, si en su caso fue anterior a la fecha de presentación en concurso preventivo o de la sentencia de quiebra. La misma puede ser revisada en el proceso concursal, no obstante haber sido dictada en el marco de un proceso de

451 CNCom., Sala F, 2/7/13, "I., L. D. c/ Aseguradora Federal Argentina SA s/ sumarísimo", con cita de López Herrera, Edgardo, Daños punitivos en el derecho argentino. Art. 52 bis, Ley de Defensa del Consumidor, JA 2008-II-1198.

452 CNac Com Sala F "Lopez Bausset Matias C/ Automilenio S.A. y Otro s/ Ordinario, **Expediente Com. 017543/2011/Ca001**ac Del 12/7/2018; Capel Cyc Azul, Sala Ii "O. Maria Del Rosario C/ Amx Argentina (CLARO) S.A. S/ Daños Y Perjuicios" Causa nº: 2-63121-2018 del 28/8/2018; Cám. Sexta Apel CyCom Córdoba, "Combina Jose Armando Y Otro C/ Viajes Falabella S.A. –ORDINARIO – Cumplimiento / Resolución De Contrato –Recurso De Apelación (Expte. Nº 2189784/36)" Ac. del 10/12/2015, entre otros.

453 Irigoyen Testa, M. "Monto de los Daños Punitivos para Prevenir Daños Reparables" publicado en *Revista de Derecho Comercial, del Consumidor y de La Empresa*, La Ley, Año II, número 6, diciembre de 2011, pp. 87-94, citado in re "M., ELENA c/ NACION SEGUROS S.A s/DAÑOS Y PERJ. INCUMP. CONTRACTUAL" Expte. Nº 10.548; Idem Cam. Apel Sala Civil de Concepción del Uruguay in re "M. M. C. C/ TELECOM ARGENTINA S.A. S/ SUMARISIMO" JURISDICCION: C. DEL URUGUAY -EXPTE. Nº 9985 – AÑO 2017 del 17/8/2018-Primer Voto Dr. Tepsich.

454 Bersten, Horacio L., Procedencia de la multa civil del art. 52 bis. LDC, LL 2013-A-235.

conocimiento iniciado con anterioridad a la fecha de corte del falencial.

Tal criterio ha sido seguido en materia de sanciones fiscales por la doctrina mayoritaria, que tiende a admitir la revisión en el concurso de los actos administrativos determinativos de impuestos y multas, aun cuando estén firmes, y relativiza la fuerza de la cosa juzgada administrativa, fundamentalmente en aras del interés común de los acreedores que, naturalmente, no intervinieron en las actuaciones administrativas[455].

La Corte Suprema Nacional en autos "Fisco Nacional Argentino (Dirección General Impositiva) sobre incidente de verificación de crédito en autos 'Cosimatti, Gregorio G. sobre Conc. Merc. Prev.'" dijo: "El art. 22 de la ley 19551 [...], solo debe ser entendido con el alcance de impedir que se realicen procesos de ejecución fuera del concurso, pero no el de vedar al organismo competente la determinación de obligaciones tributarias anteriores a la fecha de iniciación de aquel ni de las sanciones pecuniarias que se vinculen con ellas, precedente analizado por la Suprema Corte de Mendoza, Sala I, en autos "Bodegas y Viñedos La Vid S.R.L."[456].

En el caso de las multas en procedimientos fiscales, los mismos tramitan por vía de ejecución y no como proceso de conocimiento, tal como no ocurre en materia de consumo.

Las penalidades que establece la normativa laboral respecto de hechos acaecidos antes de la fecha de corte del universal son tratadas en modo similar, con la salvedad de la naturaleza del proceso que las reconoce.

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: "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 Nº 24.522"[457].

455 Cfr. Vítolo, Daniel Enrique, *Los créditos fiscales frente a los procesos concursales*, Ed. Ad-Hoc., Bs. As., 2009, p. 110 y ss.; Garaguso, Horacio Pablo, "Los procedimientos administrativos de determinación de deudas impositivas y su eficacia ante el concurso preventivo o la quiebra", en Roullión, Adolfo A. N., *Derecho Concursal*, La Ley, Bs. As., 2004- XLVII, 906; Ferrero Luis Facundo, *Insinuación al pasivo concursal de crédito fiscales en la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires*, *ob. cit.*; Figueroa Casas, Pedro J., Problemática de la verificación de créditos de origen fiscal, LLLitoral 2008- abril-, 01/04/2008, p. 247; Surballe, María Federica, Algunas consideraciones sobre las facultades de revisión del juez concursal en materia impositiva y sus implicancias, LLLitoral, 2011, diciembre, 01/12/2011, p. 1.202.

456 SAIJ: SUJ0034028.

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

En dicho acuerdo de la Sala F, respecto al incremento indemnizatorio previsto por los artículos 1 y 2 de la ley 25.323[458], los camaristas puntualizaron que el 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"[459].

Haciendo una interpretación coincidente en materia de derecho de consumo, concluyo que si dispuesta una sanción por el juez extraconcursal en el proceso de conocimiento, si bien dicha sentencia tiene valor de cosa juzgada, puede ser revisada por el juez concursal, recordando que la sentencia es título verificatorio y no pronunciamiento verificatorio, según el artículo 21 LCQ.

Dicha sanción debe ser reconocida en el proceso verificatorio en tanto la causa de la misma sea anterior a la fecha de corte concursal, ya que —de no ser así— no se habría podido iniciar el juicio de conocimiento antes del universal. Por último, si bien el artículo 52 LDC contiene una sanción en razón del incumplimiento por el proveedor del bien o servicio al consumidor, dicho importe tiene carácter de incremento de la indemnización generada por dicho acto contrario a los derechos del consumidor y no sería una multa *stricto sensu,* sin perjuicio de ello puede ser revisada o readecuada por el juez concursal.

458 La ley 25.323 en su art. 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. 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.

459 *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 Prevtivo s/ Incidente de Verificación por Ferrari, Ernesto"; Sala E, 27/06/2008; "Corsetería Informal SRL s/ Quiebra s/inc. de verificación por Gómez, Daniela".

EL SOBREENDEUDAMIENTO DE LOS CONSUMIDORES HIPERVULNERABLES DE SERVICIOS FINANCIEROS Y SU RELACIÓN CON LA LEY DE CONCURSOS Y QUIEBRAS

GALVÁN, Fiamma B y MÓNACO D'ALBO, Matías

Ponencia

Nadie puede obligarse de modo que anule su personalidad. El artículo 42 de la Constitución Nacional prevé la necesidad de establecer procedimientos eficaces para la resolución de controversias en el derecho del consumidor. La Ley de Concursos y Quiebras, si bien establece un procedimiento especial denominado *pequeños concursos y quiebras*, no prevé un procedimiento para personas humanas que no realizan actividades comerciales organizadas y caen en un estado de sobreendeudamiento y posterior insolvencia. Los convencionales constituyentes de la reforma constitucional de 1994 interpretaron el término "eficaz" en base a tres elementos: celeridad, gratuidad y especificidad. El objetivo de la presente investigación es motivar la incorporación del instituto del Acuerdo Preventivo Extrajudicial como salvaguarda de los derechos de aquellos consumidores en estado de sobreendeudamiento. Los beneficios son amplios, tanto para el consumidor deudor como para sus acreedores. Asimismo, es debido discriminar positivamente la posición de aquellos consumidores catalogados como hipervulnerables, cuya situación se agrava a raíz de sus características personales frente a determinada situación de hecho, la pandemia, la nueva era digital y en muchos casos, el actuar disvalioso de proveedores de servicios financieros. La constitucionalización del derecho privado y el diálogo de fuentes nos invitan y motiva a buscar soluciones jurídicas cuya base reposa en el derecho constitucional y convencional. Nuestra sociedad es una sociedad desigual, es por ello que corresponde guiarse por el principio protectorio, entendiendo el artículo 42 de la Carta Magna como una norma de carácter indisponible para reestablecer y superar las desigualdades entre los actores de la sociedad.

Desarrollo

La ley de Concursos y Quiebras y su relación con el art. 42 de la Constitución Nacional

La ley 24.522 regula en su cuerpo normativo el procedimiento de concurso preventivo y la quiebra en una astuta técnica legislativa que incorporó a partir de su artículo 288, un supuesto especial denominado *pequeños concursos y quiebras*. A tales efectos, engloba en este presupuesto a aquellas personas físicas o jurídicas cuyo pasivo denunciado no alcance el equivalente a trescientos salarios mínimos vitales y móviles, cuyo proceso no reúna más de veinte acreedores quirografarios y cuyo deudor no tenga (en caso de ser empleador) más de veinte trabajadores en relación de dependencia sin necesidad de declaración judicial.

El procedimiento descripto luce adecuado y eficaz para aquellas pequeñas y medianas empresas que se encuentren en un proceso de reestructuración económica, sin embargo, dentro de este proceso recaería cualquier sujeto de derechos en estado de cesación de pagos o en estado de insolvencia. Como mencionamos, desde una pyme que no cubre sus pasivos con sus activos, hasta un jubilado que no alcanza a cubrir las deudas resultantes de sus gastos ordinarios, ¿suena injusto, no? La respuesta es afirmativa, no solo resulta injusto, sino que también ineficaz.

Antes de adentrarnos en lo normado por el artículo 42 de la Constitución Nacional, corresponde diferenciar el concepto de *empresa/empresario* y el concepto de *consumidor*. Hecha esta diferenciación, será claro entender por qué corresponde velar por el cumplimiento de la norma suprema.

Según Vitolo, la empresa consiste en la actividad profesional de organización de los factores de producción, del trabajo y del capital, que componen la hacienda o fondo de comercio, con el objeto de producir bienes y/o servicios destinados al cambio, es decir, al mercado, cuyo titular es el empresario, persona física o jurídica que se encarga de impulsarla y explotarla. En el mismo andarivel, el empresario es el titular de la empresa y lleva a cabo una actividad organizada de los factores de producción para producir bienes y servicios destinados al mercado[460].

A consecuencia de la definición dada, que es reconocida y utilizada por el derecho comercial, es dable decir que la figura de la empresa se asimila a la del proveedor, que es la persona física o jurídica que desarrolla de manera profesional o aun ocasionalmente actividades de producción, distribución, comercialización (entre otras acciones) de bienes o servicios, destinados a consumidores o usuarios (es decir, destinados a insertarse en el mercado). Salvo las excepciones enumeradas en el artículo 2 de la ley 24.240.

A contrapartida, corresponde decir que el consumidor es el destinatario de esos bienes y servicios destinados al mercado, es la persona física

460 *Manual de Derecho Comercial*. Daniel Roque Vitolo. Editorial Estudio S.A. Edición 2016.

o jurídica que adquiere o utiliza, en forma gratuita u onerosa, bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar[461].

Hechas estas aclaraciones, es evidente que son dos caras totalmente diferentes de la misma moneda. Con circunstancias personales y hechos relevantes generadores del estado de cesación de pagos, completamente distintos. Aun así, se prevé un mismo procedimiento, cuyo gasto judicial es amplio, cuya asistencia debe ser jurídica, para una empresa cuya posición en el mercado es dominante, y para los usuarios, que carecen de recursos económicos y de conocimiento.

El consumidor sobreendeudado o insolvente lo está primeramente porque habita en una sociedad de consumo y lleva adelante un hábito de consumo, que es lo que genera una empresa sobre un usuario a través de la publicidad. La publicidad siempre tiene un destinatario, está dirigida a un grupo de personas con determinadas características.

El artículo 42 de la Constitución Nacional pone en cabeza del Estado el deber de educar para el consumo. Es necesario resaltar que el Estado debe ser garante de la educación de los consumidores y controlar que las empresas no abusen de su posición de poder. Asimismo, es el Estado el responsable de generar las condiciones de vida dignas para los ciudadanos, generando puestos de empleo, estabilidad económica y educación financiera desde el nivel primario para todos sin distinción de sexo, edad o demás características.

Adunado a ello, en estas épocas de crisis económica, sanitaria, y sobre todo el avance de la tecnología, la normativa debe estar a la altura y prever un procedimiento de reestructuración de microeconomías, a los fines de surtir un efecto positivo.

El concepto de cesación de pagos deriva de la vorágine comercial, la actividad empresarial, el riesgo, la producción de bienes y servicios. Sin embargo, el término sobreendeudamiento comprende cumplir necesidades básicas, que son necesarias para vivir una vida digna, derivan el consumo, de la necesidad de alimentarse, educarse, vestirse, transportarse, mantener el estado de salud, etcétera. Son acciones estrictamente ligadas a la sociedad capitalista, al crédito, el hábito de consumo, la publicidad, etc.

Mencionados todos esos verbos, nos preguntamos, ¿qué ocurre cuando un usuario carga con tantas deudas que no puede atender las necesidades básicas propias o de su grupo familiar? La consecuencia es, muchas veces, el sufrimiento de inseguridad alimentaria. Es claro que, si con los ingresos que posee el usuario únicamente puede cubrir sus deudas, no podría

461 Ley 24.240 de Defensa del Consumidor. Título 1. Capítulo 1. Artículo 1.

comprar alimentos necesarios para su subsistencia[462].

Si buscamos en los fundamentos que esgrimieron los convencionales constituyentes cuando introdujeron el artículo 42 en la reforma constitucional de 1994, encontraremos que la inserción del párrafo que prevé: "La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos […] de consumidores y usuarios en los organismos de control"[463] no fue caprichosa. Según la interpretación del término "eficaz", se basa en tres elementos: celeridad, debe optarse por la vía más rápida y efectiva; gratuidad, entendida como una presunción que admite prueba en contrario, interpretada en un sentido amplio, a los fines de garantizar el acceso igualitario a la justicia; y especificidad: los procesos deben ser llevados adelante por agentes capacitados en la materia en condiciones de reparar la desigualdad social[464].

No se observa en la ley 24.522 un procedimiento eficaz para los consumidores, por el contrario, el mismo es inadecuado en tanto representa amplio dispendio procesal (verificación, fuero de atracción, informes sindicales), dilación (excesivo tiempo), costo de justicia (costas y gastos del deudor, acreedor y sociedad), y la posibilidad de un desenlace caótico, que es la quiebra. En cierto modo, es desfavorable hasta para quienes pretenden el cobro de un crédito, ya que los acreedores no concurren para evitar los costos del proceso si existe un cálculo de incobrabilidad o un rédito mínimo.

Acuerdo preventivo extrajudicial. Un instituto motivador

El empleo de esta herramienta resultaría beneficioso para ambas partes. El consumidor deudor podría negociar de forma breve, simple y económica la forma de cumplimiento de sus obligaciones pendientes. Y los acreedores evitarían el dispendio judicial y gastos del proceso, y podrían cobrar el crédito que reclaman.

A través de la implementación de una instancia conciliatoria que concluya con la redacción de un acuerdo preventivo, el usuario deudor denunciaría el pasivo, concurriendo a un periodo de negociación con sus acreedores, a los fines de acordar la modalidad de pago que permita que el usuario

462 Inseguridad alimentaria: según la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura, una persona padece inseguridad alimentaria cuando carece de acceso regular a suficientes alimentos inocuos y nutritivos para un crecimiento y desarrollo normales y para llevar una vida activa y saludable. Esto puede deberse a la falta de disponibilidad de alimentos y/o a la falta de recursos para obtenerlos.
463 Art. 42, 3er párrafo de la Constitución Nacional.
464 Actas de debate de la Asamblea Nacional Constituyente del artículo 42. Dictamen de Mayoría congresal Roberto Osvaldo Irigoyen. 31ª y 32ª reunión de los días 16 y 17 de agosto de 1994.

pueda cumplir con sus obligaciones y a la vez continuar subsistiendo, en tanto deberá continuar realizando erogaciones para satisfacer sus necesidades ordinarias y evitar el posterior y continuo endeudamiento.

Otra característica fundamental de este instituto es que el fracaso de la instancia no presenta como consecuencia la quiebra del consumidor, pudiendo este realizar acuerdos parciales o totales con sus acreedores, que serán homologados por la autoridad competente una vez prestadas las conformidades.

Resultaría innovador que existiese un registro de conciliadores de consumo en la materia de concursos del consumidor, a los fines de que un abogado especializado en la materia acompañe al consumidor durante el procedimiento y modere la negociación, protegiendo los derechos del usuario y evitando el abuso de las empresas.

Ahora bien, resta tratar el tema de las costas del proceso. Novedoso sería que existiese una tabla de honorarios en base al monto objeto del concurso para determinar los honorarios de los conciliadores que integren el registro, cuyo pago podría ser asumido por partes iguales por aquellos acreedores que logren un acuerdo. Es debido mencionar que dicho pago resultaría por demás menor al gasto judicial que asumirían en caso de presentarse como acreedores en un concurso típico.

Esta herramienta novedosa saldaría la deuda que guardan las provincias con el artículo 42 de la Constitución Nacional, en tanto se pondría en marcha un procedimiento rápido, gratuito para el usuario, guiado por un especialista en la materia, quien a su vez brindaría educación para el consumo financiero llevando a cabo el acompañamiento del usuario y la gestión de la negociación.

La figura del consumidor hipervulnerable y su agravamiento en la pandemia y en la era digital. La conducta disvaliosa de los proveedores de servicios financieros

Como ya hemos mencionado antes, los proveedores de servicios, entre ellos los financieros, generan hábitos de consumo en los usuarios, los guían a consumir productos que quizás no necesitan, los persuaden para que realicen contrataciones bajo la premisa de que recibirán beneficios.

La legislación establece una diferenciación positiva dentro de la categoría de los usuarios y consumidores, denominada *hipervulnerables*, y son aquellas personas que se encuentren en situaciones de vulnerabilidad a razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas o culturales que provoquen especiales dificultades para ejercer con plenitud sus derechos como consumidores. Este es el claro ejemplo de los jubilados, los mayores de 70 años, los

menores de edad, las personas en estado de indigencia, etc[465].

¿Cuántos de ustedes caminaron por un supermercado y escucharon por el altavoz "Si sacás hoy tu tarjeta de crédito, tenes un 20% de descuento en tu primera compra y muchos beneficios en comercios adheridos" o leyeron en una publicidad "Sacá hoy tu tarjeta de crédito solo con tu DNI"? Claro, no se informa al usuario de los términos y condiciones del contrato de adhesión que firma, que están en una letra muy pequeña, a veces ni siquiera legible, y por supuesto, sin realizar previamente el debido análisis de la capacidad de pago o solvencia del usuario adherente. Esta clase de publicidad es totalmente violatoria del deber de información, deber de seguridad y trato digno, y muchas veces es la causa del sobreendeudamiento de los usuarios.

Hoy en día los consumidores y usuarios de productos y servicios son el último y más importante eslabón en la sociedad capitalista de consumo masivo, sociedad donde el único interés es que el usuario sea captado por la publicidad, desarrolle hábito de consumo y consuma sin importar si le es útil o beneficioso. La preocupación de las empresas es emitir créditos sin evaluar previamente la aptitud de pago del usuario que lo recibe.

Debido a la situación sanitaria actual, la pandemia a raíz del COVID-19, nuestro país ha sufrido un importante proceso inflacionario. El cierre de empresas, la pérdida de puestos de trabajo, la imposibilidad de desplazarse hacia el establecimiento laboral —que golpeó fuertemente la economía informal— y demás factores agravan aún más la situación de aquellos que deben cargar con gastos ordinarios, ya sean propios o de su familia.

Por todo ello, la ley concursal debe brindar una especial y delicada protección a aquellos usuarios hipervulnerables que caigan en un estado de sobreendeudamiento. Debe permitir facilidades de pago más flexibles que los estándares, que los operadores de la ley identifiquen prácticas abusivas de los prestadores de servicios financieros, y que se inste el procedimiento que por ley se prevé para el incumplimiento de las disposiciones emanadas de la Ley Nacional de Defensa del Consumidor.

465 En el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires, la resolución 139/2020 de la Secretaría de Comercio Interior realiza un aditivo en función del artículo 1 de la ley 24.240. Define y enumera a los consumidores hipervulnerables y establece normativa específica para el caso en que una de las partes de la controversia se encuentre clasificada dentro de la categoría.

EL SISTEMA DE DÉBITO AUTOMÁTICO, LA VULNERACIÓN DE DERECHOS Y SU VINCULACIÓN CON LA INSOLVENCIA DEL CONSUMIDOR

DOMÍNGUEZ, Micaela E.

Ponencia

La vida moderna implica necesariamente la utilización de medios tecnológicos que se nos imponen con el objetivo de mejorar su calidad. El uso abusivo de los mismos, desconociendo todo continente legal, puede llevarnos a concluir que nos enfrentamos a un verdadero fenómeno de insolvencia de innegable masividad, cuyas víctimas se encuentran identificadas como trabajadores-consumidores. La utilización del mecanismo conocido como *débito automático sin miramientos* no solo colisiona con múltiples normas de nuestro sistema legal, sino que coloca a los sujetos descriptos en la imposibilidad de acceder a sus salarios, y se genera de este modo un verdadero estado de insolvencia de enorme impacto en la economía social.

La presente ponencia pretende, con mera ambición, poner en agenda un tema de gran actualidad que encuentra algunos destellos en alguna jurisprudencia que se estima incipiente.

Desarrollo

I. Introducción

Nos enfrentamos, en la actualidad, a un grave problema que aqueja a un sinnúmero de usuarios del sistema financiero. La utilización del mecanismo que se conoce como *débito automático* constituye hoy una de las causas más frecuentes en la proliferación del estado de insolvencia de los consumidores. Y es que ni siquiera nos estamos refiriendo a situaciones provocadas por sobreendeudamiento, sino a un estado de insolvencia generado a partir de la imposibilidad de cualquier trabajador-consumidor de no poder acceder a su salario, como consecuencia de que lo encuentra absorbido por diferentes descuentos automáticos, razón por la cual comienza a entrar en mora con la mayoría de las obligaciones hasta ese entonces asumidas.

En este contexto, nos enfrentamos a una pregunta ineludible: ¿estamos frente a un fenómeno de carácter financiero que se vislumbra a gran escala y que constituye la antesala de probables estados de insolvencia generalizados y palpables en una cantidad innumerable de personas? Y es que como dijéramos, ni siquiera se requiere sobredeendeudameinto, ya que la fagocitación del salario producida por el cuestionado mecanismo de detracción puede tener lugar tanto por los altos intereses cobrados a partir del saldo mínimo de una tarjeta de crédito, como a través de maniobras generadas con la modalidad conocida como *phishing*[466].

Es sabido que el atraso en el pago del saldo deudor de cualquier tarjeta de crédito importará que automáticamente se empiece a debitar lo que se conoce como *pago mínimo*, con intereses altamente usurarios e indexables, lo que no tardará, por la importancia de los montos comprometidos, en que el trabajador-consumidor se vea privado de la totalidad, y en la mayoría de los casos, de su único ingreso. Lo dicho no presenta imposibilidad alguna en demostrar que el trabajador que no percibe su salario (absorbido por el mecanismo en análisis) inmediatamente se encontrará comprendido en alguno de los supuestos contemplados en el artículo 79 de la LCQ, ya sea incurriendo en *mora en el cumplimiento de sus obligaciones* o bien mediante la incursión en *medios ruinosos de pago*. La situación aludida nos marca no solo la existencia de un pago irregular (configurado por la afectación de la totalidad del salario afectado a cubrir el saldo mínimo de la tarjeta de crédito), sino el inicio de una verdadera situación de insolvencia. El mismo es entendido como un estado patrimonial de impotencia para afrontar las obligaciones que lo gravan, con carácter general y permanente, que puede revelarse por numerosos hechos no enumerables taxativamente, sean directos o indirectos, prudencialmente apreciados por el juez[467]. Y es que, a poco que andemos, nos daremos cuenta de que la totalidad del salario detraído por el sistema de débito automático constituirá al deudor-consumidor en mora automática con el resto de las obligaciones asumidas, y lo colocará incluso en la imposibilidad de cubrir sus necesidades más básicas.

II. La viralización de la insolvencia[468] y su vinculación con la utilización del mecanismo de débito automático

466 La palabra *phishing* quiere decir suplantación de identidad. Es una técnica de ingeniería social que usan los ciberdelincuentes para obtener información confidencial de los usuarios de forma fraudulenta y así apropiarse de la identidad de esa persona. Los ciberdelincuentes envían correos electrónicos falsos como anzuelo para "pescar" contraseñas y datos personales valiosos. Ver https://www.argentina.gob.ar/justicia/convosenlaweb/situaciones/phishing.
467 Raymundo L. Fernández, *La cesación de pagos en el derecho argentino y universal*, Buenos Aires, 1939, nº. 7 cit. pp. 87-94.
468 Francisco Juyent Bas, *La "viralización" de la insolvencia*. Estudios de Derecho Empresario. Escuela Comercialista de Córdoba y sus proyecciones. Volumen 21.

Resulta a las claras que las situaciones señaladas ameritan que hablemos de una verdadera *viralización de la insolvencia*, frase acuñada por el maestro Juyent Bas, avizorando que la profundización de la crisis que ya venía atravesando nuestro país se iba a ver acentuada por las secuelas devastadoras de la pandemia, que reconoce su origen en el COVID-19.

Si se nos permite cierta apropiación, entendemos que nunca mejor aplicada a los efectos catastróficos que el mecanismo financiero de débito está generando en la economía de miles de trabajadores-consumidores, debido no solo a la innegable masividad que conlleva la utilización del sistema de débito, sino también a la arraigada violación de normas elementales de nuestro régimen legal y supralegal.

En este sentido, señala el maestro que la "viralización de la insolvencia" impone la vigencia de la institucionalidad de los tres Poderes del Estado y una legislación especial, recordando que "la emergencia nace dentro de la Constitución" y tiene que vivir respetando la Carta Magna y el control de los poderes[469].

III. Violación de la *pars conditio creditorum* y la creación de un superprivilegio no contemplado en la ley

Sobre la igualdad en el tratamiento que corresponde a los acreedores, el Máximo Tribunal ha dicho: "La preferencia que se otorgue a cualquiera de los acreedores es correlativa con el mayor sacrificio que deberán soportar los demás, entre los que podrían hallarse sujetos con privilegios fundados en el carácter alimentario de sus créditos, o que pertenezcan también a alguno de los demás grupos vulnerables a los que la Constitución y los tratados internacionales otorgan protección preferente"[470]. Este principio elemental del derecho concursal —sumado al reconocido *prior in tempore, potior in iure*— se ve flagrantemente vulnerado por el mecanismo de débito que permite a la entidad bancaria en donde se registra la cuenta sueldo del trabajador cobrar primero y sin ningún tipo de limitación, soslayando incluso los topes legales a los que debe ser sometido cualquier embargo. Más aún, podemos decir que el débito destrona al derecho de retención de su aclamada fama de súper privilegio, ya que no tiene la necesidad de ajustarse para su ejercicio a ninguna otra pauta legal más que la autorización para utilizar datos propiciados a través del sistema financiero.

469 Francisco Juyent Bas, *ob. cit.*

470 CSJN, 1.11.18, "Asociación Francesa Filantrópica y de Beneficencia s/ quiebra s/ incidente de verificación de crédito por L.A.R. y otros".

IV. La prevención del daño "insolvencia" mediante el respeto de las pautas legales

Es sabido que el complejo avance del impacto de la informática en la sociedad actual, dada su creciente complejidad, ha generado cambios que merecen un especial tratamiento legal y ha exigido el acompañamiento del derecho[471].

En este sentido, la función preventiva del daño aplicada al fenómeno de la falencia puede y debe constituir una herramienta útil a fin de evitar los estados de insolvencia potenciados por la masividad que tiene la utilización del mecanismo de débito. Nunca mejor aplicada esta herramienta procesal incorporada al CCCN que para los casos en análisis.

De este modo, podemos decir sin hesitaciones que la función preventiva que logre poner coto a estados de insolvencia generalizados causados por el impacto del mecanismo de débito sobre una cuenta sueldo, en muchos casos, podrá evitar la falencia del consumidor, pero también irá encumbrando jurisprudencia que haga honor al respeto de las pautas legales establecidas en nuestro ordenamiento jurídico.

Se advierte entonces que el cobro compulsivo de supuestas deudas a través del mecanismo en cuestión resulta violatorio de numerosas normas que, de respetarse, evitarían la propagación del fenómeno y sus consecuencias dañosas.

En prieta síntesis, podemos señalar que el mecanismo compulsivo para el cobro de deudas mediante detracciones automáticas que reflejan débitos sobre la cuenta sueldo de un trabajador-consumidor importa la violación de numerosas pautas legales comprendidas en nuestra legislación. Las mismas son reglas insoslayables para cualquier acreedor que inicie una acción individual.

En primer término, podemos señalar aquellas sindicadas como de raigambre constitucional, entre las que se destacan el Convenio 95 OIT, que dispone: "El salario deberá estar protegido contra su embargo o **cesión** en la proporción que se considere necesaria para garantizar el mantenimiento del trabajador y su familia"[472]. La norma responde letalmente a quienes invocan para justificar la perforación de los topes legales, la autorización conferida en algún momento por el titular de la cuenta sueldo a fin de debitar, protegiendo el salario aún contra una supuesta cesión voluntaria.

471 Torello, Viviana Silvia "La incorporación de normas de derecho informático en el nuevo Código Civil y Comercial. Su proyección en los procesos judiciales" Consultado en www.infojus.gov.ar, ref. DACF 150587, 15/5/15.
472 Convenio 95 OIT, Art. 10, inc. b.

Siguiendo este lineamiento, el referido convenio en su artículo 8, señala: "*Los descuentos de los salarios se deberán permitir de acuerdo con las condiciones y dentro de los límites fijados por la legislación nacional, un contrato colectivo o laudo arbitral*", e interpela de este modo a la inmediata aplicación de los topes de embargabilidad contemplados en nuestra normativa interna[473].

Como corolario de lo dicho, es imperioso destacar que el sistema de débito utilizado de manera abusiva resulta claramente confiscatorio. Se concluye que en tal funcionamiento se tergiversa nuestro régimen obligacional, en el que cualquier acreedor que pretenda cobrar su crédito debe demostrar ser titular de un derecho, y debe en tal caso iniciar la acción individual que corresponda a fin de obtener el cobro compulsivo de su acreencia. A diferencia de lo señalado, el cuestionado mecanismo permite acceder al cobro automático de acreencias sin reconocer ningún límite, y produce lo que se conoce como "inversión en la carga de la prueba", ya que primero el trabajador-consumidor verá debitado su sueldo y luego será él quien, frente a cualquier disconformidad, deberá demostrar que nada debe o bien que no debe lo que le debitan. Y en el devenir de ese recorrido, las detracciones se seguirán practicando.

V. Colofón

Finalmente, no podemos dejar de señalar que si bien el tema en análisis se encuentra en ciernes, es inobjetable la confrontación que plantea con diversas ramas del derecho. Desde la violación de principios básicos vinculados al consumo, pasando por la vulneración de normas protectorias del trabajador y de carácter supra legal. Es así que, en el intento de poner el tema en debate, quisimos enfatizar que nos encontramos frente a un fenómeno a gran escala que lleva a consolidar verdaderos estados de insolvencia.

La evidencia demuestra que la voracidad de los actores financieros para el cobro de las acreencias se acentúa cada vez más y pareciera que no puede evitarse. ¿La viralización de la insolvencia, sí?

473 Decretos 484/1987 y 27/18.

LA PETICIÓN DE PROPIA QUIEBRA COMO MECANISMO PARA OBTENER LA LIMPIEZA DE SUELDO

PEREYRA, Alicia S.

Ponencia

El "empleado público", típico deudor consumidor, asfixiado por las deudas contraídas mediante el sistema de "descuento de haberes", no tiene en nuestra legislación un procedimiento idóneo que le permita superar la crisis de la insolvencia.

Es por ello que, en algunas oportunidades, ha recurrido a solicitar la apertura de su concurso preventivo (si tenía el tiempo necesario para hacerlo) o, en casos de urgencia, a peticionar su propio quiebra. Con ello logra lo que necesita: que cesen los descuentos que pesan sobre sus haberes y que le impiden disponer de su sueldo para su sustento y el de su familia.

Al presentarse, el deudor confesaba estar en estado de cesación de pagos, lo que técnicamente era incorrecto, ya que sus acreedores seguían cobrando sus deudas en detrimento del bienestar del deudor y de su grupo familiar. Hasta que una deudora, en lo que podríamos denominar "un ataque de sincericidio", dijo en su presentación que con la declaración de falencia lo único que procuraba era su limpieza de sueldo, con lo que cambió la óptica de la pretensión. No estaba en cesación de pagos, sino sobreendeudada, que no es lo mismo: "Considerando que *prima facie* la presentante postula su propia quiebra en razón de la situación de sobreendeudamiento en que se encuentra, persiguiendo —en suma— que la declaración de falencia ponga un freno a las retenciones y/o débitos y/o descuentos que pesan sobre su salario por efecto de la existencia de múltiples acreedores de distintos créditos".

1. Introducción

Para un "consumidor" con problemas financieros, existen en nuestro país, y en teoría, varias opciones para enfrentarse a esa situación. Algunas de ellas pueden ser: refinanciar las deudas con sus acreedores, incorporando en la relación a un tercero codeudor o fiador; obtener un segundo empleo, o alguna otra fuente de ingreso; reducir los gastos;

vender algún activo; garantizar las deudas con prenda o hipoteca; etc. Pero en la práctica, y en la realidad, la solicitud de propia quiebra ha sido y es la opción más efectiva para aliviar su situación de crisis, porque se traduce en la opción más efectiva para no pagar nunca más sus deudas, y que también se ha dado en llamar "limpieza de sueldo". La realidad nos ha mostrado una nueva categoría de fallido, de propia quiebra, que no es ni comerciante, ni artesano, ni industrial, ni una empresa, ni una sociedad: es simplemente una persona física, con ingresos regulares —sueldo— y que goza de estabilidad laboral.

Frente a esta realidad es que nos preguntamos (una vez más): ¿es la quiebra el procedimiento adecuado para este deudor? ¿Es la petición de propia quiebra la única alternativa? ¿El procedimiento normado para el concurso preventivo en la ley vigente, el pequeño concurso de los artículos 288 y 289, es la vía idónea para revertir su situación de insolvencia?

Y otra vez sostenemos **rotundamente** que **no**.

La propia quiebra no lo es porque, a nuestro juicio, pone de manifiesto una clara decisión de no pagar sus deudas, a pesar de contar con ingresos regulares: "El deudor, empleado público, agobiado por el hecho de que había dispuesto voluntariamente casi la totalidad de su sueldo para el pago de deudas cuyo origen era el consumo propio y el de su grupo familiar, se levantó un día y decidió no pagar más y solicitar su propia quiebra, como remedio idóneo para salir de la crisis de la insolvencia"[474].

Respecto del concurso preventivo[475], al solicitar la apertura de este proceso, el deudor pone en funcionamiento un sistema que es de aplicación tanto para los comerciantes como para los no comerciantes, para las sociedades o para las personas, para las empresas o los consumidores. La Ley de Concursos y Quiebras no hace distinciones. Y, a pesar de que en su artículo 288 "define" los que se consideran pequeños concursos y quiebras, no pasa de ser de una simple conceptualización. Porque cuando en el artículo 289 establece el "régimen aplicable", son tan insignificantes al procedimiento mismo las únicas normas diferenciadoras que no lo alteran ni en la complejidad ni en la duración.

2. "Belyin Nadia Alejandra s/ Solicitud Propia Quiebra"

Nadia Alejandra Belyin se presentó ante la justicia abrumada por una situación de sobreendeudamiento, producto de haber autorizado el pago de diversos créditos contraídos mediante el sistema de descuento de

474 Pereyra, Alicia S., "La quiebra de un policía: fraude o abuso del derecho", ponencia presentada en ocasión de las Jornadas Concursales, Mendoza, 2004.
475 Igual para la quiebra.

haberes. Como la autorización para el descuento de haberes es voluntaria, no existe un tope para ello. Por lo que, en su caso, los descuentos consumían todo su sueldo. Con la presentación, Nadia procuraba lo que comúnmente se conoce como "limpieza de sueldo". No dijo estar en cesación de pagos, sino que quería —con su presentación— que se ordenara el cese de los descuentos.

Y la jueza resolvió en consecuencia.

3. La solución judicial

La Dra. Verónica Gotlieb no hizo lugar al pedido de propia quiebra[476]. Y, en su lugar, dispuso que se limitaran los descuentos sobre el salario de la peticionante a un veinte por ciento (20%) por todo concepto, distribuyendo el monto resultante de dicho descuento entre los acreedores beneficiarios de los respectivos códigos de descuento y/ u otros que pudieran sucederse en el futuro en concepto de repago de créditos o prestaciones de similar tenor, en el mismo porcentaje que gozan actualmente respecto del máximo permitido, oficiando a esos efectos.

4. Mi opinión

Esta ponencia tiene por finalidad mostrar que —frente al sobreendeudamiento del consumidor— otras son las soluciones. Que el "concurso preventivo" o la "propia quiebra" ocasionan un dispendio jurisdiccional innecesario, porque lo que persigue el deudor es "limpiar su sueldo" para poder disponer de su haber para él/ella y su familia. Además, el pagar las deudas contraídas, disponiendo para ello el veinte por ciento del sueldo, en la cantidad de tiempo necesario para cancelarlas, se constituye como un medio idóneo en protección del crédito, que no se ve perjudicado por el incumplimiento.

476 "Belyin Nadia Alejandra s/ Solicitud Propia Quiebra", Juzgado de Primera Instancia de Distrito en lo Civil y Comercial de la 13° Nominación de Rosario a cargo de la Sra. Jueza Dra. Verónica Gotlieb.

LA PREVENCIÓN DEL DAÑO ANTE EL CONSUMIDOR SOBREENDEUDADO. ART. 1.710 CCyC

MICELLI, M. Indiana

Ponencia

El sobreendeudamiento del consumidor es una de las problemáticas que se ha visto agudizada en este tiempo de pandemia, colocando numerosas personas en situación de insolvencia. Una situación que se torna crítica cuando lo que está en juego es la remuneración de un trabajador, que suele ser el único ingreso y sustento de un grupo familiar. Frente a ello, surge el deber de prevención del daño del artículo 1.710 del CCyC y el rol del juez concursal en aras de dar una respuesta justa y adecuada ante personas en situación de vulnerabilidad, sea porque lo que está en juego es su vida, su salud, su vivienda, o bien sus ingresos. Todos derechos esenciales y con tutela constitucional.

I. Introducción

El sobreendeudamiento del consumidor es una de las problemáticas que se ha visto agudizada en este tiempo de pandemia, y ha colocado a numerosas personas en situación de insolvencia. Una situación que se torna crítica cuando lo que está en juego es la remuneración de un trabajador, que suele ser el único ingreso y sustento de un grupo familiar.

Frente a ello, surge el deber de prevención del daño del artículo 1.710 del CCyC y el rol del juez concursal en aras de dar una respuesta justa y adecuada ante personas en situación de vulnerabilidad, sea porque lo que está en juego es su vida, su salud, su vivienda, o bien sus ingresos. Todos derechos esenciales y con tutela constitucional.

Este trabajo parte, por ello, del análisis de dos precedentes dictados en Rosario en medio de la pandemia, en los que se resolvió el cese de los descuentos, con fundamento en la prevención del daño, la protección constitucional del consumidor y del trabajador. Uno de los pronunciamientos fue dictado en el marco de un proceso concursal y otro el marco de una acción individual, con la nota común se presentan las mismas circunstancias de un consumidor sobreendeudado que cuenta con un único ingreso que es su salario, que reviste carácter alimentario.

Son tutelas que otorgadas de oficio o a pedido de parte han brindado una solución para casos que no encuentran una clara respuesta en la ley concursal y dependen de jueces activistas y un diálogo de fuentes.

II. Los antecedentes jurisprudenciales

Uno de los pronunciamientos fue dictado en el marco de un proceso concursal y otro, el marco de una acción individual, con la nota común que se trata de un consumidor sobreendeudado que cuenta con un único ingreso, que es su salario, que reviste carácter alimentario.

El primer pronunciamiento es "Arias, Néstor Ramón c/ Banco Municipal de Rosario s/ otras Diligencias"[477], que aborda este problema desde una óptica diferente. En el marco de una acción preventiva de daños y a solicitud de la accionante, se instrumentó una "medida cautelar innovativa" por la cual se ordenó el cese de los débitos automáticos que pesaban sobre su salario. Se ponderaron para otorgarla los derechos comprometidos y la urgencia en su tutela, como asimismo la prevención del daño.

Todas las notas comunes de un consumidor sobreendeudado se presentan en el caso. Se está ante una persona que se desempeña en relación de dependencia, que recurre a numerosos préstamos de consumo autorizando su pago a través de débitos automáticos sobre su remuneración, hasta casi agotarla. Ante ello, el objeto del pedido será siempre el mismo, hacer cesar los descuentos para recuperar sus ingresos.

Lo que aquí difiere es la vía elegida para dar solución a este problema. Ya que no se recurre como es usual a un proceso concursal solicitando una quiebra voluntaria, sino a un proceso individual, a través de una cautelar. Los hechos que dan lugar a esta medida cautelar son los que se reflejan en los pronunciamientos concursales, generando criterios dispares en cuanto a su tratamiento, y que dan cuenta de una mecánica que se repite en el tiempo y que se ve agravada por la pandemia. Esto es, se trata de una deuda que tiene como causa exclusiva y excluyente una relación de consumo, que ha determinado un endeudamiento excesivo y la consecuente necesidad de recuperar el salario. Y a la par, el problema planteado del abuso del derecho y la buena o mala fe del consumidor, para otorgar la tutela requerida.

Bajo dichas circunstancias, se ordena en la acción preventiva de daños la "tutela anticipada" consistente en hacer cesar todos los débitos y descuentos que pesan sobre la remuneración del actor, hasta tanto se dicte la sentencia de fondo. La medida cautelar innovativa, que reviste carác-

477 Juzg. 1ª Instancia Civil y Comercial de la Nominación de Rosario, "Arias, Néstor Ramón c/ Banco Municipal de Rosario s/Otras Diligencias", Resolución Nro.546, 5/10/20.

ter excepcional, parte de la verosimilitud de lo planteado, el peligro en la demora y el perjuicio irreparable, al entenderse que se halla comprometida la subsistencia del grupo familiar. Y encuentra su fundamento en la naturaleza alimentaria que reviste el salario del trabajador, que se encuentra amparado por normas de raigambre constitucional y convenios internacionales, como asimismo en el régimen protectorio del derecho del consumidor. Todos derechos de orden público que determinan la prevalencia en su tutela. Nótese que los argumentos que dan lugar a la cautelar son similares a los ponderados por los jueces concursales para dar curso a la solicitud de quiebra voluntaria de un consumidor, siendo que en esencia los derechos en juego son los mismos.

El segundo pronunciamiento es "Belyn, Nadia Alejandra s/ solicitud de propia quiebra"[478], que fue dictado en medio del aislamiento social obligatorio que determinó la feria extraordinaria. Se ordenó una medida similar a la del fallo anotado, pero ante una solicitud de quiebra voluntaria y con fundamento en lo normado en el artículo 1.710 del CCyC.

Atento la imposibilidad de dar curso al trámite falencial solicitado, siendo que no encontraba en la nómina de temas habilitados a continuar conforme las acordadas de la CSJN y de la Corte Provincial, se dispuso limitar los descuentos que pesaban sobre la remuneración del accionante a fin de prevenir el daño patrimonial. A tal fin, se fijó en forma provisoria un límite en las retenciones en un 20% en todo concepto, y se distribuyó el monto resultante entre los acreedores beneficiados de los respectivos códigos de descuentos, conforme los respectivos porcentajes.

Aquí también se trata de una persona que se desempeña en relación de dependencia, cuyo salario se encontraba afectado por numerosos códigos débitos y descuentos por préstamos de consumo, que le consumían más de la mitad de su salario. La declaración de quiebra que hubiese puesto fin a dichas retenciones no podía dictarse, dando lugar a esta tutela oficiosa ante el perjuicio irreparable que esta situación pudiera causar.

Como se colige, la diferencia radica en el procedimiento elegido por el consumidor para dar solución a un mismo problema, siendo que el objeto es el mismo: poner fin a las retenciones que pesan sobre la remuneración. En ambas tutelas, una de oficio y otra a pedido del propio interesado, se pondera y se da prevalencia al deber de prevenir y agravar un daño a tenor de la manda contenida en el artículo 1.710 del CCyC.

478 Juz.1ra. Inst. Civil y Comercial 13ª Nominación de Rosario, "Belyin, Nadia Alejandra s/ Solicitud de propia quiebra", Resolución Nro. 211, 3/06/20.

III. La función preventiva del daño ante el sobreendeudamiento

El Código Civil y Comercial consagró en el artículo 1.710 la función preventiva del daño, que determina el deber jurídico de toda persona de evitar que se produzca un daño o disminuir su magnitud. Esta manda comprende a los jueces, quienes cuentan con facultades para actuar de oficio a fin de evitar o impedir la producción o el agravamiento de posibles daños.

A tenor de ello, en el ámbito del derecho concursal, frente a diversas temáticas se han dictado una serie de pronunciamientos que encuentran entre uno de sus fundamentos a esta norma, como ser, en las "verificaciones no presenciales" efectuadas en soporte digital, dictadas en medio del aislamiento a fin de tutelar la salud de todos los involucrados[479]. También ha sido uno de los argumentos ponderados al otorgarse las tutelas diferenciadas de las personas vulnerables o los llamados "acreedores involuntarios".

Y aquí lo encontramos aplicado frente al sobreendeudamiento de un consumidor, sea o no insolvente, con el objetivo de evitar la producción y el agravamiento del daño que le ocasiona a una persona el no contar con su remuneración agotada por descuentos, dado su carácter alimentario. Más aun teniendo presente que el consumidor suele ser el sostén de un grupo familiar,

Concluyendo, será tarea de los jueces la prevención del daño, siendo que la pandemia ha visibilizado nuevos "sujetos vulnerables" que requieren una tutela, partiendo para ello de la ponderación de las circunstancias que cada caso presente. Se trata de dar una nueva mirada para viejas problemáticas que siguen sin encontrar respuesta en la ley concursal.

479 Micelli, María Indiana, *Las nuevas verificaciones no presenciales. Concurso Vincentin SAIC*, La Ley Litoral y RDCO agosto de 2020, *Las verificaciones no presenciales. Una herramienta jurídica indispensable en tiempos de pandemia*, Microjuris, Editorial Juris y Astrea Virtual, octubre 2020.

EL DERECHO CONCURSAL Y EL DERECHO PÚBLICO COMO HERRAMIENTAS PARA EVITAR UNA MEGACRISIS SOCIAL Y ECONÓMICA

SOMOZA LÓPEZ, Gustavo A.

Ponencia

Considerando la función de los operadores jurídicos para hacer más eficiente la aplicación simultánea de la legislación societaria, concursal, laboral y tributaria para resolver la crisis postpandemia en las unidades productivas. Ante dicha premisa que guiará la presente, propongo una serie de preguntas que deben actuar a fin de provocar una reflexión creativa al respecto, a saber:

1. ¿Se puede aplicar de modo simultáneo la normativa societaria y concursal, y derecho concursal y derecho público para resolver problemas de crisis empresarial en Argentina?

2. ¿Se debe modificar el modo en que los Tribunales aplican la normativa societaria y concursal ante supuestos de insolvencia en contextos inéditos similares a los de la actual pandemia?

3. ¿Se evalúan los costos sociales y económicos asociados a la pérdida de empresas? En caso de respuesta afirmativa, ¿de qué modo los operadores jurídicos pueden reducir esos costos?

4. ¿Se evalúa si el sistema societario y concursal argentino es eficiente para lograr la supervivencia de las unidades productivas económicas y socialmente viables?

5. ¿Cuáles son los fines que debe buscar un juez con competencia en materia concursal cuando tiene ante sí una empresa en estado de insolvencia?

Desarrollo

El presente se motiva en las estimaciones y algunas comprobaciones de mi ejercicio profesional, que con la irrupción de la pandemia ha producido daños y sin duda producirá mayores daños que hagan que las unidades productivas, sean personas unipersonales, pymes o grandes empresas, entren en un estado de insolvencia. Con dicho efecto de insolvencia, no

es un daño únicamente en el titular de la unidad productiva sino en el tejido económico y social argentino. Ante ello debemos buscar soluciones a dichos graves contextos en la interacciones lógicas entre derecho concursal y derecho público. Debemos definir en el presente trabajo como pymes a toda unidad productiva, micro, pequeña o mediana empresa que realiza sus actividades en el país, en alguno de estos sectores: comercial, servicios, comercio, industria o minería o agropecuario. En una economía como la argentina, este sector representa el 44% del PBI y generan el 70% de los empleos, con lo cual la insolvencia no solo tiene efectos sobre las unidades productivas, sus acreedores, sus proveedores, lo cuales también en muchos casos son pymes, sino que también sobre la comunidad donde se insertan por el efecto devastador de la pérdida de empleos. En el inicio del 2020, el sector pyme representa a más de 650.000 que son el 99.6% del total de unidades económicas y aportan el 50% de las ventas y más del 30% del valor agregado. En efecto, además de generar riqueza, son importantes generadoras de mano de obra y, por lo tanto, de arraigo local; permiten una distribución geográfica más equilibrada de la producción y del uso de recursos y de la riqueza que generan; tienen una flexibilidad que les permite adaptarse a los cambios tecnológicos y económicos y en muchos casos detectar nuevos procesos, productos y mercados. Sobre todo, poseen una capacidad dinámica y una gran potencialidad de crecimiento.

Pongo de modo especial el foco de atención en la pérdida de empleos en la comunidad donde se insertan dichas pymes. El perder un empleo no es un número en una estadística, es un padre o madre que van a tener muchos problemas psicológicos por el sentimiento de inutilidad, y el drama motivado porque ya no pueden llevar el alimento a sus hijos. Es la probabilidad no remota de que, por ello, esos niños, niñas o adolescentes dejen de asistir a la educación y la falta de educación provoca un efecto multiplicador de la marginalidad. Marginalidad que en nuestra sociedad multiplica la exclusión. No podemos tener un país desarrollado sin un pueblo desarrollado. No podemos tener un país desarrollado sin buscar reducir a los excluidos. No podemos tener desarrollo sin educación, sin salud y sin trabajo. Sin desarrollo podremos tener una libertad en las normas jurídicas reconocida como un derecho de la persona, pero sin educación, salud y trabajo esa libertad será vacía y no será la palanca para que la persona alcance su proyecto de vida. No podemos limitarnos ante situaciones de insolvencia, lo cual sin duda ya se está produciendo en el particular contexto del COVID-19 y que se agravará en el escenario postpandemia, el habitual criterio de los operadores jurídicos de priorizar de modo casi absoluto para solucionar dicha problemática al régimen concursal, sin considerar que por la casuística de crisis anteriores, que en mi criterio serán muchos más leves que la actual y la futura, no alcanza a resolver toda la problemática de la insolvencia que no solo es económica,

sino social y aun psicológica. Debemos, ante dicho contexto, evaluar soluciones que del Derecho Concursal con su interacción con otras ramas del Derecho.

No podemos limitarnos a considerar que el sistema concursal importa, en cierto sentido, un régimen legal de atribución de poder de decisión y de reparto de daños ante el fenómeno de la insolvencia, los que se distribuyen entre el deudor, los diversos acreedores , proveedores, trabajadores y el propio Estado a través de los operadores que actúan respecto al concurso (tales como el juez, el síndico, las abogadas y abogados que asesoren a las partes, entre otros), en proporciones que varían en cada país y en cada tiempo según sea la relevancia que se asigne en cada caso a la tutela del crédito, de la conservación de la empresa, de los trabajadores y de los intereses fiscales.

Debemos buscar una solución multinormativa y debemos ser pragmáticos en su aplicación, tomando conciencia de que la crisis que se vislumbra es muy grande, para evitar consecuencias sociales y económicas gigantescas las soluciones tienen que ser legales y creativas, y ahí está la tarea de los distintos operadores jurídicos. Tomar conciencia de que cada expediente concursal no es una empresa, no son acreedores ricos, sino que puede ser una pyme que genera muchos trabajos que sostienen tal vez un pueblo pequeño y tal vez los acreedores no son grandes bancos sino otras pymes que van a estar en situación más que complicada. Los operadores jurídicos debemos tener una visión de 360 y multinormativa para ver la realidad del expediente, que implicar tomar contacto con los directamente afectados y no solo ver la realidad del expediente que muchas veces no coincide con la realidad de la vida.

Si bien este trabajo tiene como tema central la problemática del fenómeno de la insolvencia en nuestro país, en el contexto de la actual pandemia y de la postpandemia tiene como trasfondo la vida de las personas humanas que con una situación de insolvencia pueden ver afectadas y a veces frustradas de modo casi definitivo sus proyectos de vida. Debemos recordar que la vida debe ser el centro de nuestra actuación como mujeres y hombres de Derecho. Al respecto, debemos pensar, utilizando términos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina, que el derecho a la vida es el primer derecho natural de la persona humana preexistente a toda legislación positiva que resulta garantizado por la Constitución Nacional el hombre es eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo —más allá de su naturaleza trascendente— su persona es inviolable y constituye un valor fundamental con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental.

En la actualidad y tomando como situación a evaluar, en crisis anteriores, en Argentina los operadores jurídicos, jueces, fiscales, abogados, síndicos, etc., ante situaciones de crisis de insolvencia de empresas pecan en exceso de ver solamente el aspecto de generar recursos para cubrir las acreencias y se coloca en segundo o tercer lugar la preservación de la unidad productiva, los empleos que la misma genera y los recursos tributarios con que de modo directo e indirecto las unidades productivas contribuyen a que el Estado cumpla con sus funciones tales como salud, educación, construcción de vías de comunicación, seguridad entre otros. Asimismo, también consideran que solo deben aplicar la ley de concursos local, ley 24.255 que data del 1995 con algunas pequeñas modificaciones. Ello sin duda es un error, dado que por la magnitud y complejidad del problema descripto debemos buscar herramientas para solucionarlos con todo el plexo normativo local. Tal como la normativa societaria, laboral, tributaria y lógicamente concursal, sino damos una solución muy pequeña. Solución que, de tan pequeña, es muy probablemente no logre resolver el problema de insolvencia que causa la serie de conflictos descriptas *ut supra*.

Dentro de alguna de las áreas donde debe buscarse soluciones superadoras a la actual situación, está el escenario donde el fisco tiene la carga de presentarse a verificar su crédito en ciertos plazos, debe probar la "causa" de la obligación tributaria que pretende hacer valer, los intereses fiscales quedan sometidos a la apreciación de los jueces concursales y entra a jugar un nuevo plazo de prescripción: el de dos años del artículo 56 de la ley de concursos y quiebras 24.522. Diversa es la situación de los créditos aduaneros que la ley declara susceptibles de ser percibidos directamente por la Aduana ejecutando los bienes en cuestión sin intervención previa del juez concursal, lo que quebraría la regla general de igualdad de trato a los acreedores. Paralelamente, se plantea la cuestión de los efectos del procedimiento concursal sobre la situación tributaria. En particular, se controvierten los efectos de la cosa juzgada de la sentencia verificatoria sobre la acción penal tributaria y los efectos de la novación concursal sobre el impuesto a las ganancias que debería abonar el deudor concursado. "La Corte Suprema de Justicia de la Nación consideró que, a partir de las modificaciones al Código Aduanero introducidas por el decreto 2284/91, ratificado por la ley 24.307 (art. 29), dejaron de constituir requisitos para la inscripción en el Registro de Importadores y Exportadores los enderezados a verificar y asegurar la solvencia del peticionario, establecidos en los diversos apartados del art. 94, y que la derogación tácita de ellos determinaba también la de las causales de suspensión en dicho registro —previstas en el art. 97— que tuviesen su razón de ser en aquellas normas (CSJN, "Massuh S.A." [Fallo en extenso: elDial.com - AAA71], Fallos: 324:1871, del 14/6/01). En un precedente posterior donde se suscitó una cuestión análoga a la planteada en el

caso y con ese mismo razonamiento, el Máximo Tribunal consideró que el inc. "f" del art. 97 —en el que se funda la suspensión de la concursada— también había sido tácitamente derogado (CSJN, "Muresco S.A. s/ concurso preventivo s/ inc. de apelación por Administración Nacional de Aduanas" [Fallo en extenso: elDial.com - AA1040] del 21/05/02). Resaltó en ese caso la Corte que el art. 97 inc. "f" del Código Aduanero contempla la suspensión en el Registro de Importadores y Exportadores de quienes "fueren deudores de obligación tributaria aduanera exigible o de obligación emergente de pena patrimonial aduanera firme" hasta que se extinga la respectiva obligación. Agregó que esa norma es correlativa con el art. 94 del mismo cuerpo legal en cuanto establece, como requisito para la inscripción en el mencionado registro, que el interesado no sea "deudor de obligación tributaria aduanera exigible o de obligación emergente de pena patrimonial aduanera firme" (punto 1 inc. "d" ap. 9). Y concluyó el Supremo Tribunal que, eliminado este requisito, aquella norma pierde su razón de ser"[480].

"El organismo fiscal solicitó el reconocimiento de un crédito con sustento en el 'Certificado Provisorio de Deuda'. Ese documento no tiene las características de los certificados que usualmente invoca el Fisco como sustento de sus acreencias; pues se trata de un instrumento emitido con la expresa asunción por parte del organismo de su carácter provisorio"[481].

También ante un contexto complejo utilizar el órgano jurisdiccional la morigeración de tasas en materia fiscal. "La facultad de los jueces de morigerar la tasa de interés cuando estos resultan abusivos o contrarios a las buenas costumbres alcanza también a los aplicados por el fisco con apoyo en la ley 11.683 y las resoluciones pertinentes de la Secretaría de Hacienda, dependiente del Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos de la Nación. Ello no supone controvertir la constitucionalidad de la ley tributaria o de la atribución delegada al Fisco, sino de compatibilizarla con la normativa de que se trata y sus principios: el régimen concursal y el tratamiento igualitario de los acreedores".

"La facultad morigeradora no deberá desatender, por un lado, que las elevadas tasas de interés que fija el organismo recaudador operan como mecanismo compulsivo para asegurar la recaudación a efectos de que el Estado cumpla sus actividades fundamentales y, por otro, que frente a la situación de insolvencia del deudor esa finalidad disuasiva pierde significación y es susceptible de afectar el derecho de los terceros acreedores en orden a la percepción de sus créditos".

480 Novamar S.A. s/ **concurso** preventivo s/ inc. de apelación" – CNCOM – SALA E - 14/07/2010.

481 "Winluck SA s/ quiebra s/ incidente de verificación (promovido por AFIP-DGI)" – CNCOM – SALA E – 31/10/2007.

"Esta Sala ha considerado prudente admitir las tasas aplicadas por el Fisco, pero establecer como límite máximo de los intereses por todo concepto para este tipo de obligaciones, el que resulte de aplicar dos veces y media la tasa que percibe el Banco de la Nación Argentina en sus operaciones de descuento".

"Cuando las multas aparecen excesivas deben ser morigeradas. Si bien se hace necesario dejar de lado el principio de la inmutabilidad de la pena legalmente dispuesta, lo que repugna a la moral no es la multa sino la magnitud de la pena, en cuanto puede configurar un medio de absorción patrimonial del deudor por el acreedor"[482].

O propender a la conformación de una categoría autónoma para la Administración Federal de Ingresos Públicos. "Asumida como premisa básica la rigidez de la normativa administrativa que imposibilita cualquier tipo de negociación con el organismo fiscal, la solución al interrogante propuesto no puede ser abordada exclusivamente desde un enfoque puramente exegético, sino que debe articularse en el complejo de normas que constituyen el ordenamiento jurídico integral, máxime cuando el entorno fáctico del caso presenta particularidades —en términos económicos y/o financieros— que justifican y aconsejan la adopción de tal criterio de coherencia (arg. art. 2 Cód. Civil y Comercial de la Nación). Propende la exclusión del crédito fiscal; la cual como se anticipó, no obedece a una interpretación extensiva del art. 45 LCQ sino al recurso hermenéutico provisto por el art. 2 del ordenamiento civil y comercial (cfr. 2/11/2010, "Chacabuco Textil SACIFIA s/concurso preventivo", Exp. Nº018056/09, entre muchos otros). El régimen de las moratorias fiscales tiene pautas propias que no necesariamente acompañan a las que se han de proponer al resto de los acreedores. […] carecería de sentido alguno, sostener a rajatabla la inclusión del fisco nacional cuando de antemano está imposibilitado de analizar sin condicionamientos, las diversas propuestas de pago que pudiera formular la deudora, vaciándose de contenido cualquier tipo de negociación, finalidad primaria del período de exclusividad. En atención al compromiso asumido por el concursado en torno a su voluntad de acogimiento a los términos de la actual RG 4667/2020 y con el alcance sentado en el presente decisorio, cabrá aceptar la conformación de una categoría autónoma para la Administración Federal de Ingresos Públicos"[483]. O bien un tratamiento particular respecto a las multas impuestas por los organismos tributarios […] la circunstancia de que las multas hayan sido impuestas con posterioridad a la declaración de falencia, es aspecto inocuo a los fines de incorporar tales deudas al pasivo concursal, dado que lo relevante es que la infracción que motivó

482 "Grupo Arnak S.R.L. s/ quiebra s/ incidente de verificación de crédito por A.F.I.P. – CNCOM – SALA B – 17/06/2021.
483 "Giovanelli, Mario Eduardo s/Concurso Preventivo" - CNCOM - SALA F - 31/07/2020.

la sanción sea anterior a aquel hito". "El incumplimiento en el que se pretendió sustentar la sanción no es jurídicamente relevante, por cuanto obedeció a una consecuencia propia del decreto de falencia. Es decir, el deudor no pagó porque la ley se lo impedía, no porque hubiera decidido no pagar. Esos antecedentes de hecho descartan en este caso la viabilidad de la multa aplicada por el Fisco, y, por ende, la posibilidad de incorporarla al pasivo concursal"[484].

Ante un supuesto de un acreedor tributario no solamente abordarla exclusivamente desde un enfoque puramente exegético, sino que debe articularse en el complejo de normas que constituyen el ordenamiento jurídico integral. "Asumida como premisa básica la rigidez de la normativa administrativa que imposibilita cualquier tipo de negociación con el organismo fiscal, la solución no puede ser abordada exclusivamente desde un enfoque puramente exegético, sino que debe articularse en el complejo de normas que constituyen el ordenamiento jurídico integral, máxime cuando el entorno fáctico del caso presenta particularidades —en términos económicos y/o financieros— que justifican y aconsejan la adopción de tal criterio de coherencia". "Teniendo en cuenta los alcances en los que fue decidida la categorización de las acreencias fiscales y en tanto el concursado ha manifestado que se acogerá a la moratoria respectiva se impone adoptar un temperamento que concilie los variados intereses en pugna: el del deudor de abonar sus deudas en la forma menos onerosa posible; el del fisco provincial, de obtener la íntegra satisfacción de su crédito de acuerdo al régimen jurídico instaurado y también aquellos generales ínsitos en el ordenamiento que rige la solución preventiva -superación del estado de impotencia patrimonial, conservación del negocio y de las fuentes de trabajo, etc.". "Adquiere plena virtualidad la actuación interpretativa del órgano jurisdiccional, la cual frente a casos no expresamente contemplados por el legislador —tal como aquí acontece— debe orientarse a preferir la inteligencia que favorezca y no la que dificulte los fines perseguidos por la norma"[485].

484 "Vilmax S.A. s/ quiebra" - CNCOM – SALA C – 20/05/2020
485 "Quiroga, Carlos Alberto s/concurso preventivo" – CNCOM – SALA F – 19/11/2019

LA EVASIÓN TRIBUTARIA Y EL LAVADO DE ACTIVOS EN LOS PEDIDOS DE VERIFICACIÓN DE CRÉDITOS

OSUNA, Aníbal D.

I.- La descripción de los hechos

En el mes de octubre de 2020 fui designado síndico en los autos "Barrio Otegui Ariel Martín s/ Concurso Preventivo" (Expte. 23.703/2019), en trámite ante el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Comercial n° 10, Secretaría n° 20.

El concursado había declarado en la presentación que su actividad era la de corredor inmobiliario, pero las posteriores presentaciones de los insinuantes demostraron que la realidad era otra: el concursado explotaba o administraba una mesa de dinero ilegal y diez de los catorce insinuantes presentados supuestamente eran "inversores" del concursado en dicha actividad ilegal.

Como ya lo expresé, se presentaron catorce personas a verificar créditos, de los cuales cinco no presentaban mayores problemas en el análisis de las acreencias, ya que eran organismos de recaudación, abogados por honorarios, y un acreedor financiero que contaba con una escritura de préstamo con garantía hipotecaria.

Los otros nueve supuestos acreedores presentaban como respaldo de sus acreencias títulos variados, tales como reconocimientos de deuda, contratos de mutuo con y sin firmas certificadas, cheques, pagarés y sentencias en juicios ejecutivos. Dos de ellos eran sociedades anónimas y siete eran personas humanas.

El total de esas nueve acreencias alcanzaba casi la suma de $ 40.000.000 y algo más de USD 751.000. Estas cifras me hicieron analizar detenidamente las insinuaciones, planteándome qué documentación requerirle para probar la existencia de los créditos que estaban solicitando verificar en el concurso, así como la legalidad de esos créditos, ya que la documentación que presentaban en sus insinuaciones despertaba ciertas dudas.

De la observación de esa documentación, se podía ver en la misma un grado de informalidad e irregularidad importante. Todo ello tenía un gran aroma a dinero no declarado impositivamente, comúnmente llamado "dinero negro", algo que, de alguna forma, me alentó a ejercer una

investigación de los créditos más allá de lo que normalmente se hace en estos casos.

A las dos sociedades anónimas les requerí que me exhibieran los comprobantes de transferencias y/o acreditaciones bancarias del dinero supuestamente prestado al concursado, así como los libros contables de la empresa en los que debería encontrarse registrado el crédito.

A las siete personas humanas, que supuestamente no están obligados a llevar contabilidad, les requerí los comprobantes de transferencias y/o acreditaciones bancarias del dinero supuestamente prestado al concursado, y las declaraciones juradas del insinuante de los impuestos a las ganancias y sobre los bienes personales del ejercicio fiscal que declaraba haber efectuado el préstamo al concursado y/o la inversión, así como los papeles de trabajo de composición del activo de cada declaración jurada.

Ninguna de las dos sociedades anónimas puso a mi disposición ni los comprobantes de transferencia del dinero ni la contabilidad, con lo cual presumí que no podían probar de ninguna manera la existencia del crédito que pretendían verificar.

Respecto de las personas físicas, varios de los letrados manifestaron que sus clientes se amparaban en el "secreto fiscal", otros manifestaron que no estaban alcanzados por el impuesto sobre los bienes personales, otros que eran empleados o monotributistas, y así cualquier excusa, intentando los letrados hacer el conocido "alegato de oído", pero ninguno aportó la documentación requerida.

Con los hechos detallados, para mí el escenario era muy claro, había tres grupos muy bien diferenciados:

a) un concursado que explotaba una mesa de dinero ilegal, todo en "negro", y que no tenía ninguna registración o anotación de su actividad, o al menos eso manifestaba;

b) un grupo de inversores que en ningún momento habían querido o podido probar ante la sindicatura en forma documentada la existencia de esos créditos, y que no demostraban tener capacidad económica para realizar esos préstamos e inversiones (varias de esas acreencias superaban los USD 100.000);

c) el tercer grupo era el síndico que, con muy pocos elementos, debía opinar sobre créditos, que a todas luces tenían todos los indicios de ser "dinero negro", y que se presentaban a verificar en un concurso preventivo, en lo que consideré como un intento de blanqueo de dinero no declarado impositivamente; o bien que, si su intención

final no era el blanqueo del dinero, pero inconscientemente, al intentar verificar el supuesto crédito en el concurso, exteriorizaban la tenencia de un activo no declarado, algo que podría definirse como una torpeza.

Visto esto, comencé a analizar la temática del ilícito conocido habitualmente como "lavado de dinero", algo que trajo de la mano el tema de la defraudación o evasión tributaria, que expondré a continuación.

II.- El lavado de activos, la evasión tributaria y su exteriorización en el concurso preventivo o la quiebra

El lavado de dinero o de activos es un ilícito previsto en el Título XIII del Código Penal, bajo la denominación de "Delitos contra el Orden Económico y Financiero".

El artículo 303, inciso 1, textualmente dice: *"Será reprimido con prisión de tres (3) a diez (10) años y multa de dos (2) a diez (10) veces del monto de la operación, el que convirtiere, transfiriere, administrare, vendiere, gravare, disimulare o de cualquier otro modo pusiere en circulación en el mercado, bienes provenientes de un ilícito penal, con la consecuencia posible de que el origen de los bienes originarios o los subrogantes adquieran la apariencia de un origen lícito, y siempre que su valor supere la suma de pesos trescientos mil ($ 300.000), sea en un solo acto o por la reiteración de hechos diversos vinculados entre sí"* (Texto según ley 26.683).

En el caso relatado precedentemente, no hay duda de que los pretensos acreedores, si se trataba de "dinero negro" (no han probado de ninguna forma que fuera "dinero blanco") y si, consciente o inconscientemente, intentan su blanqueo o exteriorización en el concurso, les resultaría aplicable el artículo 303, inciso 1 del Código Penal al intentar confundir como "dinero blanco" algo que no lo es.

Respecto de aquello que la doctrina ha dado en llamar el "delito o ilícito precedente", no cabe duda de que, *a priori*, ese ilícito es la evasión tributaria, si no pueden probar que se trataba de fondos declarados impositivamente, algo a lo que se han negado los insinuantes.

Siguiendo con el Código Penal, no se debe olvidar que, si se tratara de sociedades, les correspondería también el artículo 300, inciso 2 de este Código, que tipifica el llamado delito de "balance falso".

En lo relativo a la evasión tributaria, es de aplicación primeramente la ley 11.683 de Procedimiento Fiscal, en los artículos que detallo a continuación, en el caso que he descripto.

El artículo 18 legisla lo relativo a las determinaciones de oficio y sus presunciones, y en especial el inciso "f" trata sobre los incrementos patrimoniales no justificados.

En el caso de aquellas personas que se presentaron a intentar la verificación de sus créditos por importes que no tenían declarados impositivamente, no hicieron más que exteriorizar con su solicitud de verificación aquello que la ley de procedimiento fiscal define como un "incremento patrimonial no justificado", disparando, en el caso que el organismo fiscal lo considere, un procedimiento de determinación de oficio de acuerdo a las previsiones de este artículo, determinando de oficio los impuestos a las ganancias y sobre el valor agregado, más sus intereses y multas.

Las multas, citadas en el párrafo anterior, se calculan en base a los artículos 45 y 46 de dicha ley, ya sea que la tipificación que hace el organismo, y la que puede ser de "omisión tributaria" en el caso del artículo 45, o bien de "defraudación tributaria" en el caso del artículo 46. La graduación de estas multas va desde una vez a seis veces el impuesto dejado de pagar.

También es importante resaltar que, de acuerdo a la magnitud del impuesto evadido, podría ser aplicable la Ley Penal Tributaria, la cual tiene un procedimiento más complejo y diversos artículos de aplicación.

En lo relativo al "secreto fiscal", que algunos presuntos acreedores invocaron para no brindar información sobre sus declaraciones juradas y no exhibir las mismas como prueba, el artículo 101 de la ley 11.683 impone la penalidad prevista por el artículo 157 del Código Penal para aquellos funcionarios o terceros que den a conocer las declaraciones juradas de los contribuyentes.

Debo destacar que, como síndico en las actuaciones detalladas, mi finalidad era probar la registración de los créditos que solicitaban verificar en sus declaraciones juradas impositivas, pero que nunca fue la de exhibir ni al Juzgado ni al resto de los acreedores datos sobre ganancias o patrimonios de aquellos que solicitaron la verificación de sus presuntos créditos. Esto es por el conocimiento que tenemos los profesionales en ciencias económicas de la legislación tributaria.

III.- Mi opinión como síndico del concurso preventivo

Luego del análisis de todos los elementos que tenía y de la prueba producida y no producida, tomé la determinación de no aconsejar la verificación de ninguno de estos nueve créditos que se habían presentado.

En general, si bien había algunos matices para cada uno de los créditos, el fondo de la decisión fue similar en todos los casos. Las principales causas en que basé mi decisión de no aconsejar su verificación fueron:

a) Inexistencia de comprobantes de transferencia y/o acreditaciones que probaran la bancarización de, al menos, una parte de la operación.
b) Los presuntos acreedores no probaron su capacidad económica para realizar esos préstamos o inversiones.
c) El convencimiento que tenía de que el dinero que se intentaba verificar era "dinero negro".
d) La falta de exhibición de declaraciones juradas tributarias que probaran la declaración ante el organismo fiscal de los créditos que solicitaron verificar.
e) La falta de colaboración de los insinuantes con la tarea investigativa de la sindicatura.
f) La posible concreción, de parte de los insinuantes, de maniobras de evasión tributaria.
g) La posible concreción, de parte de los insinuantes, de maniobras de lavado de dinero.
h) Considerar que el hecho de aconsejar la verificación de estos créditos implicaría para la sindicatura, casi una colaboración en una maniobra de "lavado de activos" y defraudación al Fisco.

IV.- La posición del Juzgado

La jueza de estas actuaciones estuvo en un todo de acuerdo con el informe individual presentado por mí, al no verificar ninguno de estos nueve créditos que eran por demás dudosos.

Pero además debe destacarse que en el apartado III del dictamen del artículo 36 dispuso que en atención a la posible maniobra de lavado de dinero y defraudación al Fisco se envíen copias certificadas del legajo de verificación, del informe individual y de la resolución verificatoria de siete de los insinuantes, a la Administración Federal de Ingresos Públicos, y al área operativa de Concursos y Quiebras de la Procuraduría de Criminalidad Económica y Lavado de Activos – PROCELAC.

Cabe recordar que a los funcionarios públicos les resulta de aplicación el artículo 177, inciso 1, del Código Procesal Penal, que impone la obligación de efectuar denuncia ante el conocimiento de algún delito.

V.- El presente y el futuro de los síndicos en este tema

Sabido es que el síndico no es considerado un funcionario público, que su realidad es la de un auxiliar del juez, por ello no le es aplicable el artículo 177, inciso 1 del Código Procesal Penal.

Pero en el caso que acabo de relatar, en mi opinión consideré necesario, además de producir el informe individual, poner en conocimiento de la secretaria del Juzgado y la jueza los problemas que había detectado y las posibles maniobras defraudatorias por parte de los pretensos acreedores, atento que, en su condición de funcionarias públicas, tenían la obligación de denunciar esas maniobras, y consideraba como algo desleal y poco profesional saberlo y no informarlo.

Para el síndico, en estos casos el futuro puede ser distinto, a partir de la sanción del nuevo Código Procesal Penal Federal, por la ley 27.063 del año 2019.

Este código se fue poniendo en vigencia en algunas provincias y algunos artículos, es decir que a la fecha no se aplica uniformemente en todo el país ni se aplica todo el código aún.

El artículo 237 del nuevo Código Procesal Penal Federal textualmente dice:

> *ARTÍCULO 237.- Obligación de denunciar. Tendrán obligación de denunciar los delitos de acción pública:*
>
> *a. Los magistrados y demás funcionarios públicos que conozcan el hecho en ejercicio de sus funciones;*
>
> *b. Los médicos, farmacéuticos o enfermeros, siempre que conozcan el hecho en el ejercicio de su profesión u oficio, salvo que el caso se encuentre bajo el amparo del secreto profesional;*
>
> *c. Los escribanos y contadores en los casos de fraude, evasión impositiva, lavado de activos, trata y explotación de personas;*
>
> *d. Las personas que por disposición de la ley, de la autoridad o por algún acto jurídico tengan a su cargo el manejo, la administración, el cuidado o control de bienes o intereses de una institución, entidad o persona, respecto de los delitos cometidos en perjuicio de esta o de la masa o patrimonio puesto bajo su cargo o control, siempre que conozcan del hecho por el ejercicio de sus funciones.*
>
> *En todos estos casos la denuncia no será obligatoria si razonablemente pudiera acarrear la persecución penal propia, la del cónyuge, conviviente o pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, o cuando los hechos hubiesen sido conocidos bajo secreto profesional.*

Es decir que el artículo 237, inciso "c" del nuevo Código nos crea una obligación a los contadores públicos en el caso de fraude, evasión tributaria y lavado de activos, conductas que muchas veces encontramos en los concursos y quiebras, y que tendremos obligación de denunciar cuando entre en vigencia plenamente esta ley.

Es de destacar que no nos da la posibilidad, al menos en la letra de su articulado, del amparo del secreto profesional.

VI.- Conclusión

Por varias razones, profesionales, éticas y morales, considero que, cuando se descubran conductas como las relatadas y que me ha tocado analizar, los síndicos, si bien no tenemos obligación de denunciar, al menos hasta ahora, debemos informar el hecho al juez que entiende en la causa, quien sí tiene esa obligación, para que disponga qué hacer.

RESPONSABILIDAD DE LA SINDICATURA CONCURSAL EN LA QUIEBRA, EN EL ÁMBITO DE LA LEY 11.683

TOBAL, Enrique V.

I. Responsabilidad de carácter solidario

La ley 11.683 establece en sus artículos 6 a 8 una responsabilidad que denomina *de carácter solidario* para determinados sujetos, frente a las obligaciones tributarias incumplidas por el responsable principal.

Decimos que la ley denomina de carácter solidario con fundamento en que le otorga el beneficio de excusión frente al principal, es decir, la solidaridad nace a partir del incumplimiento del principal a la intimación de pago efectuada por el Fisco. En consecuencia, más que responsabilidad solidaria, es una responsabilidad que podría asimilarse a la de un garante. Cabe agregar que este tipo de obligaciones surge inexorablemente de la ley, **no hay solidaridad por un criterio de justicia tributaria o por creación pretoriana del juzgador**.

Ley 11.683, art. 6

Establece la responsabilidad por deuda ajena al expresar: "*Están obligados a pagar el tributo, al Fisco, bajo pena de las sanciones previstas en esta ley: 1. Con los recursos que* ***administran, perciben o disponen, como responsables del cumplimiento de la deuda tributaria de sus representados****, mandantes, acreedores, titulares de los bienes administrados o en liquidación, etcétera, en la forma y oportunidad que rijan para aquellos o que especialmente se fijen para tales responsables:* [...] *c)* Los síndicos y liquidadores de las quiebras, *representantes de las sociedades en liquidación*". En este aspecto, cabe aclarar que al síndico concursal se lo asimila a la condición de mandatario del patrimonio de la fallida, es decir, lo administra a partir de decretada la quiebra y no antes, por lo tanto, del análisis del artículo 6, **no surge responsabilidad patrimonial alguna de la sindicatura por las obligaciones anteriores al decreto de quiebra**, porque el síndico no administró ni percibió ni dispuso antes del decreto de quiebra del patrimonio de la fallida, y si así se estableciera, es evidente que tendría carácter expropiatorio más que de asignación de responsabilidades.

Ley 11.683, art. 7

Tampoco surge obligación, ya que establece los deberes de los responsables, quienes "*tienen que cumplir por cuenta de los representados y titulares de los bienes que administran o liquidan, o en virtud de su relación con las entidades a las que se vinculan, con los deberes que esta ley y las leyes tributarias imponen a los contribuyentes en general para los fines de la determinación, verificación y fiscalización de los tributos*". En el caso particular de la sindicatura concursal y siendo la *lex specialis* la ley 24.522, o sea, la ley específica en el proceso concursal se encuentra impedida de cumplir supuestas obligaciones tributarias que primero deben ser reconocidas en el concurso falencial.

Ley 11.683, art. 8, inc. "a"

Pretende establecer responsabilidad de carácter general cuando exterioriza la responsabilidad patrimonial para la sindicatura, entre otros sujetos, al establecer "*por incumplimiento de sus deberes tributarios, no abonaran oportunamente el debido tributo,* ***si los deudores no regularizan su situación fiscal dentro de los quince (15) días de la intimación administrativa de pago, ya sea que se trate o no de un procedimiento de determinación de oficio. No existirá esta responsabilidad personal y solidaria respecto de aquellos que demuestren debidamente que dicha responsabilidad no les es imputable subjetivamente***". De la simple lectura de este inciso surge que la fallida o responsable principal no puede ser intimada por el simple hecho de que el fisco nacional, integrante del Poder Ejecutivo, no puede pretender que la fallida desapoderada y bajo administración de la sindicatura concursal realice un acto contrario a la ley. En este aspecto, podría suceder que la fallida fuera intimada antes de decretada la falencia, con lo que el requisito estaría cumplido o que fuera cumplimentando parcialmente, es decir, que parte de las obligaciones hubieran sido intimadas por el fisco nacional y otras, no. Con respecto a la imposibilidad de cumplimiento de este requisito, intimación al principal, por parte del fisco nacional, para instrumentar el cargo por responsabilidad solidaria, la jurisprudencia no resulta pacífica en relación a que si este requisito puede ser suplido, decretada la quiebra del responsable principal, con la notificación al síndico, pudiendo citar como antecedentes:

Causa Mautino, Bernabé Luis c/ Dirección General Impositiva la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso-administrativo Federal, Sala IV, Sentencia del 23/03/2006

Voto de la mayoría: "Conforme surge del art. 17 de la ley 11.683, el

procedimiento tributario administrativo culmina con la determinación del tributo, que ordinariamente va seguida de la consiguiente intimación de pago.Cuando el deudor del tributo se encuentra en estado de quiebra —**desapoderado de sus bienes**— la intimación de que realice el pago es razonablemente reemplazada por la comunicación al síndico de la existencia de la deuda determinada, en tanto este tiene la administración de los bienes y participa de su disposición en la medida fijada en la ley (art. 109 de la Ley de los Concursos 24.522). En esos supuestos, **sería una exigencia puramente ritual, evidentemente ineficaz y, por ello, contraria a derecho, hacer depender el ingreso de fondos de la renta pública de una intimación de un pago (dentro de un plazo) que no podría ser realizado"**[486].

Voto de la minoría: "No existió una intimación formal de pago a aquella, sino que en ambos casos el juez administrativo se limitó a hacerle saber a la síndico actuante en la quiebra deRafaela Materiales S.A. que, de no observar las liquidaciones efectuadas en el plazo de quince días, se procedería a solicitar la verificación de dichos montos en el juicio universal, hecho que, según el informe […] no se produjo. […] no cabe duda de la ineficacia de una intimación administrativa de pago al síndico en tanto este no puede realizar pago alguno fuera de lo que resulte de la liquidación y la distribución de los fondos, sin perjuicio de los privilegios que ciertos acreedores puedan tener respecto de la masa de los demás acreedores. De allí, es que el único acto válido a los fines de hacer nacer la obligación solidaria de los directores de la sociedad es la presentación del Fisco Nacional solicitando la verificación de su crédito, en tanto este pedido es la manifestación inmediata del acreedor reclamando el reconocimiento de acreencia y exigiendo su pago".

Causa Cid de la Paz, Horacio Raúl y otro c/ DGI Cámara de Apelaciones en lo Contencioso-administrativo Federal, Sala V, Sentencia del 12/10/2010

Voto de la mayoría: "La Sala IV de esta Cámara ha observado que, cuando el deudor se encuentra en estado de falencia, 'la intimación de que se realice el pago es razonablemente reemplazada por la comunicación al síndico de la existencia de la deuda determinada, en tanto este tiene la administración de los bienes y participa de su disposición en la medida fijada en la ley'. Se añadió que '**sería una exigencia puramente ritual, evidentemente ineficaz** y, por ello, contraria a derecho, hacer depender el ingreso de fondos de la renta pública de una intimación de un pago (dentro de un plazo) que no podría ser realizado'".

486 El resaltado es nuestro.

Voto de la minoría: "Debe dejarse sin efecto la resolución que responsabilizó solidariamente al presidente y vicepresidente de la sociedad contribuyente, por los tributos adeudados por esta, si el Fisco no se presentó para el reconocimiento de su deuda y la intimación de pago en el concurso preventivo del ente y el acto determinativo se dictó cuando este ya se encontraba en cesación de pagos, pues no se ha cumplido con el requisito de intimación al deudor principal indispensable para que nazca la obligación de aquellos".

En relación a la jurisprudencia citada, cabe aclarar en primer término que, en el ámbito de la ley 11.683, puede surgir deuda firme por:

1) El no pago de obligaciones tributarias exteriorizadas por el contribuyente (ejemplo: presentación de declaración jurada y no pago del saldo, retenciones y percepciones efectuadas y no ingresadas).
2) Por determinación de impuestos y omisión de retener y percibir, que cumplimentan un proceso de conocimiento en sede administrativa, que implican un procedimiento de inspección que concluye con la notificación de la liquidación de inspección, la vista o cargo efectuado y la resolución determinativa de oficio, de la que la jurisprudencia citada se refiere.
3) Con respecto a la deuda no firme, en discusión administrativa, contencioso-administrativa y judicial con el principal, el fisco tiene expedita la vía determinativa con respecto a la responsabilidad solidaria.

Es decir, en el derecho tributario, no toda la deuda reclamable por el fisco surge de una determinación de oficio, pero todo reclamo por responsabilidad solidaria debe ser instrumentado por determinación de oficio (ley 11.683, art. 17, párrafo 5).

II. Presupuesto subjetivo de la responsabilidad solidaria

Otro aspecto para considerar es que la responsabilidad es de carácter subjetivo, es decir, el incumplimiento de la sindicatura por culpa o dolo debe tener vinculación con el daño causado, y podemos diferenciar:

Conducta culposa. La imprudencia (hacer más de lo que se debe), la negligencia (no hacer lo que se debe o hacer menos) y la impericia (hacerlo mal en función de su profesión u oficio).

Conducta dolosa. Se define genéricamente en el Código Civil y Comercial (CCyC), en el artículo 1.725: "*Producción de un daño intencional o con manifiesta indiferencia por los intereses ajenos*" siguiendo los lineamientos establecidos en el Código Civil (CC) por el Dr. Vélez Sarsfield, que definió el dolo de manera genérica: "*Toda acepción de lo falso o disimulación de lo verdadero, cualquier astucia o maquinación para la obtención de tal fin*".

No obstante lo expresado, cabe advertir que la prueba del dolo tributario se aparta de la doctrina civilista y se establece para los responsables de carácter principal una presunción legal, para su probanza por parte del Fisco (art. 47, incisos "a" a "f" de la ley 11.683).

Ley 11.683, art. 8, inc. "b"

Cuando pretende establecer la responsabilidad de carácter específico: "*Sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso anterior y con carácter general,* ***los síndicos de los concursos y de las quiebras que no hicieren las gestiones necesarias para la determinación y ulterior ingreso*** *de los tributos adeudados por los responsables, respecto de los períodos anteriores y posteriores a la iniciación del juicio respectivo; en particular, tanto si dentro de los quince (15) días corridos de aceptado el cargo en el expediente judicial como si con una anterioridad de quince (15) días al vencimiento del plazo para la verificación de los créditos, no hubieran requerido a la Administración Federal de Ingresos Públicos las constancias de las respectivas deudas tributarias, en la forma y condiciones que establezca dicho organismo*".

El primer aspecto a considerar es la ausencia de relación causal entre el incumplimiento tributario del responsable principal y la conducta reprochable a la sindicatura, es decir, cuando el contribuyente devenido en fallido no pagó el impuesto, la sindicatura resultó ajena al hecho, en razón de que no ejerció la administración de la persona luego en quiebra, por lo que **no puede haber obligación sin causa**, sin que derive del hecho que le sirve de antecedente, criterio fundacional de nuestro derecho (CC, art. 499 derogado).

En consecuencia a nuestro criterio, la responsabilidad de la sindicatura solo podría llegar a resultar del perjuicio fiscal de no informar créditos fiscales que el Fisco desconociera, surgiendo la relación causa fuente o incumplimiento, daño recaudatorio (extremo poco probable), con fundamento en que si presentó declaraciones juradas el principal, el Fisco tomó conocimiento del crédito a su favor, por lo que la omisión de la sindicatura fue subsanada.

Cabe agregar que si seguimos la lógica del artículo 8 de la ley 11.683, habría un responsable solidario por culpa o dolo por las obligaciones tributarias incumplidas anteriores a decretada la quiebra y la sindicatura por culpa de sus incumplimientos, lo cual intentaría hacer a ambos solidariamente responsables por el mismo impuesto.

Para el caso de una quiebra sin activo (art. 232 LCQ), los incumplimientos de la sindicatura no tendrán efectos recaudatorios, es decir, la recaudación nunca se hubiera percibido, lo mismo sucedería con las distribuciones parciales, previstas en el artículo 230 de la LCQ en relación a los saldos no cancelados.

Tampoco entendemos como razonable que la sindicatura debería absorber la insolvencia del fallido, careciendo de relación causal entre el supuesto incumplimiento de la sindicatura y el perjuicio fiscal.

Siendo la responsabilidad de carácter de garantía del crédito fiscal, la omisión de la sindicatura no debería perjudicar al Fisco, pero tampoco beneficiarlo, es decir, si no hay bienes, no hay perjuicio.

Cabe agregar que a nuestro juicio la obligación establecida para la sindicatura en el artículo 8, inciso "b", no resulta de carácter solemne, pudiendo la sindicatura cumplimentarla en forma extemporánea, es decir, si bien la ley fija plazo de cumplimiento, nada dice en relación a que la sindicatura pierde el derecho de cumplimentar la obligación y liberarse.

Ahora bien, cabe realizar una serie de consultas al respecto:

1. ¿Qué sucede cuando la sindicatura no tiene la información correspondiente porque no pudo incautar la documental respaldatoria de las operaciones ni los libros contables, o si estos tienen importantes atrasos?
2. ¿Si para poder determinar las deudas debería realizar una auditoria impositiva que bien le podría demandar días, semanas o meses, de acuerdo a la envergadura de la empresa?
3. ¿Debería ser responsable por no informar aquello que desconoce si no realiza la labor de auditoria?
4. ¿La ley 11.683 le impone la tarea de auditoria en forma gratuita?
5. ¿Acaso los tratados internacionales de derechos humanos no prohíben a los Estados obligar a realizar trabajos gratuitos?

Recordando las palabras de Julio C. Rivera, se puede apreciar que en su opinión: **"El síndico no es funcionario sino órgano, y no del Estado**

sino del proceso, cuyas atribuciones, legitimación y responsabilidades, vienen dadas por la ley"[487], por lo cual la pretensión fiscal (Poder Ejecutivo) que tuvo el legislador (Poder Legislativo) se puede tornar excesiva en cuanto a su alcance, ya que la sindicatura concursal es un auxiliar del juez del proceso (Poder Judicial).

Por esto, se puede inferir que bajo ninguna circunstancia se lo puede denominar o identificar como funcionario o empleado público, y no tiene las responsabilidades ni los beneficios de estos.

Antecedentes con rango constitucional sobre trabajo sin remuneración, se pueden citar entre otros[488]:

1. "*Toda persona que trabaja tiene derecho de recibir una remuneración que, en relación con su capacidad y destreza le asegure un nivel de vida conveniente para sí misma y su familia*"[489];
2. "*Inc. 1. Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo. Inc. 2. Toda persona tiene derecho, sin discriminación alguna, a igual salario por trabajo igual*[490]".

Por lo expuesto, sería algo más que discutible que una ley general obligue a responsabilizarse a la sindicatura concursal, y por tanto a trabajar sin cobro alguno, cuando por la misma labor otras personas perciben salarios y beneficios que de acuerdo a los tratados internacionales de derechos humanos a los cuales adhirió nuestro país, y por cuanto tienen rango constitucional, la legislación vigente no debería admitir.

III. Conclusiones

Se concluye que no hay responsabilidad solidaria sin nexo causal por culpa o dolo en su labor por parte de la sindicatura concursal (o sea, que haya sido responsable directo del daño) causando un perjuicio al erario público. Le ley 24.522 prohíbe a la sindicatura abonar total o parcialmente tributos fiscales, tal como pretende la ley 11.683, artículo 8, inciso "b", si no es

487 Rivera, Julio. *Instituciones de Derecho Concursal*, Rubinzal Culzoni, p. 52, T. I, en Melzi, Flavia y Damsky Barbosa, María. *Régimen tributario de los Concursos y las quiebras*. La Ley. Buenos Aires. 2003. p. 8.

488 Risso, Mario O. *Técnica Societaria, Concursal y Pericial*. N° 13. Julio 2007. La gratuidad en la tarea del síndico concursal.

489 Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana, Colombia, Bogotá, 1948, Derecho al trabajo y a una justa retribución, Artículo XIV.

490 Declaración Universal de los Derechos Humanos. Resolución de la Asamblea General aprobada el 10 de diciembre de 1948, art. 8.

dentro de la distribución de fondos y con las prelaciones, preferencias y privilegios que la misma LCQ establece, por tanto, por cumplir con la ley concursal no puede llegar a ser responsable solidario según la Ley de Procedimiento Fiscal. La sindicatura concursal es responsable de la liquidación y distribución de fondos, y también por la liquidación y depósito de los impuestos cuyo nacimiento es a causa de la labor que le ordena la ley 24.522, pero solamente por lo realizado por su labor específicamente, como ser por el depósito del IVA de las ventas de los activos, en caso de corresponder dicho tributo. Se entiende que no se le debería cargar con la responsabilidad de informar, establecer o abonar al Fisco presuntas deudas para las cuales los funcionarios del organismo fiscal están mucho más capacitados para determinar. Por último, se entiende que para pretender el reconocimiento y posterior percepción de un crédito fiscal una vez producida la quiebra de una persona, existe un solo procedimiento a realizar: insinuar en forma tempestiva o tardía su pretensión a fin de lograr el reconocimiento de un crédito (única forma que una reclamación fiscal se torne en crédito reconocido) y esperar el cobro de acuerdo al criterio de justicia distributiva que impera según la ley 24.522 en estos casos, al igual que el resto de los acreedores concurrentes en el proceso falencial.

¿EL PRINCIPIO DE CAPACIDAD CONTRIBUTIVA FRENTE A LOS CONCURSOS?

PEREYRA, Alicia S.

Ponencia

El principio de capacidad contributiva quiere decir que el Estado no puede exigir un impuesto a una persona o empresa que no tiene la capacidad económica específica que se necesita para pagarlo. Aunque —en realidad— no está en la Constitución Nacional, la Corte Suprema de Justicia de la Nación volvió a reafirmar que es constitucional y rige plenamente.

El concursado, el fallido, ¿tienen capacidad contributiva? ¿El Estado les puede exigir el pago de los impuestos que han dejado de pagar porque **no** podían soportar la carga tributaria y la presión fiscal?

I. Introducción

El principio de capacidad contributiva quiere decir que el Estado no puede exigir un impuesto a una persona o empresa que no tiene capacidad económica específica que se necesita para pagarlo. Aunque —en realidad— no está en la Constitución Nacional, la Corte Suprema de Justicia de la Nación volvió a reafirmar que es constitucional y rige plenamente.

La SCJN reiteró la trascendencia del principio de constitucionalidad de capacidad contributiva a través del pronunciamiento en la causa "Colegio de Abogados de la provincia de Buenos Aires". La CN no contiene una cláusula que refiera en forma expresa al principio de capacidad contributiva, pero la doctrina lo ubica como garantía implícitamente reconocida en diversas normas de la Carta Magna. La Corte lo ha consolidado como "**principio constitucional de la tributación**".

Como antecedentes, tenemos el fallo "Ana Masotti de Busso" de 1947, donde la Corte declaró la inconstitucionalidad de un impuesto adicional a la contribución territorial de la provincia de Bs. As., por violatorio de la CN en cuanto se cobraba a los condóminos por el valor total del inmueble con prescindencia del valor de cada uno de ellos. Allí, la corte señaló: "El verdadero objeto del gravamen no es la posesión de determinados bienes, sino la capacidad tributaria que comporta el ser alguien propietario de

ellos". El 1989, en "Navarro Viola de Herrera Vegas, Marta c/ DGI", el máximo tribunal indicó: "La existencia de una manifestación de riqueza o capacidad contributiva es un indispensable requisito de validez de todo gravamen". **La Corte ya dijo en 1914 —y desde esa época— que la capacidad contributiva tiene que verificarse en todo gravamen como requisito indispensable de validez**, y por eso se pronunció a favor de la falta de razonabilidad de la norma impugnada en el fallo de 1989.

Ahora, una vez más, la SCJN ha marcado como **límite claro y preciso al poder de imposición del Estado**, la necesaria existencia de una manifestación de riqueza o capacidad para contribuir, **recordándonos la constante vigencia del principio constitucional de la capacidad contributiva**.

II. ¿Cómo se manifiesta la capacidad contributiva?

Se supone que el Estado impone tributos a los ciudadanos que tienen la capacidad de pagarlos, lo que se conoce como *capacidad contributiva*. Es una de las teorías más aceptadas acerca del porqué pagar los impuestos y sobre quiénes deben pagarlos. También, es un elemento importante a tener en cuenta a la hora de implementar impuestos, puesto que estos deben corresponder a la capacidad que tiene el sujeto pasivo para asumirlos. El legislador, a la hora de crear un nuevo tributo o de ampliar uno ya existente, entre los aspectos para considerar, encuentra la capacidad económica que tienen los sujetos pasivos para soportar el nuevo tributo, puesto que no se puede (o no se debería) gravar a una persona que no tienen ninguna capacidad para asumir el pago de un impuesto. Un impuesto es progresivo, es cuando aquellos contribuyentes que declaren una renta mayor tendrán que pagar un impuesto mayor, mientras que algunas personas (generalmente humanas) no deben declarar ni pagar impuesto por el monto de su renta líquida.

Algunas "Administraciones" han tratado de neutralizar las inequidades que se producen al no tener en cuenta la "capacidad contributiva", excluyendo de determinados tributos algunos bienes y servicios, o gravándolos con tarifa cero, como es el caso de los bienes exentos. Sin embargo, la "voracidad estatal" y el "desenfreno en el aumento del gasto público" hacen que hoy este intento de corrección haya sido menguado con el tiempo; de manera tal que la SCJN se vio obligada a recordarle a la Administración Pública **la constante vigencia del principio constitucional de la capacidad contributiva**. No consultar la capacidad contributiva de una persona a la hora de imponerle el pago de un tributo es desde todo punto de vista injusto, inequitativo, pues coloca en igualdad de condiciones a una persona que posee grandes recursos con una que en muchos casos no cuenta ni con el mínimo vital para sobrevivir.

III. Principios de equidad, capacidad contributiva e igualdad

La **equidad** se trata de un principio que es sinónimo de justicia y que se alcanza a través de la **capacidad contributiva**, principio que en 1776 Adam Smith lo denominaba *capacidad de pago*. La equidad en términos de capacidad contributiva es considerada generalmente en dos sentidos: **horizontal**_(quienes están en igual situación deben tributar el mismo monto de impuesto) y **vertical** (quienes se encuentren en diferente nivel deben tributar importes distintos)[491].

Respecto de la **capacidad contributiva**, existen ciertos indicadores que permiten calificar en términos económicos la situación particular del contribuyente, los cuales ponen de manifiesto la capacidad contributiva en las personas. Los más utilizados son básicamente:

I) la "renta" que se obtiene; y

II) el "capital" o patrimonio que se posee.

Y, aunque la **igualdad** constituye un principio en el cual lo determinante es que los individuos son *iguales ante la ley*, lo que implica en el área de la tributación es la igualdad ante las cargas fiscales y la prohibición de imponer por vía legal un tratamiento discriminatorio o desigual entre aquellos que son iguales. La **igualdad ante la ley** está condicionada por la **capacidad contributiva**, principio que no está incorporado en la Constitución, pero sí en la legislación tributaria, tal como lo ha reiterado la SCJN en los fallos citados. Una vez más, la eficiencia o ineficiencia de la Administración tiene una directa y significativa responsabilidad a través de su gestión.

IV. La falta de capacidad contributiva puesta al descubierto por la pandemia

La crisis económica de alcance mundial ocasionada por la pandemia del COVID-19 (coronavirus) comienza a mostrar sus efectos negativos en los distintos frentes económicos. En todos los niveles del Estado, se produce un marcado aumento de gastos en materia de salud, así como transferencias a sectores en crisis, de la mano de una inevitable reducción de las bases imponibles y, por ende, de los ingresos fiscales, debido a la tendencia a la baja de las ventas y el aumento creciente del incumplimiento por incapacidad financiera. A mediano plazo, no cabe duda de que la única fuente de financiación genuina y sustentable de este déficit deberá venir de la mano de la recaudación tributaria en concordancia con la reactivación de los distintos sectores de la economía. Sin embargo, cabe preguntarse si esta crisis que estamos atravesando no

491 CIAT, Centro Interamericano de Administraciones Tributarias.

nos da asimismo una oportunidad única: llevar a cabo una redefinición de la política tributaria orientada hacia la reactivación económica, ajustando las medidas fiscales sobre aquellas cuestiones que maximicen ingresos de la mano de una menor tasa de evasión.

La **evasión** fiscal es considerada una actividad oculta que las administraciones tributarias combaten mediante auditorías (inspecciones fiscales, allanamientos, etc.) y penalidades económicas, las cuales no abarcan a la totalidad de los contribuyentes. Porque algunos, **más preparados y mejor asesorados**, logran ampararse en **exenciones,** que son beneficios que liberan a ciertas ganancias del pago del **impuesto**. En derecho tributario, **"la *exención fiscal* recoge en un sentido amplio, aquellos supuestos en que alguna actividad o alguna persona no soporta realmente la carga económica que por aplicación estricta de las normas impositivas habría de corresponderle"**.

La *presión fiscal*, la *complejidad normativa*, la *percepción del riesgo*, la *falta de cultura tributaria*, la idea generalizada de una *incorrecta aplicación de los impuestos* y el *excesivo gasto público* son algunas de las causas que contribuyen a las crisis de las pequeñas y medianas empresas. No obstante el riesgo que conlleva para los ciudadanos el hecho de **evadir** impuestos, el pequeño empresario se encuentra atrapado entre **"bajar la persiana"** o **"correr el riesgo"**. Y elije correr el riesgo, porque dentro de su empresa están su familia y las familias de los trabajadores que lo acompañan en su loca aventura por progresar y obtener ganancias en nuestro país.

El CEAT (Centro de Estudios en Administración Tributaria de la Facultad de Ciencias Económicas de la UBA) consideró en una reciente investigación: "Que las políticas para contrarrestar el fenómeno descripto, deberían instrumentarse teniendo en cuenta el grado de desarrollo y los comportamientos sociales de cada país, por lo que los resultados de la presente investigación podrían ser considerados como una herramienta útil y un buen punto de partida para la revisión de las políticas tributarias, en complemento con los aportes ofrecidos por los distintos modelos teóricos". Los modeles teóricos son solo eso: **teóricos**, y no aportan soluciones a los problemas reales.

La *presión fiscal* se efectiviza mediante un *complejo entramado de tributos* nacionales (IVA, ganancias), provinciales (ingresos brutos, impuesto de sellos, inmobiliario) y municipales (TGI, DReI), que azotan de manera diferente según se analicen diferentes sectores de la economía, ya sea servicios, producción, comercialización o profesionales, por ejemplo. La *incertidumbre en la correcta aplicación de tributos* trae aparejadas inseguridad, falta de confianza o de certeza y principalmente la inquietud sobre el impacto económico que conlleva la aplicación de

la norma tributaria, derivados de la compleja estructura tributaria que influye en todas las decisiones que deben tomar los actores económicos. Para las pymes con menos de 100 empleados, la cantidad de vencimientos por mes es la situación que mayor dificultad les produce para el cumplimiento tributario. Concluye la investigación mencionada que se debería "tornar hacia impuestos que corrijan externalidades negativas, como los impuestos ambientales, o que reprendan excesivos hábitos de consumo, tales como tabaco, alcohol, juego, etc.".

En cuanto a la *percepción de riesgo*, el 60% de los encuestados consideró baja o nula posibilidad de recibir una inspección. Estimaron: "No declarar ingresos o patrimonio (enanismo fiscal) quizá colabore en mantener esa suerte de invisibilidad", y que: "Es muy poco probable sufrir una privación de la libertad efectiva asociada al hecho de evadir tributos (74% así lo afirma)".

La investigación pone de manifiesto una "verdad de Perogrullo"[492], "las empresas se sienten obligadas a evadir para poder ser competitivas en el mercado"; afirman: "La informalidad del sector obliga a evadir"; y que: "En épocas de crisis los impuestos son los primeros gastos superfluos que se ajustan". Adviértase que el empresario considera a los impuestos como un gasto superfluo. La "falta de transparencia en el gasto público" hace que los empresarios sostengan: "Los altos niveles de corrupción desalientan el cumplimiento tributario", considerando a los impuestos un gasto superfluo. El contribuyente percibe un bajo grado de devolución de servicios por parte del Estado.

V. ¿Qué capacidad contributiva tienen el concursado o el fallido?

El artículo 1 de LCQ establece: "*El estado de cesación de pagos, cualquiera sea su causa y la naturaleza de las obligaciones a las que afecte, es presupuesto para la apertura de los concursos regulados en esta ley*". **Estado de cesación de pagos** (presupuesto objetivo) que importa un desequilibrio entre los compromisos exigibles y los medios disponibles para enfrentarlos. Fenómeno de "*impotencia patrimonial*", con características de generalidad y permanencia, por el cual el deudor no puede hacer frente, con medios regulares, a las obligaciones exigibles. La universalidad o generalidad es una de las características de los procesos concursales y, una de sus expresiones, la **subjetiva** (la otra es la objetiva), refiere a los sujetos involucrados —todos los acreedores—, la carga de verificar, la suspensión del curso de los intereses, la prohibición

492 Fue Francisco de Quevedo, en su libro *Los sueños* (1622), en concreto en la *Visita de los Chistes*, también conocida como *Sueño de la Muerte*, donde interviene el "gran profeta" Pero Grullo: "Yo soy Pedro y no Pero Grullo, que quitándome una *d* en el nombre me hacéis el santo fruta". Y el personaje ofrece diez profecías, a las cuales Quevedo denomina *perogrulladas*.

de deducir o continuar las ejecuciones contra el deudor, etc.

El concepto de *estado de cesación de pagos* **lleva ínsita** la *falta de capacidad contributiva*. Quien no dispone de un patrimonio y/o carece de rentabilidad en sus negocios tampoco puede pagar impuestos. Porque la *capacidad contributiva* depende —tal como lo indicamos más arriba— de la *renta que se obtiene* y del *patrimonio que se posee*.

Ignorando la vigencia de este principio que la SCJN se ocupó de recordar, en el caso de los concursos, las administraciones (nacional, provincial y municipal) aprovechan la apertura de los procesos para "pescar en pecera". Se presentan imponiendo sus propias normativas, imposibilitando cualquier tipo de negociación. **No se someten a la LCQ, sino que someten la LCQ a sus normas.** Y con ello —en la mayoría de las veces— es el Estado el responsable de que el deudor no logre superar la insolvencia. Todos conocemos y vemos a diario concursos preventivos devenidos en quiebras indirectas por la imposibilidad de pagar la deuda tributaria.

VI. Conclusiones

Una vez más, la SCJN ha marcado como **límite claro y preciso al poder de imposición del Estado** la necesaria existencia de una manifestación de riqueza o capacidad para contribuir, **recordándonos la constante vigencia del principio constitucional de la capacidad contributiva**.

No cabe la menor duda de que **el deudor concursado carece de riqueza y de capacidad contributiva.** Es hora de que los jueces respeten y hagan respetar la vigencia del principio constitucional de la *capacidad contributiva*, poniendo un límite claro y preciso al poder de imposición del Estado, evitando que el Estado imponga —de manera arbitraria y coercitiva— sus normas por encima de la LCQ.

SOBRE LOS PRIVILEGIOS EN EL DERECHO DE LA NAVEGACIÓN (LEY 20.094) Y EL REQUISITO DEL EMBARGO DEL BUQUE PARA LOS CRÉDITOS CON PRIVILEGIOS ESPECIALES SOBRE EL BUQUE (ARTS. 476 Y 484, INC. "A", LEY 20.094)

ESPARZA, Gustavo

Ponencia

La legislación del derecho de la navegación o marítimo (contemplada fundamentalmente en la ley 20.094) dispone en materia de verificación de créditos privilegiados especiales sobre el buque (regulados en el art. 476, ley 20.094) el recaudo específico para ser reconocidos con tal carácter que se haya trabado embargo sobre el buque dentro del año de su nacimiento (art. 484, inc. "a"). Ello genera un requisito no previsto expresamente por los artículos 32, 56, 125, 126 y concordantes de la ley 24.522, y ciertas dificultades interpretativas y eventualmente de aplicación. Por ello sería interesante que una próxima reforma legislativa contemple tal situación y unifique —independientemente del criterio de política legislativa que se tome— el tema en esta cuestión puntual.

I.- Introducción

No es el tema de los privilegios marítimos o del derecho de la navegación contemplados principalmente en la ley 20.094 (sancionada el 15/1/73, BO 2/3/73) uno de los más tratados por la calificada doctrina maritimista o concursal. Sin embargo, la ley conocida como "de la navegación" presenta en materia concursal importantes aristas cuando se la relaciona con la insolvencia y su también ley específica (LCQ, sancionada 20/7/95, promulgada 8/7/95, BO 8/9/95 y sus diversas modificatorias)[493].

Sin embargo, a la luz de la autonomía de tal legislación y del denominado particularismo de sus instituciones, que devienen por el espacio en el que se desarrolla la actividad —mar— y el medio —buque— que generan las diversas relaciones, tenemos que el tema adquiere suma relevancia en

493 Hemos tratado el tema con algún detenimiento en nuestro trabajo: "Perspectiva concursal de la ley 27.419 y modificaciones al régimen de privilegios marítimos e hipoteca (prenda) naval", en JA, 2020, III, fasc. 8, 19/8/2020, pp. 10 y ss. El puto II de esta ponencia —en parte— se efectúa con base en el citado trabajo.

varias de sus instituciones.

En esta ponencia abordamos uno de ellos, de importante relevancia, pero no el único, que es el referido a la verificación de los créditos privilegiados con privilegio especial sobre el buque y el recaudo del embargo para que el crédito pueda ser reconocido en tal carácter.

II.- Sobre los privilegios marítimos y la Ley de Concursos y Quiebras. La Ley de Navegación y el Código Civil y Comercial unificado

La legislación de la navegación y en relación con la materia concursal (preventiva o de quiebra) se encuentra en materia de regulación y aplicación funcional de privilegios (e instituciones anexas, como las prioridades o preferencias) posicionada de forma sumamente particular, y hasta diríamos portadora por derecho propio de aristocrática raigambre histórica, de cierta suficiencia sistemática y hasta con vocación indisimulada de pretensiones de fundada y arrogante autonomía.

En efecto:

a) es una de las excepciones al régimen de unidad regulatoria que pretende establecer el artículo 239 LCQ. Su carácter de régimen especial o de excepción lo dispone la propia ley concursal (art. 241, inc. 6 LCQ, que contempla: "*Los créditos indicados en el Título II del capítulo IV de la ley 20.094*"). Pero a ello, debemos agregar que es regulación específica y desplaza a la regulación concursal en materia de privilegios en temas relevantes y dirimentes al momento de la insolvencia tales como:

b) el orden de los privilegios especiales (todos los créditos del derecho de navegación tienen asimismo como elemento de su técnica el privilegio especial), ello por aplicación del artículo 243, inciso 1 LCQ, que remite al artículo 241, incisos 4 y 6 LCQ;

c) el asiento (sea el buque, art. 476 LN, o el buque en construcción, art. 502 LN), o los créditos sobre los fletes y el precio del pasaje (art. 478 LN), o los créditos a favor del buque nacidos durante el viaje (art. 479 LN), por expresa aplicación de los artículos ya citados y la normativa general del artículo 241, primer párrafo LCQ;

d) la extensión, por aplicación del artículo 242, último párrafo LCQ;

e) tiene asimismo su norma de conflicto interna en materia de derecho internacional privado (art. 598 LN); y, por supuesto, desde perspectivas más procesales acompañados del instituto

del concurso especial (arts. 553 y ss. LN) y pautas sobre arbitraje (art. 621 LN).

Con lo cual, al regularse en esta materia (privilegios), no puede dejar de merituarse que el acreedor privilegiado especial en el derecho de la navegación frente a la insolvencia de un patrimonio no está precisamente desprotegido. Distinta es la prelación que se otorga a cada crédito en la concurrencia, pero esto es un tema esencialmente político, y en tal juego y esquema de las fuerzas políticas y económicas debe dilucidarse.

La concurrencia de acreedores —con o sin insolvencia, lo que no debe llevar a confusiones— en el derecho de la navegación es un fenómeno de vieja data que han recogido las legislaciones (incluso la nuestra), particularidad que incluso ha generado sus propias instituciones. Así tenemos diversos supuestos de regulación de concurrencia de acreedores (sin insolvencia):

a) en el caso del concurso especial, ligeramente tratado "supra";
b) en el juicio de limitación de responsabilidad (arts. 175/182 y Título 4, capítulo 7 "Del juicio de limitación de responsabilidad", y también arts. 561/577 de la LN);
c) en la asistencia y salvamento (Título 3, Capítulo 3, Sección 2, "Asistencia y salvamento", arts. 371/386 de la LN);
d) en los supuestos de avería gruesa o común (Título 3, Sección 5, "De la avería común o gruesa", arts. 403/407 de la LN).

A lo que debemos sumar que nuestra Ley de Navegación nació con vocación y posiblemente destino de código de derecho marítimo autónomo, como surge de la historia del derecho que le da origen e incluso de su evolución legislativa, y algo de eso aún se refleja pese al hoy desbordado artículo 622 LN en su actual artículo 1: "*Normas aplicables. Todas las relaciones jurídicas originadas en la navegación por agua se rigen por las normas de esta ley, por las de las leyes y reglamentos complementarios y por los usos y costumbres. A falta de disposiciones de derecho de la navegación, y en cuanto no se pudiere recurrir a la analogía, se aplicará el derecho común*".

Dato no menor es que las normas del derecho de la navegación que hemos venido desarrollando se encuentran en la división sistemática de la ley 20.094, en dos títulos que llevan también su impronta de vocación de autonomía y de cierta independencia. En efecto, el Título 3 se denomina "Del ejercicio de la navegación y el comercio por agua" y el Título 4, "De

las normas procesales". A la usanza del viejo derecho marítimo (del cual venimos y somos tributarios), normas de fondo y jurisdiccionales. No se estaría frente a un derecho solamente especial, sino frente a un derecho autónomo.

Por ello, tengamos frente al derecho de la navegación en general y en el caso concreto especial cuidado y, sobre todo, suficiente respeto a la tradición al momento de evaluar y aplicar esta veterana legislación, que incluso puede ostentar y con suficientes pergaminos mayor antigüedad y prosapia incluso que el propio derecho comercial. No por algo se le atribuye a Pardessus que "*había pasado todas las edades sin envejecer*".

Esta sugerencia se efectúa ante incluso la nueva y no muy prolija redacción de los artículos 1 y 2 del CCC. Paradoja adicional particularmente frente al derecho de la navegación, ya que la reforma unificatoria suprime como fuente del derecho a la jurisprudencia. Fuente esta que junto a los usos y costumbres generó el derecho marítimo (hoy navegación) y lo perfiló con instituciones que hasta hoy sobreviven. E incluso la jurisprudencia —con o sin recepción por parte del legislador como fuente— seguro mucho tendrá para decir en la integración normativa de los diversos órdenes y tratados que las materias analizadas afectan, y por supuesto a los efectos del tratamiento de esta ponencia.

III.- Sobre el privilegio del crédito marítimo sobre el buque y la necesidad del embargo

El tema que traemos como ponencia es que el crédito marítimo privilegiado sobre el buque, para conservar su carácter de tal y ser oponible con esa cualidad a los restantes acreedores, contar debe como recaudo al verificar (tempestiva o tardíamente) el previo embargo sobre el buque.

En efecto los créditos privilegiados marítimos que tienen como asiento de su privilegio especial el buque se encuentran regulados en el artículo 476 LN, manda que enumera los mismos en dos grupos segmentados por la hipoteca naval, pierden su carácter de tales (privilegiados), dispone que estos se "*extinguen*", dice la norma (art. 484 LN), en el inciso "a" de la manda citada: "*Por la expiración del plazo de un (1) año, salvo que antes de la expiración de ese plazo el buque haya sido objeto de embargo. Ese plazo no corre mientras un impedimento legal coloque al acreedor privilegiado en la imposibilidad de proceder al embargo del buque*".

El tema plantea diversas cuestiones, que giran todas en torno a la necesidad de acreditar al momento de presentar la verificación (tempestiva o tardía) que el acreedor ha embargado el buque —asiento de su privilegio— en el plazo que la ley fija, lo que operaría como un plazo de caducidad del privilegio.

Algunas hipótesis o situaciones:

a) si ha judicializado el reclamo de su crédito y ha embargado el buque en plazo, no tendría problemas al menos en cuanto a ese requisito;
b) los problemas se presentan si entre el nacimiento del crédito y el concursamiento del deudor no se ha judicializado el reclamo, y no se ha embargado el buque. En ese caso, al solo efecto verificatorio, debería —por imperativo de la Ley de Navegación— embargarse el buque y luego solicitar verificación que acredite tal recaudo (arts. 32, 56 y cc. LCQ).

Sin entrar en demasiadas disquisiciones, dada la extensión que debe respetar el tenor de la ponencia, señalamos:

a) ¿el acreedor podría ampararse en que no puede iniciar juicio por la expresa prohibición de los artículos 21, 125, 126, 132 y cc. LCQ?;
b) ¿las prohibiciones de las normativas concursales citadas anteriormente pueden ser "*el impedimento legal*" que imposibilita al acreedor obtener el embargo del buque?;
c) ¿el acreedor puede plantear la inconstitucionalidad de la norma de la Ley de Navegación porque la misma fue legislada para situaciones de concurrencia, pero no de insolvencia; o porque establecería diferencias entre el acreedor con juicio iniciado y el que no tuvo tiempo de iniciarlo?

Estos son situaciones de no fácil respuesta, en el caso concreto y sobre todo ante una norma tan clara, de la legislación especial (ley 20.094), que desplazaría a la concursal. En la práctica de nuestros tribunales, normalmente los síndicos y jueces no prestan atención a este recaudo. Así al menos en la experiencia de este ponente.

V.- Ponencia y a manera de conclusión

Ante un tema tan relevante, que puede afectar el derecho de propiedad y el principio de legalidad, que involucra tantos institutos del derecho concursal, sería interesante que en futuras reformas se analice la posibilidad de una uniformidad de criterios legislativos que eliminen las dificultades interpretativas que la norma —a nuestro criterio— plantea, lo que así se eleva como ponencia.

ALGUNOS CONFLICTOS ENTRE EL DERECHO PENAL Y EL DERECHO CONCURSAL. PARTE I: COMUNICACIÓN

FUSHIMI, Jorge F.

1. Introducción

Como síndicos, debimos desempeñar nuestra labor en procesos falenciales en los que los administradores y representantes de la sociedad, o sus socios, controlantes o terceros susceptibles de ser demandados por acciones de responsabilidad, están simultáneamente imputados y procesados por diversos delitos que les atribuyen, vinculados siempre con la cesación de pagos del ente que administran. En tales procesos hemos advertido una serie de circunstancias que, en ocasiones, por la fáctica y razonable preeminencia del derecho penal (en tanto interés del Estado en sancionar conductas antijurídicas reprochables), sumado a las atribuciones, potestades y facultades que poseen los funcionarios de instrucción, son fuente de colisión de intereses. En estos casos, es necesario delimitar competencias jurídicas y dejar aclarado cómo deben aplicarse las normas, ya que el interés del Estado en sancionar conductas antijurídicas no puede perjudicar el derecho de los acreedores legítimos y de buena fe, a percibir lo suyo, ni conducir a situaciones absurdas en las que el acreedor perciba dos veces el importe de su crédito.

Dividimos a esta comunicación en dos partes, atento a la complejidad de los problemas detectados y la necesidad de respetar los límites formales de los trabajos a presentar en el Congreso.

2. Desarrollo

2.1. Primer caso: el deber de colaboración del deudor vs. el derecho a abstenerse de declarar conforme art. 18 de la Constitución Nacional

En diversos casos, se ha convocado a socios y administradores sociales del ente fallido o concursado, y estos han invocado su derecho constitucional a no efectuar declaraciones de ninguna índole, quebrantando así la obligación de prestar colaboración con el proceso, a lo que están obligados en los términos del art. 102, 274 y 275 inc. “c”. En los casos en los que los citados a prestar información y colaboración se encuentran detenidos, el trámite se complica, pero el Servicio Penitenciario local es

el que se encarga de hacer comparecer al detenido. En los casos en los que el citado a informar se encuentra prófugo, la tarea no se puede llevar a cabo y no se puede obtener ninguna información de relevancia.

Pero, en ocasiones, sea que el citado a informar al juez concursal esté cumpliendo con prisión preventiva o que se encuentre excarcelado o con eximición de prisión, los mismos concurren con sus letrados penalistas y se abstienen de declarar, argumentando que cualquier información que se expresen puede implicar una autoincriminación en los delitos por los que están siendo instruidos, o en otros nuevos.

Si el citado a declarar cumplió con el acto de prestar declaración (declaración indagatoria), entonces el secreto de sumario se habrá levantado y será posible pedir colaboración a la fiscalía o juzgado de instrucción que corresponda. Incluso, se puede solicitar —si es que la hubo— cualquier declaración que hubiera efectuado el propio imputado en sede penal. Esto, como mecanismo alternativo o procedimiento de auditoría alternativo, pero que no necesariamente sustituye a la información brindada personalmente, ya que esta está dirigida a un objetivo diferente al de la indagatoria penal. Pueden coincidir, pero no necesariamente se dará tal extremo.

La cuestión de la abstención del obligado a prestar información en sede concursal, es de difícil resolución. Bien puede decirse que el juez concursal tiene elementos suficientes para determinar qué respuestas pueden ser autoincriminatorias y negar a la Sindicatura que las efectúe, pero —en general— la conducta del abogado penalista es asesorar para que la persona en cuestión se abstenga de declarar. En el caso L., M.R. S/ NULIDAD[494] dictado por Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Sala VI, el 21/03/2019, el imputado prestó declaración en sede concursal, pero esta declaración —al no habérsele advertido que era de un tenor autoincriminatorio— debió ser formulada, pero esta carece de valor imputativo en sede penal. Entendemos que esta es la solución legal correcta. El fallo referido expresa, además: "*No desconocemos que muchas veces esa obligación puede colisionar con los intereses de la persona convocada por la Ley de Concursos a brindar explicaciones porque conlleva que esclarezca su situación patrimonial y sus créditos, lo que eventualmente podría perjudicarla o generar consecuencias en la órbita penal. // En ese caso, no hay dudas de que 'los sujetos comprometidos*

494 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Sala VI, L., M. R. s/ nulidad, 21/03/2019. Cita: TR LALEY AR/JUR/3475/2019 : "*El llamado a declaración indagatoria del imputado es nulo, dado que, si bien la ley concursal dispone la concurrencia de las personas obligadas, lo cierto es que, a pesar de que la pregunta que le formuló la síndico llevaba ínsita una imputación de un hecho ilícito, ni el magistrado o sus auxiliares advirtieron o interrumpieron el acto, a fin de hacerle saber las consecuencias penales que podían acarrear sus dichos, no teniendo entonces el encartado la posibilidad de permanecer callado o de negarse a declarar*".

podrían negarse a dar explicaciones o información, cuando ello pueda comprometerlos penalmente, encontrando su accionar debido resguardo constitucional' (CHOMER, Héctor O. - FRICK, Pablo, ob. cit., p. 434 y, en similar sentido, sala B de la CNCom., del dictamen fiscal en autos 76049/03, 'P. A. SA s/ quiebra', rta. 21/12/204)".

Sin embargo, algunos autores[495] sostienen que podría —incluso— el obligado a prestar colaboración, abstenerse de declarar, si temiese que sus expresiones pudieran resultar autoincriminatorias, lo cual conspira contra la obligación misma, ya que cualquier obligado podría abstenerse de informar, alegando o invocando —solamente— que sus afirmaciones puedan afectar su derecho a abstenerse de declarar.

Otro autor[496], por caso, sostiene que la reticencia a brindar información al juez concursal, por parte de cualquier obligado, en especial del fallido, ameritaría que este magistrado inicie la correspondiente acción penal en contra del reticente.

2.2. Segundo caso: la disponibilidad de la información contable y la obtención de títulos valores y otros créditos susceptibles de prescripción

Comenzamos con un conflicto "de baja intensidad" que se resuelve con colaboración interfueros (incluso cuando la competencia federal recayera en el fuero extraordinario).

Frente a una cesación de pagos que se exterioriza de manera sorpresiva e inesperada para los acreedores, la primera reacción de los perjudicados es la de promover acciones penales. No les faltan razones: en la mayoría de los casos, los fallidos han venido simulando una situación de solvencia a través de diversos ardides, maquinaciones y engaños, para lograr la confianza del acreedor que no es víctima de un proceso inesperado, sino —lisa y llanamente— de un plan criminal. La quiebra, usualmente, se decreta varias semanas (cuando no algunos meses) después de las actuaciones penales. Casi, podría decirse que la quiebra se decreta como consecuencia de la causa penal.

495 Bianchi, Luciano: "El deber de colaboración del fallido a la luz de la garantía que prohíbe la autoincriminación", en: Sup. Penal 2019 (agosto), 12; LL-2019-D, 293. Cita: TR LALEY AR/DOC/2146/2019.

496 Montagna, Gastón Alejandro: "La cesación de pagos. No ignoremos la faz penal", en: ADLA 2005-C, 3583 Cita: TR LALEY AR/DOC/706/2005: ·*Otro caso es el dado por el art. 102 de la ley 24.522 (13) al referirse a la falta de colaboración del fallido al ser requerido para que preste explicaciones ante el juez comercial, la reticencia del mismo, ¿no amerita comunicación alguna al juez penal? Estos casos, ¿no son suficientes para que el juez comercial remita las actuaciones, o al menos lo comunique de oficio a la justicia penal?*".

La reacción penal no se hace esperar, y suele comenzar con allanamientos en sucursales y en la sede social, donde se procede a secuestrar documentos, registros contables, societarios y laborales, anotaciones y papelería diversa. Además, se secuestran los discos rígidos de computadoras y de servidores de redes. En ocasiones, también, pueden secuestrarse dinero en efectivo, divisas, cheques de pago diferido aún no vencidos, pagarés, entre algunos otros títulos valores.

Cuando varias semanas o meses después, es designada la Sindicatura, esta se encuentra, al procurar incautar los bienes, registros y documentos en los términos del art. 177 de la Ley de Concursos y Quiebras N° 24.522 y sus modificatorias (que en adelante abreviaremos LCQ), con que no hay nada más que ciertos bienes de uso.

En esas condiciones, es difícil la reconstrucción del activo y el pasivo prefalencial, la información contable no está disponible; los archivos computarizados se encuentran en discos retirados de sus computadoras, y no existe manera de recomponer la misma.

Por su parte, los registros contables son depositados de manera no siempre cuidada, y —en ocasiones— confiados a organismos fiscales (como AFIP) y otros.

Finalmente, cuando los instructores deciden que los títulos valores y otros instrumentos que documentan créditos son entregados a la Sindicatura, suele ocurrir que los mismos están prescriptos, a punto de prescribir, o no se cuenta con los elementos necesarios para ejercer las acciones de cobro debidamente.

En estos casos, si operó la prescripción, el crédito se pierde irremediablemente.

En algún caso en particular, los administradores de la fallida denunciaron penalmente a la Fiscalía de Instrucción, por el perjuicio sufrido por haberse impedido el cobro de tales créditos.

No tenemos solución para la cuestión, y no consideramos que el Síndico esté obligado a denunciar penalmente para eximirse de su responsabilidad. Entendemos que bastaría que se le otorgue detalle preciso de lo entregado y la constancia de la fecha de entrega, para que la Sindicatura quede automáticamente exenta de toda responsabilidad, sin perjuicio de su obligación de informar al juez concursal para que este sea quien decida el curso de acción a seguir, ya que él sí está obligado como magistrado a efectuar las denuncias penales que cupieran.

2.3. El destino de los fondos secuestrados en sede penal y los recaudados por el proceso falencial

Esta es otra causa de conflicto. En la causa R., E. D[497]. y otros s/ asociación ilícita inf. art. 310, etc. (Comp. FCB 5650/2014/49/CS1), en su carácter de responsables de la firma C.C. S.A. por asociación ilícita, intermediación financiera ilegal, evasión, estafa, infracción al régimen de cambios y lavado de activos, el representante del Ministerio público requirió al juzgado donde se tramitaba la quiebra de C.C. S.A., ***el embargo preventivo de los fondos netos que resultaren del cobro de una cartera de cheques de terceros que la empresa tenía en su poder, con el objeto de asegurar las sanciones accesorias aplicables en caso de recaer una condena.*** El Juzgado Federal Nº 1 de Córdoba, frente al pedido, solicitó información al juez concursal y este pidió dictamen a la Sindicatura. A partir de ello, el magistrado rechazó la cautelar. Sin embargo, luego de una recusación el Juzgado Federal Nº 3 ordenó por exhorto, la medida requerida por el fiscal. Dado que el juez de la quiebra mantuvo su decisión y rechazó cumplir lo solicitado, la causa se elevó a la CSJN. Esta, hizo suyo el dictamen del Procurador General y rechazó la solicitud del Ministerio Público, entendiendo que, en primer lugar, la medida importaba un menoscabo a la competencia que la ley atribuye al magistrado a cargo de la quiebra. Además, entendió que las sanciones por delitos previstos en el Título XIII del código de fondo contra personas jurídicas que se encuentre concursadas no podrán aplicarse en detrimento de los derechos y privilegios de los acreedores por causa o título anterior al hecho delictivo. Aconsejó que se escuchara al síndico.

En la causa Rascovsky Raúl y otros[498], ya la CSJN se había expedido expresando que el *proceso de ejecución colectiva de los bienes de la entidad falente, ejerce atracción jurisdiccional sobre las cuestiones patrimoniales planteadas en sede penal. Es por ello que- en el caso-, de hacerse efectiva la cautela dispuesta en sede penal sobre los bienes del B.I.R. bajo concurso comercial, el eventual derecho crecitorio de los querellantes en autos gozaría de verdaderas prerrogativas supraconcursales sobre el resto de la masa acreedora de la entidad quebrada*. Además sostuvo que "*toda pretensión de injerencia, respecto de los bienes, de cualquier otro tribunal afecta en forma manifiesta la competencia atribuida por el orden público impuesto por la ley concursal.; en consecuencia, en defensa de la propia jurisdicción cabe negarse al cumplimiento de las medidas que importen un menoscabo de la competencia atribuida por la ley y por ende no corresponde hacer lugar a la solicitud del sr. Juez rogante*. Más adelante sostuvo: *Ello es así*

497 Fallo no publicado. La referencia permite hallarlo en la página web de jurisprudencia de la CSJN.
498 CSJN. Fallos 1983-306; 546. 05/06/1984.

en virtud del art. 136 de la ley 19.551, ley común que tiene preeminencia sobre la norma cautelar del art. 411 del Código de Procedimientos en Materia Penal; máxime si nada se opone a que los acreedores en cuyo beneficio se establecieron los privilegios a que se refiere el art. 30 del Código Penal se presenten al concurso del procesado y hagan valer sus derechos de acuerdo a la ley.

La CSJN ha resuelto la cuestión de manera clara, pero aún resta un conflicto adicional que es el que se plantea con fondos líquidos secuestrados en sede penal, que no necesariamente provienen de la actividad ilícita (si es que la hubo), y que deberían ser remitidos al proceso concursal y no conservados como material secuestrado por la instrucción penal.

ALGUNOS CONFLICTOS ENTRE EL DERECHO PENAL Y EL DERECHO CONCURSAL. PARTE II

FUSHIMI, Jorge F. y EIMER, Gastón G.

Ponencia

Hemos observado que en aquellos casos en los que, además de declararse la quiebra de una persona jurídica, los acreedores (algún, algunos, varios o todos) denunciaron penalmente a los administradores, gerentes, socios y otros intervinientes, se produce colisión de intereses y conflictos entre el derecho penal y el derecho concursal. Los problemas y conflictos son variados y de diferente naturaleza. En esta comunicación, hacemos una fenomenología de los conflictos detectados y esbozamos algunas posibles soluciones. Esta es la segunda parte de la misma comunicación.

1. Desarrollo

Continuando con la primera parte de esta comunicación, enumeramos los siguientes conflictos.

1.1. Cuarto conflicto: la acción civil por daños y perjuicios iniciada en sede penal

Un conflicto —en nuestra opinión— sencillo de dirimir se produce cuando los acreedores inician acciones civiles en el proceso penal seguido en contra del fallido o de los socios con responsabilidad ilimitada. En la provincia de Córdoba, el Código Procesal Penal provincial prevé en el artículo 7 la posibilidad de que el querellante particular pueda, simultáneamente, constituirse en actor civil a fin de lograr el resarcimiento del daño. Por su parte, los artículos 24 a 27 regulan el ejercicio de la acción civil en sede penal para obtener la restitución del objeto materia del delito y la indemnización por el daño causado. Esta solo podrá ser ejercida por la víctima, sus herederos en los límites de su cuota hereditaria o por otros damnificados directos, contra los partícipes del delito y, en su caso, contra el civilmente responsable. Por su parte, el artículo 14 del CPPN establece que la acción civil para la restitución de la cosa obtenida por medio del delito y la pretensión resarcitoria civil podrá ser ejercida solo por el titular de aquella o por sus herederos en relación a su cuota

hereditaria, representantes legales o mandatarios, contra los partícipes del delito y, en su caso, contra el civilmente responsable, ante el mismo tribunal en que se promovió la acción penal.

En ambos casos, se trata de procesos de conocimiento civil, pero que se dirimen en sede penal, por razones de economía procesal y por la inmediatez de la prueba que es producida, en su mayor parte, por la actividad inquisitoria del estado, dentro de la etapa de instrucción, lo cual evita a la parte actora (perjudicada) el tener que producirla dentro de un proceso civil paralelo o consecuente del resultado del proceso penal. Pero no caben dudas de que se trata de un proceso civil. En tal sentido, el artículo 1.774 del CCC lo deja aclarado cuando establece que la acción civil y la acción penal resultantes del mismo hecho pueden ser ejercidas independientemente. En los casos en que el hecho dañoso configure al mismo tiempo un delito del derecho criminal, la acción civil puede interponerse ante los jueces penales, conforme a las disposiciones de los códigos procesales o las leyes especiales. Reiteramos, pues, se trata de un tema de economía procesal e inmediatez probatoria.

Pero es claro que se trata de una pretensión civil, por lo tanto, disponible (a diferencia de la acción penal, dependiendo su clase). Así, en caso de quiebra, rige la figura del fuero de atracción del artículo 132 LCQ y, por reenvío de este, el artículo 21 inciso 2, y los párrafos antepenúltimo y penúltimo.

Lo que sí resulta evidente es que **no existe regla de prejudicialidad penal**: si bien es factible que existan acciones de naturaleza civil que requieran la sentencia previa dictada en sede penal, este instituto no puede ser coherente con la necesidad de celeridad y protección del activo y del pasivo falencial[499].

499 Artículo 520. Medidas cautelares a solicitud de jueces o tribunales del orden jurisdiccional penal. Cfr. art. 520 del Texto Refundido de la Ley Concursal Española, según Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal: 1. Admitida a trámite querella o denuncia criminal contra el deudor o por hechos que tuvieran relación o influencia en el concurso, será competencia exclusiva del juez del concurso, adoptar, a solicitud del juez o tribunal del orden jurisdiccional penal, cualquier medida cautelar de carácter patrimonial que afecte a la masa activa, incluidas las de retención de pagos a los acreedores inculpados en procedimientos criminales u otras análogas. 2. Las medidas cautelares acordadas en ningún caso deben impedir continuar la tramitación del procedimiento concursal, y se acordarán del modo más conveniente para garantizar la ejecución de los pronunciamientos patrimoniales de la eventual condena penal. 3. Las medidas cautelares acordadas no podrán alterar o modificar la clasificación de los créditos concursales, ni las preferencias de pagos establecida en esta ley.

1.2. Tercer conflicto (el más complejo): la reparación integral del perjuicio como forma de extinción de la pena

La ley 27.147 del año 2015 sustituyó el artículo 59 del Código Penal Argentino, que trata sobre la extinción de la acción penal. En su inciso 6, se prevé como causa extintiva a la conciliación o reparación integral del perjuicio, de conformidad con lo previsto en las leyes procesales correspondientes. Nutrida jurisprudencia penal ha receptado la figura y ha dictado el sobreseimiento pertinente en diferentes delitos patrimoniales y económicos.

La falta de definición sobre la naturaleza jurídica del instituto, frente a la quiebra, ocasiona conflictos que plantean algunos interrogantes complejos. Se trata de las quiebras en las que los administradores, socios y/o terceros son imputados penalmente por algún o algunos de los acreedores que luego concurren a la quiebra a solicitar la verificación de sus créditos y son admitidos en el pasivo falencial. Los imputados, por su parte, generalmente con dictados de prisión preventiva (aunque esto no sea requisito esencial), a fin de evitar el proceso penal y la eventual condena, acceden a un acuerdo conciliatorio con los denunciantes y con las eventuales víctimas que hubieran sido detectadas, y a reparar el perjuicio mediante la entrega de una suma de dinero satisfactoria para la parte interesada. Pero no se repara todo el daño, que sería la totalidad del pasivo falencial insoluto, sino solo el daño irrogado a aquellos que tuvieron alguna participación en el proceso penal.

Sin embargo, dicho pago y los acuerdos conciliatorios consecuentes, frente a la quiebra, no reúnen los requisitos para darla por concluida, y nada empece a que los acreedores que acordaron con los imputados puedan continuar ejerciendo sus acciones como acreedores admitidos o verificados, o que continúen con las instancias recursivas.

Por su parte, si los pagos fueron hechos a algunos de los acreedores de la masa pasiva falencial, estos —por imperio del principio de *pars conditio creditorum* y de los arts. 87, 109, 119 y 122 todos los de la Ley de Concursos y Quiebras N° 24.522 y sus modificaciones— deberían ser declarados ineficaces si fueron realizados por la fallida, sus administradores o controlantes, e incluso por terceros, dependiendo del pago. Pero esta afirmación se relativiza si el pago fue realizado por un tercero no vinculado al proceso falencial, es decir que —cuando no estuviera demandado por responsabilidad— es un tercero ajeno al proceso. Pero, en su caso, si varios o muchos acreedores fueron reparados en el perjuicio, ¿cómo obtendría el síndico los votos necesarios para que emprenda la acción de declaración de ineficacia conforme al artículo 119 LCQ? Para excluir del voto a los acreedores reparados en el perjuicio, el juez debería declarar que hubo pago, con lo que estaría adelantando opinión con relación a la cuestión de la ineficacia.

Algunas cuestiones previas sobre la reparación del perjuicio como causa de extinción de la acción

Sin pretender hacer un análisis histórico exhaustivo de la cuestión, el primer antecedente normativo (que no jurisprudencial) sobre el pago de cantidades de dinero como causa de extinción de la acción penal se encuentra en la primera Ley Penal Tributaria N° 23.771 de 1990, que preveía para los imputados de evasión fiscal (o previsional), en su artículo 14, que cuando por la pena requerida por la acusación fiscal fuera aplicable la condena de ejecución condicional o cuando con anterioridad a la acusación se estimare que presumiblemente en caso de condena correspondería la condena de ejecución condicional y el infractor aceptase la pretensión fiscal o previsional, por única vez el tribunal actuante —previa vista al fiscal y al querellante o, en su caso, damnificada y una vez efectivizado el cumplimiento de las obligaciones— declararía extinguida la acción penal. Posteriormente, el texto original de la Ley Penal Tributaria N° 24.769 de 1996 establecía en su artículo 16: en los casos previstos en los artículos 1 y 7 de esta ley, la acción penal se extinguirá si el obligado acepta la liquidación o, en su caso, la determinación realizada por el organismo recaudador, regulariza y paga el monto de la misma en forma incondicional y total, antes de formularse el requerimiento fiscal de elevación a juicio. Este beneficio se otorgará por única vez por cada persona física o de existencia ideal obligada. La norma era más precisa que la anterior y quedaba aclarado que solo regía para las imputaciones por evasión simple de tributos (art. 1) y por evasión simple de recursos de la seguridad social (art. 7). La ley 26.735 del 28/12/2011 endureció los requisitos al fijar el artículo 16 hoy vigente, que reza que la resolución que declare extinguida la acción penal será comunicada a la Procuración del Tesoro de la Nación y al Registro Nacional de Reincidencia y Estadística Criminal y Carcelaria.

Se ha dicho: "*La reparación integral es ante todo una decisión unilateral de una parte que se orienta a la enmienda patrimonial del daño causado, sin suponer la gestión del conflicto entre las partes de modo bilateral. Esta decisión legislativa abre una grieta que supone un inesperado avance hacía la privatización del sistema penal, que luce cuanto menos novedoso, y que se ha llevado adelante sin mayor debate, lo que conllevara necesariamente a un engorroso examen de la cuestión en los ámbitos jurisdiccionales*" [500]. A diferencia de la conciliación, también tratada en el mismo artículo, la reparación integral del perjuicio es un instituto de naturaleza unilateral y no requiere consentimiento de la víctima[501], aunque sí la conformidad del órgano judicial de **dar** por

500 Yacobucci, Ignacio; Ezeyza, Mariano Abel: "Reparación integral del perjuicio como vía de escape al proceso penal tributario en la CABA" en: LLCABA 2018 (agosto), 1; TR LALEY AR/DOC/82/2017.

501 Crivelli, Ezequiel: "La conciliación o reparación integral del perjuicio ¿Causa de

extinguida la pena.

Analizamos algunos conflictos

Hemos experimentado diversos conflictos, sobre los cuales apenas podemos brindar alguna opinión profesional, atento a la extensión requerida para la comunicación.

a) El primero: si no hay comunicación entre tribunales, el acreedor puede percibir dos veces el mismo crédito. Nada impide a la sindicatura comparecer a sede penal para requerir información, aunque es discutible si puede constituirse en parte querellante o en actor civil.

b) El segundo: la reparación integral que percibe, ¿es el crédito lo percibido? ¿O se trata de un concepto diferente? En este caso, la dilucidación de la naturaleza jurídica del monto pagado es definitoria para las respuestas. Lo pagado, en nuestra opinión, es —antes que nada— restitución del fruto del delito (el monto del crédito) y, posteriormente, lucro cesante y daño moral. En materia fiscal, por caso, la cuestión se resuelve de manera relativamente simple, toda vez que existe solo un acreedor y el proceso ejecutivo fiscal es individual. Sin embargo, el problema es complejo cuando existe —además de la reclamación civil individual en sede penal— un proceso universal como es el concursal, y donde los privilegios solo son reconocidos, en tanto admitidos por la ley.

c) El tercero: se rompe la *pars conditio creditorum*. Los acreedores participantes en el proceso penal perciben su crédito, pero lo que perciben, al no ingresar al activo falencial, no beneficia a quienes no tienen parte en el proceso penal.

d) El cuarto: el funcionario judicial de sede penal usualmente no toma en consideración que la reparación integral debe hacerse a toda la masa pasiva falencial y no solo a los que se pudieran considerar víctimas del delito. En tal sentido, el único canal posible de comunicación debería ser entre el magistrado concursal y el funcionario encargado de la instrucción del proceso, o —incluso— del tribunal de juzgamiento.

extinción de la acción, principio reglado de oportunidad o "tercera vía" del sistema penal?" en: LLGran Cuyo 2017 (noviembre), 4; TR LALEY AR/DOC/2196/2017: "*En otras palabras, la conciliación exige necesariamente un acuerdo de carácter bilateral, a diferencia de la reparación del perjuicio que pareciera conformarse con el restablecimiento de las cosas a su estado anterior o al resarcimiento del daño causado por el hecho ilícito en sus diferentes dimensiones (moral, material, etcétera)*".

e) El quinto: si el juez concursal determinara que los pagos deben ser reintegrados al activo falencial, declarándolos ineficaces, se perdería el beneficio previsto en el Código Penal para el imputado.

f) El sexto: la falta de definición sobre la naturaleza penal del monto pagado en concepto de reparación integral del perjuicio no permite excluir al acreedor del proyecto de distribución si este no presenta recibo, carta de pago o de avenimiento.

g) El séptimo: los terceros involucrados en el proceso penal, pero que no lo están (aún salvo futuras acciones de responsabilidad) en el proceso concursal y que realizaron pagos, ¿pueden ser demandados por la totalidad del pasivo insoluto? ¿Pueden argumentar en su beneficio el haber realizado pagos y reparado el perjuicio?

h) El octavo: los terceros pagadores, ¿se subrogan en los derechos de los acreedores a los que se les pagó la reparación integral? Porque, en tales casos, estos imputados recuperan lo pagado por reparación.

i) Finalmente: ninguno de los imputados cumplirá con la obligación de prestar colaboración brindando información, atento a que alegarán el derecho constitucional a no incriminarse.

PRONTO PAGO LABORAL. TOPE DEL DERECHO AL COBRO

PRONO, Mariano R. y ZUVELA SIELLEZ, Magdalena

Síntesis

Si la concursada no tuviera fondos líquidos disponibles, el derecho de los acreedores laborales que gozan de pronto pago no puede superar el equivalente al 3% mensual del ingreso bruto de la concursada o el importe correspondiente a 4 salarios mínimos vitales y móviles para cada uno —el que fuera menor—, rigiendo ambos topes.

I.- Ley vigente

El artículo 16 LCQ establece que los créditos pronto pagables: "*serán abonados en su totalidad, si existieran fondos líquidos disponibles. En caso contrario y hasta que se detecte la existencia de los mismos por parte del síndico se deberá afectar el 3% mensual del ingreso bruto de la concursada. El síndico efectuará un plan de pago proporcional a los créditos y sus privilegios no pudiendo exceder cada pago individual en cada distribución un monto equivalente a cuatro salarios mínimos vitales y móviles*".

II.- Dudas sobre el alcance de la norma

La redacción del artículo mencionado genera dudas en cuanto a la aplicación del tope exigible a la concursada para afrontar los prontos pagos cuando no hubiera fondos líquidos disponibles. Esto genera posturas que afirman que solo rige el tope del 3% del ingreso bruto. Sostenemos que dicho límite se aplica en la medida que el monto que represente no supere el equivalente a 4 salarios mínimos vitales y móviles (SMVM) destinados al pago de cada acreedor.

Si bien la norma refiere a la obligación de depositar el 3% del ingreso bruto mensual a fin de solventar los prontos pagos, luego aclara que **tales pagos no pueden exceder** en cada distribución "*un monto equivalente a cuatro salarios mínimos, vitales y móviles*". En el supuesto de que el ingreso bruto de la concursada fuera elevado (posiblemente de gran magnitud, pero con poco margen de utilidad) y la aplicación del tope del 3% mensual sobre este conllevara un monto mayor a 4 SMVM, regirá este

último límite que tutela adecuadamente el derecho alimentario de los acreedores, lo que permite que la empresa concursada continúe en su actividad.

La intención del legislador fue tutelar el derecho alimentario que corresponde a los acreedores laborales, pero sin que tal erogación se torne en un elemento que potencialmente lleve a la empresa concursada a la quiebra, viole los principios que fundan la materia de la insolvencia y produzca —por ende— la pérdida de la fuente de trabajo de las personas (también con derecho alimentario) que continúan en funciones.

La consecuencia de las posibles interpretaciones no es menor, pues se dan situaciones en las que la concursada no puede afrontar el pago de los sueldos de los trabajadores en actividad, por lo que cada peso que se detrae de sus ingresos va en desmedro de esos pagos. Es un contrasentido que se priorice el pago de créditos laborales de personas que no trabajan más por sobre los salarios de aquellos que están en actividad. Es por eso que debe primar la interpretación propiciada, acorde con el principio que funda el derecho de la insolvencia (continuación de las empresas útiles y viables).

Así fue admitido en algunos procesos concursales (donde se tuvo por cumplido lo requerido depositando el tope de 4 SMVM)[502] y se determinó: "*El pago individual a cada acreedor no podrá exceder al monto equivalente a cuatro salarios, mínimos, vitales y móviles, pues este es el límite que establece el art. 16 de la ley de Concursos y Quiebras en su actual redacción*"[503], juzgando pertinente la Sala D de la CNCom. "*Disponer la elaboración por parte de la sindicatura de un plan de pagos en el que* […] *el pago individual a cada acreedor no podrá exceder al monto equivalente a cuatro salarios mínimos vitales y móviles, pues este es el límite que establece la LCQ 16*"[504].

Y la doctrina viene abriendo también camino. Favier Dubois[505] postula la necesidad de proteger la caja de la empresa concursada y propiciar —incluso— que los fondos generados no sean susceptibles de ser embargados por deudas posconcursales (pues deben ser utilizados prioritariamente para mantener la actividad de la concursada); con mucha más razón este fundamento avala la interpretación propuesta. Hace ya varios años Ví-

502 Vide "Celulosa Moldeada SA s/Concurso Preventivo – y grupo", expte. CUIJ 21-02008073-3 tramitado ante el Juzgado de Distrito en lo Civil y Comercial de la Séptima Nominación de la ciudad de Santa Fe.

503 CNCom., Sala C, "Colegio Saint Jean A.C.", 16/10/2009. DJ 05/05/2010,1201 – AR/JUR/48384/2009.

504 CNCom., Sala D, "Grupo Almar SRL s/concurso preventivo", 4/4/13, cita *on line* AR/JUR/23587/2013.

505 Favier Dubois, Eduardo M. *El crédito frente a la posmodernidad. Nuevos paradigmas en contratos, ejecuciones y concursos;* LL 29/04/21, p. 17; cita *on line* AR/DOC/1188/2021.

tolo afirmaba: "*Nada impide —sobre la base de la razonabilidad de los jueces— que se permita a la concursada presentar un plan alternativo de pago de los créditos 'prontopagables' sustentando su propuesta en el plan financiero de la empresa y su sustentabilidad*"[506]. Por su parte, Rouillon también afirma: "*En cada distribución ningún pago individual podrá exceder un monto equivalente a cuatro salaros mínimos vitales y móviles*"[507].

III.- Conclusión

Conforme a los argumentos expuestos sostenemos que, en el concurso preventivo, si no hubiera fondos líquidos disponibles, el derecho de los acreedores laborales que gozan de pronto pago no puede superar el equivalente al 3% mensual del ingreso bruto de la concursada o el importe correspondiente a 4 salarios mínimos, vitales y móviles para cada uno —el que fuera menor—, rigiendo ambos topes.

506 Vítolo, Daniel R.; *El nuevo régimen de pronto pago de los créditos laborales en el concurso preventivo bajo la ley 26.684;* en Doctrina Societaria y Concursal, Suplemento especial ley 26.684 de Concursos y Quiebras, agosto de 2011, Errepar.
507 Rouillon, Adolfo A.N.; *Régimen de Concursos y Quiebras. Ley 24.522*; Ed. Astrea, 16ª ed., 2ª. reimpresión, Bs.As. 2014, p. 83.

EL USO DE LA CRIPTOMONEDA PARA EL PRONTO PAGO LABORAL

COLL, Osvaldo Walter

Ponencia

Las criptomonedas son activos líquidos, cosas muebles inmateriales. La característica de tener un mercado y un mecanismo que facilitan su rápida transformación en dinero las asimilan a los fondos líquidos a los que refiere el artículo 16 LCQ, por lo que entendemos que deben formar parte de estos para poder ser aplicados al pronto pago laboral. La omisión del fallido en suministrar las claves para practicar su venta implica una conducta sancionable por el artículo 17 LCQ.

I.- Desarrollo de la ponencia

La aparición de las criptomonedas es un hecho novedoso, pero sobre todo un cambio de paradigma en materia monetaria. Enseñó John Maynard Keynes en su *Teoría general del empleo, el interés y la moneda*[508] que la moneda cumple tres funciones, la de medio de cambio, la de unidad de cuenta y la de acumulación de valor. De las tres, la más importante es la de acumulación de valor[509], agregando que aquellos cuyos ingresos exceden los gastos están en condiciones de dar los siguientes destinos al superávit, mantenerlo en efectivo —en cuyo caso no recibe utilidad—, transferirlos en carácter de préstamo —lo que genera un interés— u obtener bienes de capital —de los que se desconfía recibir un beneficio—. Las monedas digitales participan de estos efectos, pero con la revolucionaria novedad de no ser soberanas de ningún Estado[510]. Estas parecen escapar de esas cuestiones monetarias, tales como la propia masa monetaria, su expansión o contracción, la oferta monetaria y sus relaciones con la inflación de precios y la tasa de interés, por ejemplo. Se están insinuando cambios radicales en el funcionamiento y concepción de la moneda. No podemos hablar de monedas digitales sin referir al *blockchain* (cadena de bloques). Este es una suerte de registro contable que queda simultánea-

508 Publicada en 1936 por Ed. Palgrave Macmillan. Londres.
509 Dillard, Dudley. *La teoría económica de John Maynard Keynes*, pág 174. Madrid. 1960.
510 Vale destacar que recientemente la República de El Salvador ha adoptado al Bitcoin como moneda soberana.

mente asentado en todas las computadoras de quienes pueden controlar la totalidad de las operaciones realizadas. A estos los llaman mineros.

De este modo, la utilización productiva de este recurso sería un valor agregado sumamente importante en la proyección de una empresa. Estando la misma en una situación de cesación de pagos, puede llegar a ser un activo que la valorice. Según su valor, podría integrar el informe general, e incluso usarse al momento de la consideración de la homologación del acuerdo. También en el caso de adquisición de la empresa previsto por el artículo 48 LCQ, o en el supuesto de la valuación en el acuerdo preventivo extrajudicial (art. 72 inc. 2 LCQ) y por último en el supuesto de venta de la empresa en marcha en relación con el informe que solicita el artículo 190 LCQ.

Cabe preguntarse cuál es la naturaleza jurídica de esta moneda. Hay jurisprudencia de los Estados Unidos que la ha considerado equivalente a la moneda[511]. Para el derecho alemán se la ha reconocido como una unidad de cuenta[512]. De modo semejante, el Banco Central Europeo considera que se trata de una representación digital de valor.[513] Pensamos que desde el punto de vista legal no se trata de una verdadera moneda, ya que, al no estar emitida por un Estado, no tiene no tiene curso legal ni forzoso. Tampoco es moneda extranjera. Como un antecedente muy interesante, podemos citar la Resolución 300/2014 de la Unidad de Información Fiscal, que la ha definido como la representación digital de valor que puede ser objeto de comercio digital y cuyas funciones son la de constituir un medio de intercambio, una unidad de cuenta y/o una reserva de valor, pero que no tiene curso legal ni se emite ni se encuentra garantizada por ningún país o jurisdicción. En los términos de nuestro Código Civil y Comercial (CCC), se trataría de bienes asimilables a las cosas muebles que legisla el artículo 227, pero inmateriales, tales como la energía eléctrica o una marca. El problema es que estas tienen reconocimiento legal. El artículo 16 del CCC asimila la energía a las cosas materiales, y las marcas tienen su propia legislación en la ley 22.362. Sin embargo, el artículo 1.124 CCC permite que sea objeto de la compraventa la transferencia de títulos valores, los cuales por aplicación del artículo 1.850 CCC podrían ser inmateriales. Por otro lado, el artículo 958 CCC admite la libertad de celebrar contratos, salvo cuando esté prohibido por la ley. No hay, hasta ahora, norma que prohíba la comercialización de criptomonedas. Estamos, en consecuencia, frente a un fenómeno real no reconocido ni pro-

511 Corte Federal de Texas (2014). SEC vs. Shavers (Comisión de Bolsa y Valores de los Estados Unidos contra Trendon T. Shavers). Puede encontrarse en: www.lau.du.ed/cororate-goverment/securities-matter/shavers/SEC-vs-Shavers.

512 Chomczyk, Andrés. Status legal actual de los Bitcoins en la Argentina. *El Dial*. Buenos Aires, Argentina. 1, junio de 2018.

513 Gallego Sanchez, Esperanza, Fernandez Perez, Nuria. *Derecho de la Empresa y del Mercado*, pág. 251. Ed. Tirant Blanch. Valencia 2019.

hibido por el legislador. Es esta última la clave del tema. Su contratación no es contraria al orden público, la moral ni las buenas costumbres, como plantea el mencionado artículo 958. No se advierte entonces razón legal para considerar inválida su negociación. No habría motivo para declarar nulo un contrato que determine como forma de pago criptomonedas. Sin perjuicio de lo expuesto, el caso del Bitcoin pasa a tener el tratamiento de moneda extranjera a partir de la ley dictada el 9 de junio de 2021 por la República de El Salvador.

Otro tema distinto es la prueba del contrato. En este caso, el acuerdo que las partes pudieran celebrar —por ejemplo, en territorio argentino— quedará sometido a las leyes nacionales. Sin embargo, su ejecución —el pago en criptomonedas— se realizará a través de las redes de internet, cuyo registro queda en las computadoras que sostienen el sistema. Se tratará de una ejecución en forma trasnacional, aunque su prueba pueda determinarse simplemente accediendo a cualquier computadora. De este modo, la ejecución o inejecución del contrato es fácilmente demostrable para la ley argentina. Esto permite al acreedor de las criptomonedas reclamar su pago ante los tribunales locales. Su cumplimiento es una obligación de hacer o, en su caso, la entrega del dinero equivalente.

Sostenemos que la tenencia de criptomonedas puede ser tomada como sumas líquidas, a los efectos, el pronto pago (art. 16 LCQ). Pensamos que sería posible teniendo en cuenta la capacidad de inmediata realización que tiene este tipo de bienes. El referido artículo habla de "fondos líquidos", no refiere a "dinero en efectivo" o dinero de cuenta, como que el que está acreditado en las cuentas bancarias (M1 en conceptos de medición de la base monetaria). No puede perderse de vista que su tratamiento es el de bien sucedáneo de la moneda, por lo que no sería imposible considerarlo como un activo líquido. En ese caso, el síndico debería solicitar al concursado la liquidación y el pago laboral solicitado. La liquidación se podrá realizar en un mercado informal, sobre la base de las plataformas existentes. Ante la negativa del concursado a liquidar el activo, el síndico debería contar con las claves para acceder al sistema. Estas son privadas y están en posesión de la fallida. Al no haber registros públicos, no hay forma de acceder de modo compulsivo, por ello entendemos que la negativa del fallido autorizaría sanciones como la separación de la Administración en los términos del artículo 17 LCQ, debido a incurrir en el ocultamiento de bienes y la omisión de información. La fluctuación del precio siempre puede implicar para el fallido un argumento para oponerse a la liquidación, sin embargo, el interés superior del trabajador y la absoluta claridad de la ley no admiten, en nuestra opinión, tal oposición. Un tema distinto es pretender que no se trata de fondos líquidos, ya que requiere de un proceso de venta para su liquidación. Nos remitimos en esto a los párrafos ya expuestos. No obstante, insistimos que un depósito

bancario, por ejemplo, un plazo fijo ya vencido, también requiere de un proceso de liquidación, su acreditación en la cuenta, aceptando que no se trata de una venta. En virtud de lo expuesto, sostenemos que las criptomonedas pueden ser consideradas fondos líquidos a los efectos del cumplimiento del pronto pago laboral.

VERIFICACIÓN DE CRÉDITO LABORAL CONTROVERTIDO

FOSSATI, María Daniela

Ponencia

*Esta ponencia postula que a pesar de que la LCQ no lo contempla expresamente, el acreedor laboral titular de un crédito controvertido puede derechamente pedir verificación de su crédito vía incidental (art. 280 LCQ) y sin carga de costas; es decir, sin recurrir ni al pronto pago (art. 16 LCQ) ni al proceso de verificación tempestiva (art. 32 LCQ) incluso optando por ese incidente ante el juez concursal sin concurrir al fuero especial —laboral—, en tanto, frente a la necesidad de producir prueba respecto a los extremos de su crédito (*v.gr.*: falta o deficiente registración, despido con falsa causa o incorrecto encuadramiento del despido, las dos vías insinuatorias mencionadas previstas en la ley concursal resultarían en un rechazo cantado de su petición para recién en vía de revisión poder demostrar la causa controvertida de su acreencia, mientras que la propia laboral puede extender el juicio ordinario por muchos años e impedir la participación del trabajador en el proceso colectivo.*

I.- Introducción

El carácter de unicidad que informa al proceso concursal determina que el mismo se concrete ante un juez único y que frente a este se radiquen todas las cuestiones relativas a la resolución de su situación patrimonial, a través del fuero de atracción[514]. La ley 26.086 le ofrece al trabajador una excepción al fuero de atracción —tanto en el concurso como en la quiebra—, conforme artículo 21, inciso 2 de la LCQ, y le otorga la facultad de continuar con el proceso de conocimiento ante el juez laboral o bien suspender el mismo para concurrir a verificar su crédito en tempestiva conforme el artículo 32 de la LCQ.

En caso de optar por continuar con el proceso de conocimiento ante el juez laboral, seguramente la sentencia llegaría tarde para la fecha prevista en ese último caso, debido a las demoras en aquel fuero, y lo obligaría a concurrir conforme el artículo 56 de la LCQ, dentro del plazo de

514 Martínez, Verónica Francisca en "Jurisdicción y Competencia concursal: ¿simple medio ó verdadero cimiento de la universalidad concursal?". Segundo Congreso Iberoamericano de Derecho Concursal Mérida, Estado de Yucatán, México.

hasta 6 meses de obtenida sentencia firme, sin carga de costas.

La demora en el cobro del crédito del trabajador atenta contra la naturaleza alimentaria del mismo. El trabajador es el primer afectado por la crisis de la empresa y su crédito no tiene la misma naturaleza del crédito patrimonial ordinario cuyo titular sufrirá, sin duda también, conmociones económicas que pueden llegar a tener la misma gravedad que la del trabajador en una última instancia, en tanto cuanto le generen la quiebra, sin embargo, el crédito laboral no abastecido significa la imposibilidad inmediata de subsistencia y la pérdida del trabajo, la de la dignidad del trabajador[515].

El ordenamiento concursal, si bien no lo contempla expresamente, no prohíbe optar por la vía del incidente de verificación para insinuar los créditos controvertidos ante el juez concursal, lo que sin duda redundará en obtener sentencia con mayor celeridad mediante el trámite dispuesto en el artículo 280 de la LCQ, que transitando la vía ordinaria laboral y luego la verificatoria concursal.

Postulo que, para el reconocimiento de rubros derivados de una indemnización laboral controvertida, no es la única vía el acudir ante el juez laboral. Es de hacerse notar que el pronto pago tampoco es una opción para estos créditos controvertidos, porque conforme la letra del artículo 16 LCQ llevaría a un rechazo palmario; en el mismo camino estaría el trabajador si, haciendo caso al artículo 21, inciso 2 de la LCQ, inicia una verificación tempestiva ante el síndico (art. 32 LCQ), puesto que la prueba documental —que es la única posible en esa instancia— es insuficiente para acreditar los rubros cuestionados. Por otro lado, de no ser admitida la verificación tempestiva, queda la opción de la revisión mediante el artículo 37 de la LCQ, que a su vez cuenta con el recurso de apelación ante el rechazo de la revisión. Pero, en definitiva, este peregrinar del trabajador significaría enfrentarlo con el rechazo de su solicitud verificatoria para recién en la instancia revisora acceder a medios de prueba acordes, cuando esa imposibilidad de acreditar los rubros deriva de la propia naturaleza de su acreencia y no le es imputable al trabajador.

En definitiva, quedan entonces dos opciones válidas. La tradicional es acudir ante el juez laboral por juicio ordinario, cuya demora vulnera el carácter alimentario del crédito que constituye substancialmente la prestación tendiente a proveer el sustento de quien trabaja y su familia[516] y lo aleja hasta la sentencia del proceso colectivo. La otro opción, y más conveniente, es que derechamente el acreedor acuda vía incidente del

515 Dasso, Ariel A. en "La dilución del principio de colectividad o universalidad de acreedores en los procedimientos concursales menores o preventivos. el nuevo panorama concursal", Segundo Congreso Iberoamericano de Derecho Concursal Mérida, Estado de Yucatán, México.
516 Extraído de https://ar.vlex.com/vid/649391253.

artículo 280 de la LCQ, que —mediante la prueba pericial y testimonial además de la documental— ofrece amplias posibilidades de diligenciar prueba suficiente para acreditar los rubros controvertidos y goza también del beneficio de la gratuidad en la tramitación debido a la naturaleza del crédito[517].

II.- Distintas vías para solicitar la verificación del crédito: ventajas y desventajas

En caso de optar por reclamar su crédito en el fuero laboral, la desventaja es la demora de los procesos laborales ordinarios, que oscila desde el inicio de la demanda hasta el dictado de la sentencia de Cámara entre cuatro o cinco años. Recurrir en casación ante el Tribunal Superior de Justicia extiende el proceso otros dos o tres años[518]. En suma, un proceso ordinario laboral puede durar entre seis a ocho años. Hoy en Córdoba, con la vigencia de la ley 10.596 (originalmente prevista por el legislador para el 01/04/2020, pero que finalmente debido a la emergencia sanitaria comenzó a regir el 01/04/2021 —A.R. Nº1683"A",T.S.J.Cba.—), se implementó el procedimiento declarativo abreviado (PDA) en la Primera Circunscripción Judicial con asiento en la ciudad de Córdoba y respecto de los incisos "a", "f", "h" y "l" del artículo 83 bis[519] y en las sedes judiciales de las ciudades de Rio Cuarto, San Francisco y Villa María con idéntico alcance al previsto para la sede Capital. Su implementación de los supuestos será progresiva.

La Juez de Conciliación y Trabajo Sofía Andrea Keselman consideró: "El nuevo procedimiento declarativo abreviado importa un cambio de paradigma, con marcada acentuación de los principios de inmediación,

517 Art. 20 de la ley 20744. —Gratuidad. El trabajador o sus derecho-habientes gozarán del beneficio de la gratuidad en los procedimientos judiciales o administrativos derivados de la aplicación de esta ley, estatutos profesionales o convenciones colectivas de trabajo.

518 Extraído de https://comercioyjusticia.info/justicia/hasta-ocho-anos-puede-demorar-un-juicio-laboral-en-cordoba/.

519 "Artículo 83 bis.- Procederá el trámite declarativo abreviado en los supuestos en que se demande por las siguientes causas:

a) Indemnizaciones derivadas del despido directo sin invocación de causa, incluyendo la indemnización especial prevista en el artículo 2 de la Ley Nacional Nº 25323; […]

f) Demandas fundadas en el artículo 66 de la Ley Nacional Nº 20.744 —de Contrato de Trabajo— para el restablecimiento de las condiciones laborales alteradas; […]

h) Pago del salario correspondiente al mes de la extinción, el sueldo anual complementario y vacaciones, cualquiera sea la causal de la extinción del vínculo; […]

l) Demandas derivadas del Régimen de Riesgos del Trabajo cuando el accidente de trabajo o enfermedad profesional estuviere reconocido por la Comisión Médica Jurisdiccional dependiente de la Superintendencia de Riesgos del Trabajo y se cuestione exclusivamente la determinación del grado de incapacidad según los baremos o el monto de la indemnización correspondiente según las tarifas legales y en función de la remuneración denunciada en la instancia administrativa".

celeridad, concentración, economía procesal, buena fe y colaboración procesal. Agrega que los operadores jurídicos consideran contar con un proceso ágil, sencillo y concentrado para hacer valer los derechos de los justiciables que representan"[520]. Es un proceso de audiencia única con el fin de conciliar a las partes, en su caso fijar el objeto de controversia y proveer la prueba pertinente (con un cuarto intermedio para su producción) y, de ser posible, el pronunciamiento de la sentencia en ese momento. Así se ha mejorado. Pero los supuestos para encuadrar en el PDA son pocos y se limitan solo a cuatro hipótesis. Se excluye entonces el reclamo por trabajo no registrado, o registrado defectuosamente, o el cuestionamiento de la causal de despido, entre otros, con lo cual la vía de reclamo para los créditos controvertidos sigue siendo el prolongado juicio ordinario laboral.

Dentro de las opciones de la LCQ —como dije— se encuentra la verificación tempestiva (art. 32 LCQ) ante el síndico, debiendo indicar monto, causa y privilegio y acompañar la prueba documental en que se funda el derecho. Las ventajas son la celeridad y la exclusión del pago de arancel por ser un crédito laboral, pero la desventaja es la amplia probabilidad de que la resolución declare inadmisible al crédito —como ya se expuso— por falta de prueba, y la necesidad de ir a una revisión. Con lo cual, en caso de encontrarse dentro del plazo de verificación a fin de contar con mayores posibilidades para probar el crédito controvertido, lo óptimo sería, como se postula, derechamente iniciar el incidente de verificación del artículo 280 de la LCQ, sin verificar tempestivamente lo que derivaría en ese seguro rechazo del crédito controvertido. No tiene sentido obligar al trabajador a acudir en tempestiva para recién luego en la revisión, que tramita por 280 LCQ, pueda revertir el seguro rechazo al ofrecer prueba pertinente.

La otra opción que ofrece la ley es la verificación tardía (art. 56 LCQ) vencido el término legal para formular los pedidos de verificación ante el síndico[521]. El plazo de prescripción para interponer la verificación es de dos años desde la apertura del concurso, que sería la vía de insinuación luego del juicio laboral ordinario, la que también tiene prevista la vía incidental para su tramitación (arts. 280 y ss. de la ley 24.522). En este sentido, al ser un verdadero proceso de conocimiento pleno, es carga procesal del incidentista probar fehacientemente los extremos fácticos de su pretensión[522]. La ventaja es la amplitud de prueba del trámite incidental y la desventaja son las costas que dependerán del criterio

520 Extraído de https://comercioyjusticia.info/justicia/el-termometro-de-la-practica-a-tres-meses-de-la-reforma-laboral-procesal/?fbclid=IwAR05bqTUCROzFDjhOAmMK35QGjAORRTiTvx3VlHJolIsjMsAeQRp-icEdkw.

521 C. Civ. Y Com. Rosario, Sala 1ª, 28/06/1993, JA 1995-IV, síntesis.

522 Di Tullio, José Antonio. Teoría y Práctica de la Verificación de Créditos. Ed. LexisNexis. Año 2006, p. 159.

del tribunal, ya que no es este el caso en que la ley no considera tardía la verificación, como ocurre cuando el título verificatorio fuera una sentencia dictada ante otro tribunal, e integra de este modo la excepción del artículo 21, inciso 2, en tanto fuese interpuesta, pese a vencido el plazo prescriptivo, dentro de los 6 meses de firme la sentencia.

III.- Consideraciones finales

Al tratarse de créditos laborales controvertidos, se aplican las reglas probatorias derivadas del derecho del trabajo, conforme lo estipulado en el artículo 273, inciso 9 de la LCQ. De este modo, rigen los principios y normas del derecho del trabajo, tal como el principio *in dubio pro operario*. Pero ello no significa dejar de ser diligente con la prueba a aportar al proceso.

Los rubros controvertidos a acreditar, tales como el propio vínculo laboral en caso de una relación laboral no registrada ante los organismos oficiales, y lo que de ella se desprende para realizar el cálculo de los rubros indemnizatorios (a fin de cumplir con la determinación de monto, causa y privilegio en la verificación), es decir la remuneración normal, habitual y mensual, la tarea y categoría por CCT de la actividad, la antigüedad y la jornada laboral, no se acreditan en caso de falta de registración, por lo general, solamente con documental, sino especialmente mediante testigos. Asimismo, la prueba testimonial resulta imprescindible para acreditar las comisiones "en negro", o la defectuosa registración al consignar una fecha de ingreso posterior a la real, o una registración como media jornada al trabajador cuando en realidad cumplió jornada completa, o registrarlo en una categoría inferior respecto de la que debería en razón de la tarea cumplida, o cuando la causal de despido esgrimida por la patronal no es real, utilizando motivos que hacen procedente la indemnización atenuada del artículo 247 de la LCT para motivar su despido, tales como fuerza mayor, falta o disminución de trabajo o la quiebra o concurso del empleador por circunstancias no imputables al empleador. Todas estas cuestiones son las controversias habituales que impiden el reconocimiento del crédito laboral en su verdadera extensión en la etapa tempestiva del proceso y obstaculizan su pronto pago y son maniobras habituales en empresas en crisis.

La celeridad de los procesos judiciales es esencial en la dinámica de las relaciones laborales y en la política laboral. La demora de los procesos es un disvalor del orden que produce denegatoria de justicia[523]. Es por ello que, en función de la celeridad en el trámite y amplitud de prueba, así

523 Grisolía, Julio Armando. *La importancia de la Justicia del Trabajo en la dinámica de las relaciones laborales*._www.saij.jus.gov.ar. Id SAIJ: DACC080096. Noviembre de 2008.

como por economía procesal, resulta conveniente para la verificación de créditos laborales controvertidos admitir derechamente el incidente de verificación dispuesto en el artículo 280 de la LCQ y evitar el tránsito por el ordinario laboral o el seguro rechazo de la insinuación en la oportunidad del artículo 32 LCQ.

VIABILIDAD DE FÓRMULAS CONSENSUADAS DE CUMPLIMIENTO DE CRÉDITOS PRONTOPAGABLES

GARCÍA, Silvana M.

Ponencia

Nada impide a la concursada presentar una fórmula alternativa de pago de los créditos "prontopagables" diferente a la regulada por el artículo 16 de la LCQ. En función de favorecer el cumplimiento de las obligaciones laborales con derecho al pronto pago, es perfectamente convalidable una solución acordada en cuanto al modo de atender esos créditos. Será necesario cotejar —por la sindicatura y el tribunal— que los acuerdos celebrados respeten ciertas pautas, a fin de no quebrantar principios concursales.

I.- Desarrollo

Tal como emerge del artículo 16 LCQ, el derecho a pronto pago debe efectivizarse en las condiciones y conforme lo estipulado por el mencionado dispositivo, esto es: el pago total con fondos líquidos disponibles para así hacerlo, o de no existir esa posibilidad, el pago prorrateado, con fondos que se aúnen por la afectación del 3% de los ingresos brutos mensuales de la concursada. Ninguno de los pagos puede exceder el valor de cuatro salarios mínimos vitales y móviles (SMVM).

Sin embargo, nada impide a la concursada presentar una fórmula alternativa de pago de los créditos "prontopagables" basando su propuesta en el plan financiero de la empresa y su sustentabilidad[524].

Compartimos el criterio, en aras de la conservación y quizás racionalización de la actividad empresaria postconcursal, que podría verse seriamente trastocada en el flujo previsto de ingresos si, como emerge del régimen de satisfacción de los créditos prontopagables, "la caja" resulta muy comprometida en su existencia y evolución por el peso, que en lo concreto de la realidad empresaria de que se trate pudiera ejercer el

524 Vitolo, Daniel Roque "El nuevo régimen de pronto pago de los créditos laborales en el Concurso Preventivo bajo la ley 26.684" Doctrina Societaria y Concursal, Suplemento especial ley 26.684 de Concursos y Quiebras, agosto de 2011, p. 70, Errepar.

volumen de créditos prontopagables reconocidos en el trámite.

El esfuerzo de la concursada bien puede ser acompañado por los trabajadores[525] para salir de la crisis y conservar también la fuente de trabajo.

Siendo que los acreedores laborales pueden renunciar a su privilegio justamente con el objetivo de apoyar la salida concordataria[526], y aceptar una propuesta de acuerdo del deudor, con más razón pueden acordar plazos y/o formas de cumplimiento diferentes de la prevista en el artículo 16, para percibir su acreencia prontopagable.

Pensamos así que, en función de favorecer el cumplimiento de las obligaciones laborales con derecho al pronto pago, es perfectamente convalidable una solución acordada en cuanto al modo de atender esos créditos. La propuesta encuentra apoyo en antecedentes de jurisprudencia[527].

De todos modos, consideramos necesario cotejar —por la sindicatura y el tribunal— que los acuerdos celebrados respeten ciertas pautas, a fin de no quebrantar principios concursales. Así:

- No pueden implicar, individualmente, un modo de cumplimiento más ventajoso que los demás prontopagables.
- Deben involucrar a todos los créditos reconocidos con ese derecho (de modo automático o por pedido de parte) y no pueden integrar créditos que al momento de celebrarse no cuenten con ese reconocimiento.
- De pactarse el pago en cuotas, el monto mensual involucrado en cada una no debe exceder el tope de cuatro SMVM en relación a cada acreedor. Asimismo, deben respetarse las previsiones relativas a los pagos laborales estipuladas por el artículo 277 LCT.
- Deben sustentarse en un flujo de fondos proyectado que evidencie la viabilidad de su cumplimiento. Esto podrá ser cotejado por la sindicatura al elaborar su informe mensual.
- No resulta exigible la intervención sindical en la formalización de los arreglos, pero cuanto menos se entiende necesaria la participación y ratificación por parte del o los representante/s de

525 Si bien no todos los titulares de créditos prontopagables continúan siendo trabajadores, ello no es necesariamente así.
526 La LCQ insta a esa renuncia como modo de apoyar al deudor. No otra conclusión puede inferirse del hecho de que, en caso de fracaso del concurso, el acreedor laboral recupera el privilegio en tanto hubiera **votado favorablemente** la propuesta (art. 43 LCQ).
527 CNCom. Sala A, 20-11-08 "Pesquera San Isidro S.A s/ concurso preventivo s/inc. de apelación"; JNCom. 6, Sec. 11, 12-9-06 "Alimentaria del Sur Argentino ADESA S.A s/ conc. Prev"; JNCom. 6, Sec. 12, 31-8-06 "Redlojo Entertainment S.A s/ concurso preventivo" citados por Villoldo, Juan A. "Pronto pago laboral: algunas cuestiones sobre su ejecutividad y procedencia" Sup. CyQ 2009 (junio), 05/06/2009, 1 – LA LEY 2009-D, 861.

los trabajadores integrante/s del comité de control. Asimismo, requieren de patrocinio letrado.

- Los respectivos acuerdos —celebrados con o sin intervención de autoridad administrativa— deben someterse a convalidación del tribunal concursal (se trata de una modificación al régimen legal de autorización de pago de créditos preconcursales —art. 16 LCQ—).

Sin perjuicio de ello, el juez podrá, con posterioridad, excluir del acuerdo celebrado y adelantar el cumplimiento respecto de los acreedores que se encuentren en las circunstancias excepcionales previstas en la norma (art. 16, antepenúltimo párrafo).

DERECHO Concursal / PERSPECTIVAS ACTUALES

TOMO I: INSTITUCIONES Y PRINCIPIOS CONCURSALES

EBOOK

ACTUALIZACIÓN DE LAS REGLAS DE COMPETENCIA Y DEL CONCURSO EXTRANACIONAL

UNIVERSIDAD NACIONAL DEL SUR
Departamento de Derecho - Bahía Blanca, 2021

LA GLOBALIZACIÓN DE LA INSOLVENCIA Y LA NECESIDAD DE UNA REFORMA DE LA LEY CONCURSAL

GAMBONE, Vittoria María Sofía y LORENTE, Javier Armando

I.- Introducción y vergüenza

Es de notorio y público conocimiento que la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI, en español o UNCITRAL en inglés) aprobó en 1997 la Ley Modelo sobre Insolvencia Transfronteriza, que puso a disposición de todos los países miembros para que la adoptaran y, en su caso, adaptaran a la legislación interna concursal.

Por razones obvias, la Ley de Concursos y Quiebras (LCQ) de 1995 no pudo haber tomado nada de la Ley Modelo, aunque sí se le puede reprochar que haya dejado intocado al artículo 4 LCQ, que es poco entendible en algunas porciones e indefendible en otras. Pero tal condescendencia no puede tenerse con las ulteriores reformas introducidas a la LCQ en los años posteriores a 1997. De la reforma mediante la ley 25.589 de 2002 puede decirse que fue una ley coyuntural para mejorar (y así lo hizo) el sistema concursal postemergencia, y la única defensa que puede darse para las leyes 26.086 (2006) y 26.684 (2011) es que no fueron verdaderas reformas al régimen concursal, sino reformas exclusivamente enfocadas en la situación de los acreedores laborales y trabajadores ante el escenario concursal[528]. Pero nos resulta inexplicable y motivo de sentida vergüenza que en nuestro medio no se haya aun adoptado o adaptado la Ley Modelo de 1997 ni tampoco, claro está, la más reciente sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Relacionadas con Casos de Insolvencia.

A la fecha de elaboración de la presente ponencia, se ha aprobado legislación basada en la Ley Modelo de 1997 en 49 Estados, con un total de 53 jurisdicciones, muchísimas de ellas de enorme peso en el escenario mundial. Pero para que el sentido de vergüenza sea aún más patente, mencionamos solo aquellos países de Latinoamérica que sí han adoptado dicha Ley Modelo y desde cuándo: México en su Ley Federal de Concursos

528 Con excepción, parcial, de la inexplicable e insostenible reforma al artículo 21, que dispuso la no atracción de los juicios de conocimiento.

Mercantiles en el año 2000, Colombia mediante la ley 1.116 en el año 2006, Chile en su Ley de Insolvencia y Reemprendimiento Nº 20.720 del año 2013, y recientemente Brasil, en su reforma concursal aprobada el 24 de diciembre de 2020. Y no es que en Argentina no hayan existido proyectos o anteproyectos para incorporar la Ley Modelo de 1997, pues los hubo y los hay incluso hoy, pero precisamente eso refuerza el oprobio: es por mezquindad y/o miopía política que dichos proyectos no fueron aprobados.

II.- Síntesis muy básica de los elementos transnacionales en el derecho concursal argentino

En la Argentina existen apenas dos cuerpos normativos que tratan problemas de insolvencia transfronteriza. Unos de fuente internacional, consistente en los Tratados de Montevideo de 1889 y 1940 —respecto de los cuales no nos detendremos en la presente ponencia—, y otros de fuente interna, los artículos 2 —inciso 2—, 3 —inciso 5— y 4 LCQ.

Los artículos 2 y 3 prevén la posibilidad de la apertura de un concurso de personas físicas y/o jurídicas domiciliadas en el extranjero, únicamente respecto de bienes existentes en el país. El artículo 4, por su parte, prevé dos supuestos. Uno, el de los concursos declarados en el extranjero, cuya apertura se erige como causal suficiente para que el deudor o sus acreedores pidan la apertura del concurso local, pero únicamente respecto de créditos que deban pagarse en el país y en relación a bienes existentes en territorio argentino, determinando además que el concurso abierto en el extranjero no puede ser invocado contra los acreedores locales, ni para disputar derechos sobre bienes existentes en el territorio ni para anular los actos que hayan celebrado con el concursado. El otro, que indica que una vez declarada la quiebra en el país los acreedores pertenecientes al concurso formado en el extranjero actuarán únicamente sobre el saldo, una vez satisfechos los demás créditos verificados en aquella, aunque resultara completamente disvalioso e insoportable afirmar que el primera párrafo *in fine* y el segundo párrafo del artículo 4 otorgan un trato preferente a los acreedores locales en desmedro de los extranjeros.

Al respecto, corresponde precisar que si bien el artículo 4 se refiere a un concurso preventivo, lo cierto es que únicamente regula el supuesto de la quiebra, porque la apertura del concurso a pedido del acreedor únicamente puede ser por quiebra (conf. art. 77, inc. 2) y el saldo a que hace mención el artículo exclusivamente puede existir en la quiebra (conf. art. 228)[529], y más específicamente en la quiebra que concluye por

529 Heredia, Pablo D. *Tratado exegético de derecho concursal. Ley 24.522 y modificatorias. Comentada, anotada y concordada*, Ed. Depalma, 2000, Buenos Aires, T. 1, p. 288.

pago total.

La parte final del primer párrafo y el párrafo segundo del artículo 4 han sido ampliamente cuestionados. Partiendo de la premisa de la existencia de una pluralidad de concursos, es decir, uno abierto en la Argentina y por lo menos otro abierto en el exterior, el artículo 4 en su párrafo segundo solamente reconoce un derecho de los acreedores pertenecientes al concurso formado fuera de nuestro país sobre el saldo que quede en la quiebra local, después de pagados los créditos de los acreedores locales. Nuestra legislación interna establece lo que se ha denominado "sistema de las preferencias nacionales", que privilegia a los acreedores del concurso abierto en la República por sobre los acreedores del concurso abierto en el extranjero. Sin perjuicio de la aludida crítica en doctrina, la jurisprudencia nacional no ha encontrado óbices constitucionales al citado "sistema de preferencias", señalando que no afecta la igualdad ante la ley ni el principio de igualdad ante nacionales y extranjeros, atento a que no se basa en la nacionalidad del acreedor, sino el lugar de pago del crédito.[530] Los autores de la presente ponencia nos enrolamos en la teoría que propicia la crítica al precepto normativo en comentario, por erigirse el mismo como contrario a la igualdad de trato y libre acceso a la justicia previsto por el artículo 2.610 del CCC.

El párrafo cuarto refiere a la regla de la reciprocidad (hoy desdeñada y reprochada casi unánimemente a nivel mundial) y establece que, cuando un acreedor cuyo crédito es pagable en el extranjero pretenda hacer valer su acreencia en el concurso del deudor abierto en Argentina, deberá acreditar que, en un concurso abierto en su país de origen, un acreedor cuya acreencia sea pagadera en Argentina pueda ser admitido a verificar su crédito en igualdad de condiciones. Una nueva violación al principio de igualdad ante la ley de los acreedores.

III.- Teoría de la universalidad vs. teoría de la territorialidad

Abordar la temática de la insolvencia transfronteriza nos lleva a analizar las dos teorías tradicionales existentes al respecto: la teoría de la universalidad y la de la territorialidad.

La teoría de la universalidad se erige en la idea de que un solo tribunal debe ser el competente para entender en todas las cuestiones relacionadas con la insolvencia de un deudor, sin importar el lugar en que estén ubicados los bienes de dicho deudor y sin importar el origen de sus acreedores, que bien podrán ser nacionales o extranjeros. Siguiendo los lineamientos de la teoría de la universalidad, todos los bienes propiedad de un deudor

530 Heredia, Pablo D. *Tratado exegético de derecho concursal. Ley 24.522 y modificatorias. Comentada, anotada y concordada*, Ed. Depalma, 2000, Buenos Aires, T. 1, p. 295.

insolvente, independientemente del lugar donde se encuentren, deben ser puestos a disposición del síndico del país en que tramita el concurso preventivo o la quiebra. Asimismo, todos los acreedores, prescindiendo del lugar donde sea pagadero su crédito, deberán concurrir a verificar sus acreencias ante el tribunal concursal. Por último, esta teoría propugna, a todos los efectos, la aplicación de la ley del tribunal donde tramite el concurso.

En las antípodas se ubica la teoría de la territorialidad, teoría seguida por nuestro ordenamiento concursal. La referida teoría entiende que la competencia de un tribunal concursal alcanza únicamente a los bienes existentes en el país del que se tratare y a los actos que el deudor insolvente haya realizado en dicho territorio. Esta teoría beneficia a los acreedores locales, atento a que ningún acreedor foráneo que sea parte en un procedimiento de concurso o quiebra abierto en el exterior podría pretender cobrarse de los bienes existentes en dicho país. En conclusión, la teoría territorialista avala la apertura de tantos concursos preventivos o quiebras cuantos bienes tenga el deudor insolvente radicados en diferentes países. Cada país será competente para entender respecto de los bienes ubicados en su territorio, y puede darse la existencia de procesos universales simultáneos o sucesivos.

Siendo que ambas teorías, en sus posturas extremas son, *per se*, imposibles de sostener legislativamente (más allá de que los autores pueden —y deben— inclinarse por una u otra), lo cierto e innegable es que hay que legislar para que exista coordinación y colaboración entre los diferentes procesos concursales transnacionales y reconocimiento, colaboración y acatamiento de lo decidido por jueces concursales extranjeros. Precisamente ese es el esfuerzo desplegado por años desde UNCITRAL que la Argentina ha venido ignorando.

IV.- Las Leyes Modelo de UNCITRAL sobre Insolvencia Transfronteriza de 1997 y sobre el Reconocimiento y la Ejecución de Sentencias Relacionadas con Casos de Insolvencia de 2018

Las Leyes Modelos referidas vienen a tratar de superar y conciliar las teorías analizadas, respetando siempre la soberanía de cada Estado y el derecho procesal interno. Estas leyes son de aplicación a aquellos casos en que el deudor insolvente tiene bienes radicados en más de un país y/o acreedores cuyas acreencias son pagaderas en distintos Estados. Como bien puede observarse de sus textos, no se trata de una normativa de fondo, sino más bien de la exposición de una serie de criterios de cooperación entre tribunales, de validación de la actuación de un tribunal extranjero respecto de los activos comunes y la validación de un síndico único.

Como afirma Rouillon[531], se trata de una propuesta realista, alejada de las fantasías inalcanzables de la legislación sustantiva concursal unificada o de la universalidad o unidad concursal más allá de las fronteras nacionales y que su realismo finca, sobre todo, en ofrecer soluciones modestas pero significativas y alcanzables, ya que pueden ser fácil y rápidamente adoptadas por todos los países, cualquiera fuese la orientación, los objetivos y principios inspiradores de sus respectivos derechos internos sobre insolvencia.

V.- Análisis de los criterios principales de las Leyes Modelo

1. Ley Modelo sobre Insolvencia Transfronteriza

Procedimiento extranjero "principal" y procedimiento extranjero "no principal"

La Ley Modelo prevé la apertura de un "procedimiento principal" en el Estado donde el deudor tenga el centro de sus principales intereses, y de tantos "procedimientos no principales" o secundarios en todos aquellos Estados donde el deudor también ejerza su actividad económica y/o tenga bienes. El modelo propuesto tiene como objetivo obtener el control del total de bienes del concursado —independientemente de su ubicación— y para que ello resulte exitoso la ley hace especial hincapié en la cooperación y la comunicación que debe existir entre el juez del proceso principal y el representante del concurso con los tribunales extranjeros. Conforme lo expone Dasso[532], puede tildarse de ser el mayor desafío poder cooperar con eficiencia y rapidez para mantener el valor de los bienes del deudor y evitar la "chatarrización" de sus activos. Los mecanismos de cooperación transfronteriza establecidos por la Ley Modelo tienen por finalidad combatir el fraude internacional.

El representante del concurso

La Ley Modelo regula la figura del "representante extranjero", que consiste en la persona o el órgano designado en un procedimiento extranjero principal, dotado de facultades suficientes para administrar la reorganización o la liquidación de los bienes o negocios del deudor. Los representantes tienen diversos objetivos, entre ellos:

1. comparecer ante los tribunales extranjeros solicitando el reconocimiento de los procesos concursales principales y

531 Ver Rouillon, Adolfo A. N., "Concursos con repercusión transnacional. La Ley Modelo de la Cnudmi (Uncitral) sobre Insolvencia Transfronteriza", LL, Academia Nacional de Derecho, 2000, p. 144.
532 Dasso, Ariel G., La quiebra transnacional, *Criterio Jurídico*, V. 5, pp. 113-126, 2005.

propiciando la apertura de procedimientos secundarios;

2. adoptar las medidas que fueran necesarias para proteger los bienes del deudor y los intereses de los acreedores;
3. procurar la administración o la realización de todos o de parte de los bienes del deudor, en los diversos territorios en que se encuentren.

La Ley pretende otorgar a los representantes un acceso directo y rápido a los tribunales extranjeros, evitando tener que recurrir a vías diplomáticas o consulares. Como bien puede observarse, la figura del representante del concurso tiende a facilitar la cooperación y la comunicación entre los diversos tribunales extranjeros donde tramiten los procedimientos falenciales de un mismo deudor. En nuestro ordenamiento concursal si bien la figura del "representante del concurso" encuentra su correlato en la figura de la sindicatura, lo cierto es que no existe ninguna norma que contemple el reconocimiento de las sentencias dictadas en un proceso concursal extranjero, o que le reconozca facultades a los síndicos designados en un proceso de insolvencia extranjero.

Acreedores

En relación al tratamiento que debe ser dispensado a los acreedores del deudor, la Ley Modelo parte de la base de la igualdad entre los acreedores locales y extranjeros, y reconoce a ambas clases de acreedores la facultad de solicitar la apertura del concurso o participar en él, así como dispone la obligación de notificar la apertura del concurso en el domicilio de cada acreedor extranjero. Asimismo, establece que no se asignará a los créditos extranjeros una prelación inferior a los créditos de los quirografarios locales, sin embargo, otorga la posibilidad al Estado donde tramite el proceso principal de excluir de su procedimiento local los créditos fiscales o de seguridad social extranjeros. En nuestro ordenamiento concursal, lo acreedores locales son aquellos cuyos créditos son pagaderos en la Argentina y los acreedores extranjeros son aquellos cuyos créditos son pagaderos en el extranjero. De conformidad con lo normado por el artículo 4 LCQ, en el primer caso el acreedor puede solicitar la apertura del concurso de su deudor en el país; en el segundo caso, el acreedor extranjero que pretenda verificar su crédito en la Argentina, no existiendo concurso abierto en el exterior, deberá probar la existencia de igualdad de condiciones para que un crédito pagadero en la Argentina pueda ser verificado y cobrado en su país de origen.

Reconocimiento de sentencia concursal extranjera

La Ley Modelo propicia que el reconocimiento de sentencias concursales extranjeras o de otras resoluciones judiciales dictadas en un proceso

concursal extranjero se lleve a cabo sin mayores formalidades, tales como exhortos diplomáticos o procedimientos de *exequatur*. En efecto, la ley establece que, salvo prueba en contrario, el reconocimiento de un procedimiento extranjero principal constituirá prueba válida de que el deudor es insolvente a los efectos de la apertura de un procedimiento concursal secundario. Finalmente, se establecen una presunción de insolvencia por procedimiento extranjero principal y una regla de pago para procedimientos paralelos. En nuestro ordenamiento concursal, si bien el primer párrafo del artículo 4 LCQ establece que la declaración de concurso en el extranjero es causal para la apertura del concurso en el país, no existe una norma positiva que le otorgue reconocimiento pleno a las sentencias dictadas en un proceso concursal extranjero.

2. Ley Modelo sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias

Ámbito de aplicación

Esta Ley Modelo de 2018 prevé el reconocimiento de sentencias relacionadas a un procedimiento de insolvencia tramitado en el extranjero. Se trata de sentencias dictadas como consecuencia de un procedimiento de insolvencia o sustancialmente vinculadas a dicho procedimiento. Se ha considerado que pertenecen a esta categoría, entre otras, las sentencias relacionadas con las siguientes cuestiones: las sentencias relativas a la constitución y la enajenación de los bienes de la masa de la insolvencia, en las que se determine, por ejemplo, si un bien forma parte de la masa de la insolvencia, o debe ser entregado a esta, o fue enajenado en forma debida (o indebida) por ella; las sentencias que determinan si debe anularse una operación relacionada con el deudor o con bienes de la masa de la insolvencia por no respetar el principio del trato equitativo de los acreedores (operaciones preferenciales) o disminuir indebidamente el valor de los bienes de la masa (operaciones de contravalor insuficiente); las sentencias que determinan si un representante o director del deudor es responsable de las medidas adoptadas cuando el deudor era insolvente o en el período cercano a la insolvencia; los procesos judiciales sobre el orden de prelación de los acreedores respecto del cobro de un crédito; las controversias entre un representante de la insolvencia y un deudor sobre la inclusión de un bien en la masa de la insolvencia; la aprobación de un plan de reorganización; la exoneración de una deuda remanente; las acciones sobre la responsabilidad del representante de la insolvencia por daños y perjuicios; las acciones de un acreedor destinadas a que se revoque la decisión de un representante de la insolvencia de reconocer el crédito de otro acreedor; y los créditos de un representante de la insolvencia basados en un determinado privilegio establecido en el régimen de la insolvencia.

El representante de la insolvencia

Al igual que en la Ley Modelo de 1997, se regula la figura del "representante de la insolvencia", que consiste en la persona o el órgano autorizado para actuar en un Estado extranjero respecto de una sentencia relacionada con un caso de insolvencia dictada en otro Estado. La ley le otorga al representante la facultad de solicitar, en el ínterin entre que se solicita el reconocimiento y ejecución de una sentencia hasta que se dicte una resolución al respecto, todas aquellas medidas de carácter previsional que resguarden la posibilidad de hacer efectiva la sentencia. Entre ellas, la más importante, la suspensión de la enajenación de los bienes contra los que se haya dictado la sentencia.

Requisitos para el reconocimiento y motivos para la denegación

La Ley Modelo establece ciertos requisitos para el reconocimiento de estas sentencias, a saber:

1. que no sea contraria al orden público;
2. que produzca efectos y sea ejecutable en el Estado de origen;
3. que se trate de una sentencia firme —en efecto, se prevé específicamente que el reconocimiento o la ejecución de la sentencia podrá aplazarse o denegarse si la sentencia está siendo revisada en el Estado de origen o si no ha vencido el plazo para interponer un recurso ordinario de revisión en dicho Estado—;
4. que sea oída toda persona contra la cual se pretenda el reconocimiento o la ejecución de la sentencia.

Asimismo, la Ley Modelo detalla una serie de motivos para denegar el reconocimiento y ejecución de una sentencia. Entre ellos encontramos los siguientes:

1. que la parte contra la cual se entabló el procedimiento que dio origen a la sentencia no haya sido debidamente notificada y no se haya respetado su derecho de defensa;
2. que la sentencia se haya obtenido de manera fraudulenta;
3. que la sentencia extranjera sea incompatible con una sentencia dictada en la República en un litigio relacionado con las mismas partes;
4. que la sentencia extranjera sea incompatible con una sentencia

anterior dictada en otro Estado;

5. que la sentencia afecte los derechos de los acreedores;
6. que haya sido dictada por un tribunal incompetente.

Equivalencia y divisibilidad

Por último, la Ley Modelo prevé que, cuando ello sea posible, podrá reconocerse y ejecutarse una parte separable de la sentencia. Una vez reconocida, la sentencia tendrá los mismos efectos que habría tenido si hubiera sido dictada por un tribunal nacional.

VI.- Conclusión

En conclusión: "La República Argentina debe imperativamente actualizar y ajustar su régimen concursal adoptando y adaptando aquellas reglas provenientes de la Leyes Modelo de Uncitral para procesos concursales con elementos transfronterizos, como ser acreedores, bienes o negocios".

Como sostiene Rouillon, es imperiosa la regulación adecuada que tome en cuenta los objetivos que propone la Ley Modelo de UNCITRAL e incorpore dicha ley en su parte pertinente o, en tal caso, adapte sus objetivos respetando la ley interna de la nación, pero con miras a lograr la protección de las partes intervinientes y la mayor eficacia posible en la asignación de los recursos si de una quiebra liquidativa se tratare y no ya solamente de una reestructuración empresaria[533].

533 Ver www.iiiglobal.org. Rouillon, Adolfo A. N., "Concursos con repercusión transnacional. La Ley Modelo de la CNUDMI (UNCITRAL) sobre Insolvencia Transfronteriza", LL, Academia Nacional de Derecho, 2000.

CRISIS GLOBAL POR LA PANDEMIA DE COVID-19 E INSOLVENCIA TRANSFRONTERIZA. LA NECESIDAD DE UN RÉGIMEN ADECUADO Y EFICAZ PARA LOS CONCURSOS CON ELEMENTOS EXTRANJEROS

GERBAUDO, Germán E.

Ponencia

La crisis por la pandemia de COVID-19 realzó la necesidad de contar con un adecuado régimen en materia de insolvencia transfronteriza. En tal sentido, consideramos que debemos buscar un sistema en materia de insolvencia transfronteriza que siga los lineamientos de la Ley Modelo de UNCITRAL, como en el 2018 postuló el anteproyecto presentado por el Ministerio de Justicia y de Derechos Humanos.

I.- Introducción

El COVID-19 genera consecuencias impensadas en la humanidad. En este tiempo de globalización y posmodernidad, se transita por una emergencia sanitaria a escala planetaria con daños humanos, económicos y sociales de carácter extraordinarios.

Nos encontramos atravesando una crisis global imprevisible e inevitable. El mundo ha cambiado e impera la incertidumbre, dado que no sabemos cuándo se superará la crisis. Esta es diferente a las anteriores, porque se manifiesta de manera global y no solo es económica, sino también sanitaria, y ha provocado una viralización de la insolvencia hasta ahora impensada[534].

Al tratarse de una crisis de carácter global, pensamos que es indispensable contar con reglas adecuadas en materia de insolvencia transfronteriza. En tal sentido, sostenemos que se trata de una oportunidad para modernizar nuestro régimen en materia de insolvencia transfronteriza. Por este motivo, en esta ponencia, expresamos la ineficacia del régimen actual de derecho internacional privado de fuente interna para enfrentar los concursos con elementos extranjeros y sostenemos la necesidad de modernizar dichas reglas, siguiendo los lineamientos de la Ley Modelo de

534 Con anterioridad analizamos el impacto de la pandemia COVID-19 en el derecho concursal, ver: Gerbaudo, Germán E., *Pensar el Derecho Concursal frente a la pandemia COVID-19*, en SJA 10/06/2020, p. 3; J.A. 2020-III.

UNCITRAL.

II.- Ineficacia de la regulación actual en materia de insolvencia transfronteriza

1. Introducción

El régimen vigente en nuestro país en materia de insolvencia transfronteriza resulta ineficaz y anticuado para dar respuesta a los conflictos que se suscitan en el ámbito de los negocios del mundo globalizado. Esta carencia se observa tanto en la regulación de derecho internacional privado de fuente interna como fuente convencional[535].

2. Derecho Internacional Privado de fuente interna

El régimen previsto en la ley 24.522 (LC) no solo resulta anticuado e ineficiente, sino también insuficiente. En efecto, resultan escasas las normas dispuestas en la LC para dar respuesta a los concursos con elementos extranjeros.

- El artículo 2, inciso 2, LC al regular el presupuesto subjetivo de los procesos concursales contempla lo que se denomina *el foro internacional del patrimonio*. En realidad, más que una norma que refiera a sujetos concursales es una norma de jurisdicción internacional. Excepcionalmente, se atribuye jurisdicción internacional a los jueces argentinos para entender en un concurso local —territorial— de un deudor domiciliado en el extranjero con bienes existentes en nuestro país.
- El artículo 4 LC es un extenso precepto donde coexisten de manera poco armónica normas que adhieren a diferentes sistemas en materia de insolvencia transfronteriza. Son disposiciones que provienen en su mayoría de los siglos XIX y XX. Es decir, normas pensadas para otra época, para otro comercio o para otra economía.

  La primera parte del primer párrafo del artículo 4 LC contempla la extraterritorialidad de la sentencia concursal extranjera o lo que también se denomina *el concurso derivado*. El precepto en una apertura al sistema de la unidad-universalidad expresa: “La declaración de concurso en el extranjero es causal para

535 Este tema lo analizamos anteriormente, ver: Gerbaudo, Germán E., *Insolvencia transfronteriza*, Astrea, 2011.

la apertura del concurso en el país, a pedido del deudor o del acreedor cuyo crédito debe hacerse efectivo en la República Argentina".

No obstante, la apertura a la unidad-universalidad que se observa en la primera parte del primer párrafo de la norma desaparece con la redacción de la segunda parte del primer párrafo del artículo 4 LC, donde se consagra la inoponibilidad del concurso extranjero frente a los acreedores locales. Es una norma que claramente se enrola en la teoría de la pluralidad-territorialidad y que proviene del Código de Comercio de 1859/1862. El precepto dispone: "*Sin perjuicio de lo dispuesto en los tratados internacionales, el concurso en el extranjero, no puede ser invocado contra los acreedores cuyos créditos deben ser pagados en la República Argentina, para disputarles derechos que estos pretenden sobre los bienes existentes en el territorio ni para anular los actos que hayan celebrado con el concursado*".

En los párrafos siguientes, el precepto consagra otras reglas anticuadas y que no corresponden con nuestro tiempo, tal es el caso de la pluralidad de concursos que consagra una postergación de los acreedores extranjeros respecto a los locales y la regla de la reciprocidad, abandonada en el derecho internacional privado de nuestro tiempo.

3. Derecho internacional privado de fuente convencional

También en este ámbito nos encontramos con normas que no corresponden a nuestro tiempo. Si bien los Tratados de Montevideo de 1889 y 1940 han sido señeros en la codificación del derecho internacional privado del siglo XX, hoy no expresan las tendencias actuales en la materia.

El debate en los textos de Montevideo se circunscribe a los tradicionales sistemas de la unidad-universalidad y pluralidad-territorialidad. Hoy las tendencias de nuestro tiempo se abren paso a un universalismo mitigado y a mecanismos superadores de los problemas de la jurisdicción internacional y el derecho aplicable por otros que comprendan también a la cooperación judicial internacional[536].

536 Se señala: "Estos tratados no unifican el derecho de la insolvencia de los países signatarios, pero sí unifican diversas reglas del derecho internacional concursal" (Ver: Rivera, Julio César, *El arbitraje ante los procedimientos concursales en el derecho argentino*, en L.L. 2020-A, p. 112).

III.- Hacia dónde debe ir un moderno régimen de insolvencia transfronteriza

La crisis por la pandemia de COVID-19 nos coloca frente al interrogante de qué régimen de insolvencia transfronteriza necesitamos. En tal sentido, consideramos que la respuesta adecuada a la problemática de los concursos con elementos extranjeros pasa por la adopción de las reglas de la Ley Modelo de UNCITRAL de 1997. Esta es una respuesta de *soft law* elaborada por el grupo de trabajo Nº 5 de UNCITRAL, que es el que se ocupa de la insolvencia. UNCITRAL optó por una Ley Modelo en lugar de un convenio, en razón de que de esa manera se busca una mayor flexibilidad al efecto de facilitar la adopción de sus reglas. La Ley Modelo opera como una línea orientadora de la solución a seguir, pero admite modificaciones por parte de los Estados que la adopten.

Ante la crisis global actual y frente a la ineficacia de las normas locales, consideramos acertado el anteproyecto que en el año 2018 se presentó en el marco del Programa Justicia 2020 del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

La necesidad de una adecuada regulación en materia de insolvencia transfronteriza es un objetivo ampliamente anhelado en nuestro derecho, como ocurría en otras áreas del derecho comercial internacional. Lo mismo había sucedido en materia de arbitraje internacional, donde en la actualidad ese objetivo se alcanzó con la sanción de la ley 27.449. Esta normativa constituye así "un intento de acondicionar la legislación local a las necesidades del comercio internacional"[537]. Asimismo, cabe señalar que la regulación sancionada en nuestro país para el arbitraje comercial internacional no es más que una adaptación de la Ley Modelo de UNCITRAL de arbitraje comercial internacional, y recoge de ese modo, como indica la doctrina, una "suerte de consenso trasnacional sobre la materia"[538]. Debemos anticipar que la cuestión es similar en materia de insolvencia transfronteriza. En tal sentido, el anteproyecto que consideramos acertado recepta la Ley Modelo de UNCITRAL con la realización de adecuaciones a nuestro derecho[539].

En la actualidad, 49 países de diversas regiones y con diferentes sistemas jurídicos han aprobado regulaciones para la insolvencia transfronteriza

537 Colquicocha Martínez, Miguel, *Análisis de la ley de arbitraje comercial internacional*, en L.L. 3/09/2018, p. 16.
538 Rivera, Julio César, *Ley de arbitraje comercial internacional*, en L.L. 3/09/2018, p. 2.
539 La necesidad de adoptar la Ley Modelo de UNCITRAL con adecuaciones viene siendo ampliamente postulada por nuestra doctrina, ver, entre otros, los siguientes trabajos: Alegría, Héctor, *Proyecto de Código Civil y Comercial, Derecho Comercial y Derecho Concursal*, en DCCyE, 2012 (octubre), p. 29; Alegría, Héctor C., *El Derecho Comercial y sus principales problemáticas*, en L.L., Supl. Actualidad, 12/02/2013, p. 1; Araya, Tomás M., *Reflexiones sobre la problemática de la quiebra transfronteriza*, en DCCyE 2011 (agosto), p. 59.

siguiendo los lineamientos de la Ley Modelo de UNCITRAL[540]. Asimismo, cabe indicar que distintos países de la región que fueron modificado sus regímenes de insolvencia han diseñados sistemas de insolvencia transfronteriza siguiendo los lineamientos de la citada Ley Modelo. Así ocurre en Chile (2013), Colombia (2006), la Republica Dominicana (2016), México (2000), Panamá (2017) y Brasil (2020). También se indica en la nota de elevación del anteproyecto que existen iniciativas similares en El Salvador y Paraguay.

- Las normas del anteproyecto postulaban una modificación a la LC, pero que se proyectaba a través de una ley especial. Es decir, su regulación de tipo concursal no se inserta en el texto de la LC, sino en una ley especial.
- El anteproyecto se componía de 40 artículos, distribuidos en 6 capítulos, a saber: Cap. I, "Disposiciones generales"; Cap. II, "Acceso de los representantes y acreedores extranjeros a los tribunales de la República"; Cap. III, "Reconocimiento de un procedimiento extranjero y medidas otorgables"; Cap. IV, "Cooperación con tribunales y representantes extranjeros"; Cap. V, "Procedimientos paralelos"; y Cap. VI, "Grupos multinacionales de empresas".
- El anteproyecto no tenía por objeto establecer un régimen uniforme o unificado aplicable a la insolvencia transfronteriza, sino que era una respuesta de marcado carácter procesal que se asienta sobre las ideas de cooperación judicial internacional[541]. En tal sentido, acota la doctrina: "Una de las notas caracterizantes del derecho internacional privado actual es que los temas atinentes a la jurisdicción y a la cooperación internacional han desplazado en su interés a los vinculados al derecho aplicable"[542]. Además, estos temas irrumpieron "el centro de la escena sobre la cual giran los debates más interesantes en materia de derecho internacional privado"[543].
- El anteproyecto se enrolaba en una tendencia que se denomina "universalismo mitigado", superadora de los viejos sistemas de la unidad-universalidad y pluralidad-territorialidad. La clave del

540 Puede consultarse el estado de situación de la Ley Modelo en la web de Uncitral: https://uncitral.un.org/es/texts/insolvency/modellaw/cross-border_insolvency/status.

541 Se indica que el núcleo de las modernas tendencias es la cooperación (ver: Gebhardt, Marcelo, *capítulo I El Derecho concursal y la insolvencia*, en "Concursos y quiebras", Gebhardt, Marcelo (Dir.), Anich, Juan A. (Coord.), Astrea, 2020, p. 1.

542 All, Paula M. y Rubaja, Nieve, *Consideraciones generales sobre la Ley de Arbitraje Comercial Internacional*, en "Revista del Código Civil y Comercial", 2018 (septiembre), p. 133.

543 All, Paula M. y Rubaja, Nieve, *La cooperación jurisdiccional como puerta de acceso a la justicia material. La puerta de acceso a la justicia material. Un caso de restitución internacional*, en L.L. 2/08/2018, p. 4.

anteproyecto radica —como dijimos— en una regulación procesal que realza y facilita la cooperación judicial internacional[544].

- Además, cabe mencionar que era adecuada la terminología que utilizaba. Es correcto referirse a "insolvencia transfronteriza" en lugar de "quiebra internacional" o "quiebra extranacional". Estos últimos son términos anticuados que han sido superados. En tal sentido, se sostiene que la expresión "insolvencia transfronteriza" es una noción abarcadora que "comprende los procedimientos contra todo tipo de deudores, así como los destinados no solo a liquidar los bienes del deudor, sino también a reorganizar su patrimonio. Quedan así comprendidos procedimientos tales como la quiebra, el concurso preventivo, el salvataje, la reorganización, la reestructuración y las negociaciones extrajudiciales, entre otros"[545].
- En caso de que se presente un conflicto entre este régimen y los tratados o acuerdos internacionales que fuesen obligatorios en la República, prevalecen estos últimos.
- La ley argentina determina la competencia para reconocer un concurso extranjero.
- El síndico o representante del concurso argentino estará facultado para actuar en otro Estado conforme a la legislación argentina o a la legislación extranjera si esta es compatible con aquella.
- El tribunal argentino puede negarse a adoptar una medida contemplada en este régimen cuando ella fuera contraria al orden público argentino —reserva de orden público—.
- Se establecía el derecho de acceso directo del representante del concurso extranjero a los tribunales de la República.
- El reconocimiento de la sentencia concursal extranjera deberá realizarse sin sujeción a formalidades tales como exhortos diplomáticos o cartas rogatorias, intentando que tal reconocimiento se efectúe de forma rápida para habilitar el despacho de las medidas cautelares que sean necesarias para preservar los bienes o la actividad del deudor.
- El concurso extranjero se reconocerá como procedimiento "principal" si tramita donde el deudor tiene el centro de sus principales intereses[546], o como procedimiento "no principal" si tramita

544 Sobre la cooperación judicial internacional en materia de insolvencia, ver el siguiente trabajo: Rouillon, Adolfo A.N., *Cooperación concursal internacional*, en L.L. 2016-A, p. 639.
545 Scotti, Luciana, *comentario al art. 4 de la L.C.*, en "Concursos y quiebras. Ley 24.522", Chomer, Héctor (Director), Frick, Pablo (Coord.), Buenos Aires, Astrea, t. I, 2016, p. 152.
546 El "centro de interés principales" es una pauta esencial para atribuir competencia que

donde el deudor tiene un establecimiento, más el artículo 16 del anteproyecto indicaba que se presumirá que el domicilio social inscripto del deudor persona jurídica, o el domicilio o residencia habitual si se trata de una persona natural, es el centro de sus principales intereses, siguiendo un criterio de calificación que es propio de nuestro derecho.

- Proponía sustituir los artículos 2, 3 y 4 LC por textos análogos a los actuales, pero a los que se les introducen algunas alteraciones de redacción y diversas innovaciones destinadas a asegurar su concordancia con el CCiv.Com y el nuevo régimen legal de la insolvencia transfronteriza. Entre estas últimas, es de destacar que se elimina la criticada regla de reciprocidad hoy contenida en el artículo 4 LC[547].
- También que se permitía abrir un proceso concursal en nuestro país en la medida que el deudor tuviera sucursal o establecimiento el país, aunque no tuviera bienes, con lo que superaba una vieja discusión en torno al foro internacional del patrimonio del artículo 2, inciso 2 LC.

IV.- Conclusión

La crisis por la pandemia de COVID-19 realzó la necesidad de contar con un adecuado régimen en materia de insolvencia transfronteriza. En tal sentido, consideramos que debemos buscar un sistema en materia de insolvencia transfronteriza que siga los lineamientos de la Ley Modelo de UNCITRAL, como en el 2018 postuló el anteproyecto que fue presentado por el Ministerio de Justicia y de Derechos Humanos.

se encuentra presente tanto en la Ley Modelo de UNCITRAL como en el Derecho Comunitario Europeo. Este último caso lo encontramos en el art. 3, ap. 1 del Reglamento UE 2015/848 del 20 de mayo del 2015, como también en el anterior Reglamento, el 1346/2000, que también lo preveía en el art. 3, ap. 1. Se trata de "un criterio propio del derecho alemán, basado en la 'sede real' de la empresa" (Pulgar Ezquerra, Juana, *La declaración del concurso de acreedores*, Madrid, La Ley, 2005, p. 576).

547 Nos manifestamos en sentido crítico a esta regla en anteriores trabajos; ver: Gerbaudo, Germán E., *La regla de la reciprocidad del artículo 4 LCQ,* en "Microjuris.com", MJ-DOC-4743-AR, MJD4743, 7/06/2010; Gerbaudo, G., *Insolvencia transfronteriza…*, cit., pp. 137 a 139.

EL FRACASO DEL EXTRATERRITORIALISMO A LA LUZ DE LA LEY MODELO DE UNCITRAL

DANGELO, Melody G., FERREIRO, Matías y DIAZ, Damian J.

Ponencia

El presente artículo, analizando la insolvencia transfronteriza, pretende poner en duda, luego del fracaso de su objetivo, el mecanismo utilizado por la ley modelo de UNCITRAL para intentar romper con el territorialismo que impera en cuanto a los procesos concursales. Como una primera aproximación, podríamos decir que el término "insolvencia" es una situación fáctica real, en donde el deudor no se encuentra en condiciones de pagar sus deudas y sus bienes no son suficientes para solventar su pasivo.

El objeto de estudio del presente trabajo, referido a la ley modelo de UNCITRAL sobre insolvencia transfronteriza, intentará dar explicación, al menos bajo nuestro punto de vista, a una cuestión compuesta por dos ejes principales, ambos como consecuencia de lo que nosotros entendemos como fracaso del intento de la Comisión redactora de la ley de UNCITRAL, que en su preámbulo reza como finalidad establecer mecanismos eficaces para la resolución de los casos de insolvencia transfronteriza. La primera, referente a la forma utilizada para intentar homogenizar la legislación internacional en materia concursal, y la segunda, dada por el contenido de la ley modelo, dado que más allá de la crítica que formularemos respecto del método escogido para su implementación, entendemos que no da una integral solución a los problemas que trae aparejado lo que siempre se denominó globalización, como un proceso en formación, aunque en la actualidad, y más allá de su constante avance, se encuentra plenamente consolidado.

Desarrollo

Quizás el término *fracasar* en una primera impresión suene exagerado, y es en este punto en el que no queremos que se nos malinterprete. Más allá de las intenciones y propósitos meritorios perseguidos por la UNCITRAL, *fracasar* —conforme a la RAE— es **no** conseguir en cierta actividad lo que se pretende, y es esto —justamente— lo que creemos que sucedió. Esto surge del análisis del estado actual de dicha ley modelo,

con datos extraídos desde la misma UNCITRAL, de donde podemos vislumbrar que solo 49 Estados han hecho legislaciones basadas en la ley (aunque muchos de ellos con cambios significativos respecto de los parámetros o recomendaciones dados, aspecto que será criticado en la faz formal del análisis) y solo algunos pocos de esos 49 son países con gran preponderancia en cuanto al comercio a nivel mundial. Más allá de esta cuestión cuantitativa, la idea rectora de este análisis con respecto a que la ley modelo no consiguió los fines pensados será ampliada y fundamentada con el devenir del presente trabajo.

Lo que pretendemos poner en duda es el mecanismo utilizado por la ley modelo de UNCITRAL para intentar romper con el territorialismo que impera en cuanto a los procesos concursales, con una consecuente disparidad de normas en la que casi ningún estado está dispuesto a ceder un poco de su soberanía legislativa es pos de mejorar el procedimiento falencial a nivel mundial. Este mecanismo podemos separarlo en una faz formal y un material o de contenido.

Faz formal

Es justamente, en esta puesta en duda planteada al comienzo, en donde nos surge el interrogante sobre si el haber recurrido a una ley modelo como la redactada por la CNUDMI, que —como reza su preámbulo— tiene la finalidad de establecer mecanismos eficaces para la resolución de los casos de insolvencia transfronteriza, y no a una convención o tratado para lograr el efecto pretendido fue la vía más idónea.

Lo que resulta trascendente, más allá de las intenciones e influencias al momento de elegir la forma a través de la cual se intentó armonizar el plexo normativo vigente en cada país, es dilucidar si la ley modelo —que para poder implementarla requiere la incorporación al ordenamiento jurídico interno de cada país, aunque con la posibilidad de cambiar determinadas cuestiones dentro de ella— es idónea para lograr vencer el excesivo proteccionismo mundial (aunque en nuestro análisis, particularizando el caso de la Argentina), para dejar que la legislación interna respectiva de los procesos concursales sea influenciada, sustituida o complementada por normas internacionales en cuanto a su redacción y su finalidad, pero que tienen por objeto transformarse en fuente interna.

Aunque parezca que la forma utilizada quizá no tiene demasiada importancia, entendemos que es trascendente tanto en una faz positiva como una negativa. En la primera de ellas, pareciera que el hecho de romper con una tradición normativa histórica, en la que ningún país quiere dejar de proteger a sus acreedores ni ceder un ápice de soberanía, sumado tanto al fracaso de la vía convencional en Europa como a la complejidad

o cambios que se pretendían (y deben) realizar en la legislación referida al tema bajo análisis, parecía imposible de lograr a través de un tratado que, seguramente y como tantos otros, quedaría en los hechos con escasas ratificaciones. Es por esto que parece que intentar el consenso a través de una ley modelo que deja librado al arbitrio de los estados incorporar o no a sus ordenamientos dicha regulación, con la respectiva facultad de realizarle determinadas modificaciones, es una técnica adecuada, más allá de los resultados negativos en cuanto a su implementación que nosotros vemos en la actualidad, pero que no pudo prever hace casi 25 años la comisión redactora al diseñar la norma.

Antes de poder adentrarnos dentro de la faz negativa, creemos conveniente retomar un punto en particular de lo explicado antes referente a la forma de incorporación de dicha ley modelo. Si nosotros criticamos la forma elegida por las Naciones Unidas para resolver la disparidad normativa existente argumentado que el hecho de hacer una ley modelo no fue el mecanismo más adecuado y —en contraposición defendiendo o entendiendo que la forma ideal sería la redacción de un tratado o convenio internacional— a poco que nos detengamos en este análisis, nos encontraríamos con el mismo problema: más allá de las formas que utilizan las distintas naciones, aunque en principio en este punto son similares, el método para incorporar un tratado o convención a el ordenamiento interno es a través de una ley o acto de dicho Estado, que de manera voluntaria decide hacerlo. Es por esto que no creemos, al menos en el aspecto formal, que el problema haya sido la forma elegida por la UNICTRAL, sino uno distinto: la voluntad de los Estados para realizar dicha incorporación.

Sin embargo, en algún punto también creemos que presenta un aspecto al menos criticable el hecho de haber recurrido a una ley modelo y no a un tratado o convención. Esto es así ya que, más allá de las reservas que se puedan realizar sobre estos, evidentemente tienen mayor vocación de permanencia e inmutabilidad respecto de una ley a la que cada Estado le puede realizar las adiciones que considere pertinentes y eliminar lo que no crea útil.

En su faz negativa —y ampliando aquí el análisis no solo al aspecto formal, sino al de contenido de la norma (justamente en este último caso fundaremos nuestra critica)— encontramos el quid de la cuestión. Un tema que presenta una amplia gama de complejidades como el presente y que, como explicaremos, aún más temas debió haber incluido, pareciera necesitar no ya de una ley modelo, sino de un tratado o convención, ya que —como dijimos antes— la ley pareciera ir en contra del propósito de homogenizar la normativa falencial y que, más allá de la recomendación de realizar la menor cantidad posible de modificaciones, sigue siendo una potestad de cada Estado sin ninguna limitación.

Por otra parte, y al margen de la forma escogida, creemos que el contenido de la ley modelo no termina de ser completamente estricto o completo para terminar con este excesivo proteccionismo. Y es justamente en este punto en donde nos realizamos la pregunta acerca de si en un hipotético caso de que dicha ley sea incorporada a una gran cantidad de ordenamientos estatales, realmente cumpliría la función no solo pretendida por la CNUDMI, sino por la realidad comercial mundial, en donde la consolidación de la globalización y la circunstancia actual de la pandemia conocida por todos requieren de una legislación homogénea, uniforme y que dé respuesta acabada a todas las situaciones que se pueden plantear en el marco de un proceso falencial.

Coordinación

La regulación de nuevos mecanismos de coordinación entre procedimientos paralelos, junto con la de mecanismos de cooperación, es de los objetivos principales de esta ley modelo, respetuosa de las leyes nacionales y los procedimientos locales, pero ¿hasta qué punto se pude aseverar ese respeto por las leyes y procedimientos locales de insolvencia sin obstaculizar una verdadera coordinación entre los procesos paralelos? Por nuestra parte, creemos que en cierto modo se llegó a obstaculizar la efectiva coordinación entre los procedimientos, particularmente en el trato que se le da al procedimiento extranjero principal frente a un procedimiento local.

En este sentido, dice que una vez reconocido un procedimiento de insolvencia extranjero, solo se podrá iniciar un procedimiento con arreglo al derecho interno del Estado promulgante sobre el mismo deudor cuando este tenga bienes en dicho Estado, que el mismo tendrá efectos solo sobre los bienes allí situados, y que, en la medida requerida para poner en práctica los mecanismos de cooperación y coordinación, también tendrá efectos sobre otros bienes del deudor —situados en el extranjero— que deban ser administrados en ese proceso de conformidad con el derecho del foro. El mismo artículo les impone dos límites a estos efectos extraterritoriales sobre bienes situados en el extranjero: el primero es que esa extensión solo se permite a los fines de poner en práctica los mecanismos de cooperación y coordinación regulados por la misma ley, y la otra es que esos bienes deben ser administrados en el Estado promulgante con arreglo a su derecho interno.

Seguidamente, la ley da orientación a los tribunales locales sobre el enfoque que se les debe dar a los casos en los que el deudor sea objeto de un procedimiento extranjero y de un procedimiento nacional de insolvencia al mismo tiempo. El principio rector es que la apertura de un procedimiento nacional no impide ni rescinde el reconocimiento de un

procedimiento extranjero, pero establece que el tribunal debe cooperar conforme a los mecanismos establecidos en la norma siguiendo una serie de reglas. Este artículo consagra la preeminencia del procedimiento nacional de insolvencia sobre el procedimiento extranjero, y es aquí donde comienzan a surgir las críticas.

Luego, nos dice que cuando el procedimiento seguido en el Estado promulgante se inicie tras el reconocimiento, o una vez presentada la solicitud de reconocimiento del procedimiento extranjero, toda medida ya otorgada en favor del procedimiento extranjero será reexaminada por el tribunal y modificada o revocada en caso de ser incompatible con el procedimiento nacional. Con respecto a ello, si se trata de un procedimiento extranjero no principal, entendemos que la disposición es acertada; pero si se trata de un procedimiento extranjero principal, estamos ante un conflicto. Y en este sentido, lo que también es objeto de crítica es la propuesta de la ley en el caso de que el procedimiento extranjero sea el principal, estableciendo que los efectos automáticos de la aplicación del artículo 20 referidos al reconocimiento del procedimiento principal deberán ser modificados o revocados en caso de que sean incompatibles con el procedimiento nacional, y he aquí lo que nos llama la atención. ¿Por qué razón si lo que buscamos con la adopción de la ley modelo es lograr armonía legislativa a nivel internacional sobre la insolvencia transfronteriza, se proponen disposiciones como esta, que jerarquizan a un procedimiento secundario sobre uno principal por el simple hecho de que es un procedimiento local? Creemos que con una disposición de tal carácter no se logra llegar a una verdadera coordinación entre los procedimientos paralelos, ya que en definitiva siempre se va a dar conflicto entre el derecho interno de un Estado y el de otro, cuando uno se niegue a prestar cooperación al otro invocando que es contrario a su legislación local o perjudicial para sus acreedores del foro.

La mejor solución sería establecer una jerarquización rígida en la cual se ponga siempre al procedimiento principal, sin importar que sea extranjero o local, por encima de cualquier otro procedimiento no principal. Así lo hace en el artículo 30 al regular el supuesto en que se hayan abierto procedimientos de insolvencia al deudor en más de un Estado extranjero y los representantes de más de un procedimiento extranjero soliciten en el Estado promulgante ser reconocidos, o que se adopten medidas. Aquí, tenemos una coordinación efectiva y eficaz, y de igual modo debería regularse en el artículo 29, porque —de no ser así— se estaría manteniendo en cierta medida el anticuado sistema de territorialidad, el cual estamos intentando dejar de lado.

Reconocimiento de sentencia

La regulación llevada a cabo por UNCITRAL no contiene normativa alguna referida a la ejecución de sentencias extranjeras en casos de procesos falenciales como los allí regulados, por lo que nos encontramos frente a un vacío legal, compensado por medio de la aplicación del proceso de *exequatur*.

Esto implica, sin lugar a duda, una desprotección y un incumplimiento del espíritu de coordinación que contiene la letra de la ley modelo de UNCITRAL sobre insolvencia transfronteriza.

Nos parece acertada la sugerencia realizada a los Estados orientada a ampliar el régimen normativo a través de la nueva ley modelo sobre el reconocimiento y ejecución de sentencias relacionadas con casos de insolvencia, que busca generar una mayor certeza respecto de los derechos y las medidas disponibles para obtener el reconocimiento y ejecución de sentencias, y evidencia que la anterior se encontraba aún inconclusa para poder contemplar en su totalidad la estructuración del derecho de esta materia.

La ley modelo entiende que su ámbito de aplicación refiere a los casos en que haya que proceder con el reconocimiento y la ejecución de toda sentencia relacionada con un caso de insolvencia, que se haya dictado en un estado que no sea aquel en que se solicitan al reconocimiento y ejecución de insolvencia, independientemente de que dicho procedimiento se haya cerrado o no.

Sin embargo, en este punto, en donde quizás retomamos un poco la bipolaridad de nuestra critica, ¿es una carencia formal o de contenido la falta de una regulación expresa referida a la ejecución de sentencias? Decimos esto ya que, sin consideración de la nueva ley modelo sobre ejecución en las insolvencias transfronterizas, sin dudas estaríamos ante una carencia material de la ley, en donde —justamente— no terminó de regular, a nuestro criterio, de manera completa todo el procedimiento falencial que concluye con una sentencia. Sin embargo, mirándolo desde un aspecto formal y volviendo a el comienzo de nuestro trabajo, sin dudas encontramos otro fundamento más para criticar el fraccionamiento realizado por UNCITRAL: recién en 2019 —más de 20 años después y a través de otra ley modelo— intentó completar las carencias que, con el devenir del tiempo, fueron evidentes respecto de la primera ley modelo sobre insolvencia. Aquí encontramos otro aspecto que, al menos en parte, resulta controvertido. Con estas leyes, como nosotros expresamos en el título, se busca acabar con el territorialismo y el excesivo recelo de los estados sobre su propia legislación, esto es, lo que nosotros denominamos concurso de ordenamientos jurídicos. Y es justamente UNCITRAL quien, al menos en parte, pareciera desplegar cierto actuar desordenado o al

menos incompleto, quitando así —quizás— la seguridad o confianza que debería pesar sobre su legislación recomendada a los Estados, ya que —por lo expresado— creemos que aun en la actualidad sigue realizando esfuerzos para poder dar respuesta a un problema que en más de 20 años no pudo solucionar.

En el contexto mundial conocido por todos que generó la pandemia, encontramos una situación extraordinaria que fue generadora de cambios en diversos ámbitos de la humanidad. Dicha situación, entendemos, debe servirnos de impulso para replantearnos los intentos realizados, dar una mirada distinta a lo ya escrito sobre la ley modelo de UNCITRAL con el loable propósito de, quizás, cambiar la forma de ver las cosas y poder lograr, a través del análisis propuesto, el tan utópico fin que propone el título de nuestro trabajo: finalizar con el concurso de ordenamientos jurídicos y lograr el tan ansiado quiebre de fronteras.

EFECTOS DEL CONCURSO TRANSFRONTERIZO DEL DEMANDADO EN UN PROCESO JUDICIAL EN EL PAÍS

RAISBERG, Claudia E.

Ponencia

Nuestro ordenamiento jurídico concursal regula ciertas situaciones que se pueden presentar frente a la existencia de concursos transfronterizos o bien concursos tramitados en el país, pero que cuentan con elementos en el exterior (activo o pasivo). Esa normativa data de 1983 y se advierte desactualizada, en particular frente a la existencia de concursos declarados en el extranjero que pueden afectar a acreedores locales. Teniendo en cuenta que existe en la actualidad un Proyecto de Régimen Legal para la Insolvencia Transfronteriza, es la ocasión para comparar la normativa vigente frente al supuesto particular propuesto y cuál es la solución que debería regir. La ponencia responde a las preguntas: ¿qué efectos tiene en la actualidad en la Argentina un proceso concursal foráneo frente a las acciones judiciales patrimoniales en trámite contra el deudor en el país y qué efectos tiene en relación a las nuevas acciones a promover en el país? ¿Cómo debe adecuarse nuestra normativa de derecho interno al respecto a la luz de los parámetros mundiales vigentes?

I.- Introducción

Si bien en la Argentina los conflictos se suscitan entre deudores concursados en el país y acreedores foráneos, como consecuencia de la globalización, la tecnología, el avance de la virtualidad —agudizada por las restricciones impuestas por la pandemia de COVID-19 que hoy aqueja al mundo— y la existencia cada vez mayor de empresas o grupos de empresas que comercializan sus productos o servicios en el exterior, actualmente también se han planteado situaciones inversas, es decir, aquellas vinculadas con concursos transfronterizos que impactan en acreedores cuyos créditos son pagaderos en el país.

Cuando nos referimos a concursos transfronterizos, aludimos a dos tipos de procesos diversos, los denominados *concursos principales* y los *no principales*. Los primeros son los que se desarrollan ante el juez del domicilio del centro principal de sus intereses y los segundos, los que tramitan ante cualquier otra jurisdicción foránea que admita o tenga

algún punto de contacto que —según su propia legislación local— autorice su promoción.

Ante ello, es fácil advertir que es habitual que los deudores elijan concursarse en la jurisdicción que les resulta más conveniente, lo que se conoce como *forum shopping*. Si bien en principio es una facultad de todo deudor, lo cierto es que todos los ordenamientos internacionales sobre insolvencia persiguen evitarlo en aras de lograr mayor seguridad jurídica y transparencia.

Por otro lado, cuando el *forum shopping* importa la violación a alguna norma de otro ordenamiento jurídico concursal externo o es utilizado en perjuicio de los acreedores, eso es denominado *bad forum shopping* y es otro de los motivos por el cual se trata de evitar, pues es considerado un subtipo de fraude.

En ese caso, es fundamental contar con una norma clara que fije la jurisdicción internacional —nacional o extranjera— según se trate de un proceso principal o secundario, así como los "efectos" que el mismo tendrá en el país; ello sin perjuicio de las normas de cooperación o coordinación que rigen en el mundo, pero que al día de la fecha no se encuentran reguladas en el derecho interno argentino.

La ponencia se centra en analizar entonces qué efectos producen esos concursos transfronterizos en nuestro país, en relación a los procesos en trámite o a nuevos procesos contra el deudor a la luz del derecho positivo vigente y cuál es la propuesta que formula el Anteproyecto de Régimen Legal para la Insolvencia Transfronteriza en circulación.

Dada la desactualización de nuestra norma concursal en relación al tema, la cual se mantiene inalterada desde 1983, la solución que se adopte en este caso influirá en la imagen de seguridad jurídica y seriedad que proyecte nuestro país hacia el exterior.

II.- Breve panorama actual de la cuestión y posición de la Argentina

Antes de adentrarnos en el examen de la situación mencionada, tendríamos que hacer un breve repaso de los sistemas jurídicos existentes y los distintos objetivos que se proponen hoy en el mundo, para saber dónde está ubicada la Argentina.

Recordemos que existen dos grandes sistemas. Uno de ellos es el de la universalidad, que propugna que debe haber un solo proceso concursal por cada persona humana o jurídica, aun cuando tenga sus bienes y acreedores dispersos por el mundo. Este sistema se sustenta en el principio de igualdad de los acreedores y en el reconocimiento de los efectos extraterritoriales de la sentencia de quiebra o concurso. En su antítesis

se encuentra el sistema de la pluralidad, que sostiene que la sentencia de quiebra o concurso solo tiene efectos territoriales, por lo que deben declararse tantos concursos como jurisdicciones en las que se encuentre fraccionado el patrimonio de un deudor. También existen sistemas mixtos. Podemos anticipar que nuestro país hasta ahora se enrola sustancialmente en el sistema de la pluralidad en el orden internacional en sus normas de derecho interno vigentes (léase ley 24.522 y modificaciones), aunque adhiere al principio de universalidad en el orden nacional.

Por otro lado, los tratados internacionales que han intentado unificar el derecho sustancial sobre la insolvencia transfronteriza no han tenido mucho éxito ni aplicación práctica, datan de fines del siglo XIX o principios del XX y han perdido actualidad. Así, en América se han celebrado dos tratados de derecho internacional comercial en Montevideo en 1889 y 1940, los que si bien han sido suscriptos por la Argentina, no han sido firmados por muchos países ni por aquellos con los que más se relaciona nuestro país. En dichos tratados se incorpora como regla el principio de universalidad, aunque de manera morigerada en el segundo tratado al otorgar ciertas preferencias a los acreedores locales sobre los bienes locales (art. 48). También se celebró el denominado "Código Bustamante" en 1928, que no fue suscripto por nuestro país.

A su vez, en el bloque de la Unión Europea se realizó idéntico intento mediante la redacción de la Convención de la Unión Europea sobre procedimientos de insolvencia, empero la misma nunca entró en vigencia. La cuestión terminó rigiéndose por el Reglamento sobre Procedimientos de Insolvencia 1.346/2000, que fue incorporado a los países miembros de la UE, menos Dinamarca, luego sustituido por el Reglamento 2015/848[548].

La tendencia en el mundo ha sido abandonar la idea de un ordenamiento único sobre la insolvencia transfronteriza aplicable en todos los países que modificarían las normas de derecho internacional privado de derecho interno, y abrazar la idea de celebrar acuerdos o incorporar normas de derecho interno que apunten a la **cooperación** entre distintos países y la **coordinación de procedimientos concursales** paralelos en caso de que estos existan.

En esta línea se enrola la Ley Modelo sobre insolvencia transfronteriza de la UNCITRAL[549] redactada en 1997 y que ya fue incorporada por muchísimos países a su ordenamiento interno (México, Japón, Sudáfrica, Polonia, Corea, Gran Bretaña, EE. UU., Colombia, Mauricio, Serbia, Rumania).

548 Disponible en https://www.boe.es/doue/2015/141/L00019-00072.pdf (entrada del 11/07/2021).

549 Disponible en https://uncitral.un.org/es/texts/insolvency/modellaw/cross-border_insolvency (entrada del 11/07/2021).

En Argentina no se ha adoptado la Ley Modelo de la UNCITRAL hasta el día de la fecha, aun cuando hubo un intento serio de incorporarla al elaborar los Dres. Rouillon, Alegría, Richard, Le Pera, Gagliardo, Anich, Piaggi y Marsili —y presentado por el entonces ministro de Justicia, Dr. Vanossi— el proyecto de ley del año 2002. No existen reglas que regulen la cooperación internacional ni la coordinación de procedimientos de manera clara en el derecho interno, tampoco se han propiciado proyectos de reforma que actualicen el derecho positivo interno sobre el tema. Existe, sin embargo, un Anteproyecto de Régimen legal sobre la Insolvencia Transfronteriza presentado por la Dra. Uzal y Rouillon en el Congreso Nacional de Derecho Concursal e Iberoamericano en 2018[550] y en el Centro de Estudios Concursales de la Facultad de Derecho de la UBA en 2020, que de ser aprobado resolverá de una manera más eficiente, homogénea y actual las preguntas planteadas en esta ponencia.

III.- ¿Qué efectos tiene en la actualidad en la Argentina un proceso concursal foráneo respecto del derecho de promover o continuar acciones patrimoniales contra el deudor en el país?

La respuesta a esta primera pregunta, según el artículo 4, segunda frase del primer párrafo de la ley 24.522, es la siguiente: ese proceso concursal extranjero no puede ser invocado para disputar derechos a los acreedores locales ni para cuestionar actos jurídicos celebrados por el deudor sobre bienes situados en el país. Es decir que, como vimos, nuestro derecho interno se enrola en el sistema territorial que considera inoponible la sentencia de concurso declarada en el extranjero. Por lo tanto, si en el exterior una empresa se presenta en concurso y en la Argentina está siendo demandada, por ejemplo por incumplimiento contractual con miras a obtener un resarcimiento de daños y perjuicios, la suspensión de procesos que se dicte en el proceso foráneo no tendrá efectos respecto del litigio tramitado en el país.

Esa respuesta es aplicable tanto al concurso extranjero principal como al secundario, por cuanto la ley argentina no distingue.

Ese es el caso que se pudo haber producido en el país ante el proceso de reestructuración de deuda presentado por el grupo LATAM AIRLINES GROUP S.A. ante el Juzgado de Quiebras del Distrito Sur de Nueva York, bajo el capítulo XI de la ley de Quiebras de los Estados Unidos, el 26/5/2020. Ese proceso concursal transfronterizo se llevó a cabo en una jurisdicción en la que no se encuentra el centro principal de los negocios de ese grupo económico. Sin embargo, la justicia del Estado de Nueva

550 Congreso Nacional de Derecho Concursal e Iberoamericano de la Insolvencia, Libro de Ponencias, Tomo IV.

York aceptó la jurisdicción por cuanto se configuraban otros puntos de contacto admitidos por esa legislación. Similar situación se produjo ante el proceso concursal solicitado por la compañía aérea Avianca en el año 2000. Ante ello, en el caso de que algún acreedor local esté llevando adelante un reclamo judicial contra alguna de las empresas del grupo concursado, la pregunta planteada en este punto no resultará hipotética ni abstracta y tendrá la respuesta ya mencionada, de *lege lata*.

IV.- ¿Qué efectos tiene ese proceso extranjero en relación a la posibilidad de promover un concurso en el país?

Esta segunda pregunta está actualmente legislada en la primera frase del primer párrafo del artículo 4 de la LC, que dispone que el concurso abierto en el extranjero puede ser invocado para abrir un concurso en el país y tendrá como efecto principal evitar la prueba del estado de cesación de pagos del deudor, empero solo puede ser invocado por el acreedor local o por el propio deudor. Tiene entonces efectos extraterritoriales limitados, por cuanto no pueden hacerse efectivas sus medidas en forma directa en el país ni considerar que el deudor reviste calidad de concursado en la Argentina.

Por otro lado, parecería que solo el proceso concursal transfronterizo principal podría tener ese efecto en el país y no el proceso secundario foráneo.

Por lo que —volviendo al ejemplo del proceso de reestructuración de deuda del Grupo Latam antes mencionado— estimamos que en principio no podría ser invocado ni siquiera como causal para instar un proceso concursal local.

V.- ¿Cuál es la solución propuesta por el Anteproyecto de Régimen Legal de los Concursos Transfronterizos presentado en el Congreso Nacional de Derecho Concursal de Santa Fe, 2018?

La respuesta que da el Anteproyecto es la siguiente: en primer término, habrá que distinguir si el proceso en trámite en el exterior es principal o no principal (es decir, ya sea que tramite ante el juez donde se localiza el centro principal de los intereses del deudor o no). También, se modifica la respuesta según exista o no un proceso concursal argentino, por cuanto en ese caso entran en juego reglas de cooperación y coordinación entre procesos paralelos. Si se tratase de un proceso concursal principal extranjero y cumpliera con el tramite fijado en el anteproyecto para obtener el reconocimiento como concurso extranjero —luego de cumplir con los requisitos previstos a tal efecto en el Anteproyecto—, se prevé que

tendrá de manera automática en el país los mismos efectos que tendría un proceso concursal principal decretado en la Argentina. Contestando la pregunta concreta, *prima facie*, a nuestro entender, el juicio ordinario promovido contra la concursada podrá proseguir hasta el dictado de la sentencia (conf. art. 21 LCQ), empero no podrá ser ejecutado, al menos sobre bienes situados en el país extranjero donde tramite el proceso transfronterizo.

En cuanto a la promoción de nuevas acciones, por imperio de lo previsto para los procesos locales, solo podrán iniciarse las de índole laboral. Sin embargo, también se admite como medida de protección del acreedor local que pueda iniciarlas con carácter conservativo o bien para promover luego en base a ellas un proceso concursal local, con lo cual entendemos que el trámite del juicio de conocimiento podrá proseguir hasta la sentencia. Todo ello sin perjuicio de conservar la jurisdicción territorial exclusiva del juez argentino que establece el artículo 2.609 CCivCom para las cuestiones allí señaladas y de no aplicar ninguna norma extranjera incompatible con los principios de orden público del derecho local (art. 2.600 CCivCom).

Tales disposiciones se complementan con un amplio margen de discrecionalidad en poder del juez nacional, quien no se encuentra obligado a cumplir con todos los requerimientos del juez foráneo, del representante extranjero o del derecho extranjero.

El Anteproyecto brinda además tres herramientas de interpretación de cada situación concreta muy importantes:

a) el respeto del principio de igualdad de los acreedores;

b) la prohibición de tomar decisiones que perjudiquen a los acreedores locales; y

c) el deber de evitar el fraude.

Tales parámetros servirán de guía al magistrado para resolver otros temas relacionados con las preguntas iniciales, tales como si la sentencia que eventualmente se dicte en el juicio ordinario tramitado en el país podrá ejecutarse sobre bienes situados en el país —en caso de que no exista otro proceso concursal secundario abierto en la Argentina— o bien si, concluido el proceso concursal foráneo, podrá también ejecutarla sobre bienes situados en el extranjero.

Si se tratase de un procedimiento secundario, una vez cumplido el trámite de reconocimiento como concurso extranjero, tendría los mismos efectos que un proceso secundario decretado en el país (previsto actualmente en

el art. 2, inc. 2 LCQ), es decir, solo podrá alcanzar a los bienes existentes en el país donde fue dictado o bien a los que se encuentren bajo la administración de la sucursal o establecimiento de la concursada en el exterior.

En cuanto a la posibilidad de ser invocado ese concurso extranjero como causal para instar un proceso en la Argentina, el Anteproyecto lo admite con la sola condición de que el proceso extranjero cumpla con el trámite de su reconocimiento y elimina el requisito de que esa prerrogativa solo pueda ser invocada por un acreedor local, ya que se erradica toda discriminación entre acreedores locales y extranjeros en líneas generales, a excepción del principio de paridad en los dividendos hoy vigente el que se mantiene.

VI.- Conclusión

Nuestra Ley de Concursos y Quiebras contiene escasas previsiones en relación a los concursos transfronterizos en los artículos 2, 3 y 4. No obstante la gran cantidad de reformas que se realizaron a la ley 24.522 desde su dictado en 1995, los artículos citados permanecen inalterados desde la legislación anterior a partir de la reforma de 1983.

Es evidente que en estos cuarenta años cambió la realidad, cambiaron las formas de comunicación y de comercialización, cambiaron los paradigmas, y nos encontramos frente a normas propias de la posmodernidad[551]. Es tiempo de modificar las normas de derecho interno que ya no se adecuan a las necesidades ni a los parámetros de cooperación y coordinación a los que apuntan los ordenamientos de la mayoría de los países del mundo. Uniformidad, coordinación y buena fe son las metas a perseguir.

La propuesta es que los medios para alcanzar esas metas sean estudiados y analizados en este Congreso para lograr finalmente contar con una ley más moderna sobre los procesos de insolvencia transfronterizos.

551 Favier Dubois, E. *Un nuevo modelo para la Insolvencia. Ver Doctrina Societaria y Concursal*, Errepar, junio de 2021.

Ediciones DyD SRL
Av. Córdoba 1522, 3º Piso - CABA

(011) 4519-8204
www.edicionesdyd.com.ar
info@edicionesdyd.com.ar

¡Buscanos en las redes sociales!
facebook.com/edicionesdyd
instagram: @edicionesdyd

ediciones dyd
innovación jurídica

GrupoProfessional
EXCELENCIA EN CAPACITACIÓN

DEPARTAMENTO DE
DERECHO
UNIVERSIDAD NACIONAL DEL SUR
BAHÍA BLANCA

Departamento de Derecho, Universidad Nacional del Sur
Bahía Blanca, 2021

UNIVERSIDAD NACIONAL DEL SUR
BAHIA BLANCA

DERECHO CONCURSAL **INSOLVENCIA**

XI Congreso Argentino IX Congreso Iberoamericano

Del 18 al 22 de Octubre del 2021 / UNS / Bahía Blanca / Argentina