DARÍO J. GRAZIABILE
Director

DERECHO Concursal

PERSPECTIVAS ACTUALES

TOMO III: INSTITUCIONES CONCURSALES LIQUIDATIVAS

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
Bahia Blanca, 2021

GrupoProfessional
EXCELENCIA EN CAPACITACIÓN

ediciones dyd
innovación jurídica

BIENVENIDOS AL EBOOK

DERECHO Concursal / PERSPECTIVAS ACTUALES

EBOOK

TOMO III: INSTITUCIONES CONCURSALES LIQUIDATIVAS

XI Congreso Argentino de Derecho Concursal

IX Congreso Iberoamericano de la Insolvencia

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

dyd

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)

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 III

INSTITUCIONES CONCURSALES LIQUIDATIVAS

a) Funcionamiento de la declaración de quiebra y su posible reconducción

REGGIARDO, Roberto S. PEDIDO DE QUIEBRA POR ACREEDOR Y EJECUCIÓN INDIVIDUAL: NECESIDAD DE UNIFICAR CRITERIOS EN ARAS DE LA SEGURIDAD JURÍDICA 16

CARDOSO José R. LAS CONDICIONES EXIGIDAS PARA PLANTEAR EL INCIDENTE DE NULIDAD CONTRA LA AUSENCIA O VICIOS DEL EMPLAZAMIENTO DEL ART 84 LCQ 21

CARDOSO José R. LEGITIMACIÓN DE LOS TERCEROS INTERESADOS Y LOS DEMÁS ACREEDORES PARA PROMOVER EL RECURSO DE REPOSICIÓN DEL ART 94 LCQ 28

JUNYENT BAS, Francisco – MACAGNO, Ariel A. G. QUIEBRA DE LA SOCIEDAD CANCELADA. POSIBILIDAD EFECTIVA O MERA QUIMERA..... 35

DE LAS MORENAS, Gabriel. PAUTAS PARA EXAMINAR LA VIABILIDAD DE LA CONTINUIDAD DE LA EMPRESA EN LA QUIEBRA 40

OSSO, M. Cristina LAS COOPERATIVAS DE TRABAJO: UNA INTERESANTE HERRAMIENTA PARA LA CONTINUIDAD DE LA EXPLOTACIÓN 46

BOQUIN, Gabriela F. - BERGOGLIO Virna POSIBILIDAD DE LA COOPERATIVA DE TRABAJO DE RESULTAR ADQUIRENTE POR COMPENSACIÓN DE LOS CRÉDITOS LABORALES DE SUS INTEGRANTES Y LOS PRINCIPIOS VIGENTES 54

ALVAREZ SALVADOR, Marcela A. LA NECESIDAD DE BRINDAR UNA RESPUESTA LEGISLATIVA IDÓNEA A LAS COOPERATIVAS DE TRABAJO QUE RECUPERAN EMPRESAS 61

b) Interacción entre los distintos efectos patrimoniales

FRANCHIN, Fernanda R. LOS CRIPTOACTIVOS EN LA LCQ 67

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

RUIZ, Sergio G. - CHIAVASSA, Eduardo N. LA CONVERSIÓN FORZOSA -PERO NO DEFINITIVA- DE LAS OBLIGACIONES EN MONEDA EXTRANJERA EN LA QUIEBRA QUE CONCLUYE DE MANERA NO LIQUIDATIVA 72

DE LAS MORENAS, Gabriel NECESIDAD DE IMPEDIR LA INSCRIPCIÓN DEL INSTITUCIÓN A VIVIENDA EN INFRACCIÓN AL RÉGIMEN DE LA QUIEBRA 78

PEREYRA, Alicia S. LA VIVIENDA UNICA FAMILIAR Y DE OCUPACIÓN PERMANENTE ES INEMBARGABLE E INEJECUTABLE 81

TON, Rodrigo D. – TON, Walter R.J. LA NECESARIA PARTICIPACION DEL FALLIDO EN LOS COBROS DE LOS CREDITOS Y VENTA DE BIENES 87

c) Modernización del sistema de recomposición patrimonial

NAGEL, Emanuel NECESARIAS REFORMAS EN LA REGULACIÓN DE LOS SISTEMAS DE RECOMPOSICIÓN PATRIMONIAL 94

MIANI, Santiago J. LAS ACCIONES DE INEFICACIA CONCURSAL PREVISTAS POR LA LEY DE CONCURSOS Y QUIEBRAS SON APLICABLES A LOS PROCESOS DE LIQUIDACIÓN DE PATRIMONIOS FIDEICOMETIDOS 101

CHIAVASSA, Eduardo N. – RUIZ, Sergio G. – BIMA M. del Carmen ACCIONES DE RECOMPOSICIÓN PATRIMONIAL Y LIQUIDACIÓN DEL FIDEICOMISO: ANÁLISIS DE SU PROCEDENCIA 108

MAMBRIN CUNHA, Sabrina M. S. LOS GRUPOS ECONÓMICOS EN LA LEY DE CONCURSOS Y QUIEBRAS: CONCURSO PREVENTIVO Y EXNTENSIÓN DE LA QUIEBRA 114

BASUALDO, M. Eugenia-DE CESARIS, M. Cristina INCIDENCIAS DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL EN LAS ACCIONES DE RESPONSABILIDAD DE TERCEROS. APLICACIÓN DE LAS CARGAS PROBATORIAS DINÁMICAS 120

JUNYENT BAS, Francisco – MACAGNO, Ariel A. G. CONVERGENCIA DEL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD SOCIETARIO Y CONCURSAL CON EL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL 127

MACAGNO, Ariel A. G. SUBCAPITALIZACIÓN CALIFICADA Y QUIEBRA DE LA SOCIEDAD -EXTENSIÓN DE RESPONSABILIDAD A LOS SOCIOS DE RESPONSABILIDAD LIMITADA QUE LA HICIERON POSIBLE O QUE NO LA EVITARON 134

CASADÍO MARTÍNEZ, Claudio A.-LÓPEZ RADITS, Ivan G.-LÓPEZ LAVOINE, Federico EL SÍNDICO CONCURSAL ANTE LAS ACCIONES DE RESPONSABILIDAD SOCIETARIAS INICIADAS DEFICIENTEMENTE 141

VAZQUEZ GARCÍA, Federico LIQUIDACIÓN JUDICIAL DEL FIDEICOMISO. RECOMPOSICIÓN DEL PATRIMONIO FIDUCIARIO INSUFICIENTE Y LA EVENTUAL RESPONSABILIDAD DE SUS ADMINISTRADORES Y TERCEROS (ART. 173 LCQ) 147

MARCOS Fernando J. LEGITIMACIÓN DEL LIQUIDADOR PARA PROMOVER ACCIONES CONCURSALES DE INEFICACIA Y DE RESPONSABILIDAD EN LA LIQUIDACIÓN JUDICIAL DEL FIDEICOMISO 154

d) Sistema patrimonial falencial

DI LELLA, Nicolás J. EL SISTEMA DE PRIVILEGIOS CONCURSALES FRENTE A LA INCORPORACIÓN DE CRÉDITOS DE PERSONAS HIPERVULNERABLES, A LA LUZ DE LOS FALLOS DE LA CSJN 163

BASTEIRO, Maximiliano – GALLARDO, Rocío – JALIF, Kalanit Nayla LA TRANSVERSALIDAD DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DDHH EN EL RÉGIMEN DE PRIVILEGIOS DE LA LCQ 170

MARTINEZ, Miguel G. PRIVILEGIOS CONCURSALES FRENTE A LOS PROCESOS CON SUJETOS VULNERABLES DEL NUEVO CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL Y COMERCIAL DE LA PROVINCIA DE CORRIENTES. UN GRAN AVANCE 174

FUSHIMI, Jorge F. PROCESO CONCURSAL, VULNERABILIDAD E HIPERVULNERABILIDAD 180

VANNEY, Carlos E. LA ÚLTIMA PORCIÓN 186

VÍTOLO, Daniel R. EL IMPACTO DEL SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS EN EL RÉGIMEN DE PRIVILEGIOS CONCURSALES PREVISTO EN LA LEY 24.522 192

VANNEY, Carlos E. BUSCANDO NUEVOS ASIENTOS 199

BOTTONI, Gabriela IMPACTO DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL EN EL RÉGIMEN DE PRIVILEGIOS: CONFLICTO ENTRE EL PRIVILEGIO LABORAL ESPECIAL Y LOS CRÉDITOS CON PRIVILEGIOS ESPECIALES GARANTIZADOS CON HIPOTECA. ASIENTO DEL PRIVILEGIO 206

DE CESARIS, M. Cristina - BOQUIN, Gabriela F. – GARCÍA, Silvana M. EL CRÉDITO POR ALIMENTOS EN LA QUIEBRA DE LA PERSONA HUMANA INCONSTITUCIONALIDAD E INCONVENCIONALIDAD DEL ART. 156 LCQ .. 214

KURLAT, Alicia UNA PROPUESTA PARA UNA NUEVA FORMA DE PAGO A LOS ACREEDORES 221

PEREYRA, Alicia S. LA LIQUIDACIÓN DE BIENES SIN QUIEBRA 228

FERRO, Carlos A. EL COMPORTAMIENTO ECONÓMICO DE LA LEY DE QUIEBRAS EN LA FORMA DE REALIZACIÓN DE LOS BIENES 235

MARTÍNEZ, Marisol ENVILECIMIENTO DE LA MONEDA Y DISTRIBUCIÓN DE DIVIDENDOS FALENCIALES 238

BOQUIN, Gabriela F. – CORRAO, Raquel, M. C., PAGO DE DIVIDENDOS EN DOLARES 247

BOQUIN, Gabriela F. – CORRAO, Raquel, M. C. QUIEBRA E INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS ART. 7 Y 10 DE LA LEY 23.928 251

DE FRANCESCO, Gerónimo LOS DATOS INFORMADOS SOBRE DEUDAS PREFALENCIALES 258

GRAZIABILE, Darío J.-GARCÍA BAMBILL Emiliano A. NO EXISTE EFECTO LIBERATORIO EN LA QUIEBRA DE LOS CRÉDITOS PREDEDUCIBLES 264

MARCOS, Fernando J. LA PERSONA HUMANA SOBREENDEUDADA QUE NO REALIZA ACTIVIDAD EMPRESARIAL. LIQUIDACIÓN SIN QUIEBRA. LA EXONERACIÓN DE SUS SALDOS INSOLUTOS 270

CARRARA, Carlos P. LA LIQUIDACIÓN JUDICIAL DEL FIDEICOMISO NO DA LUGAR A LA APLICACIÓN AUTOMÁTICA DE LA INHABILITACIÓN DEL FIDUCIARIO 278

RASPALL, Miguel Á. LA SEGUNDA OPORTUNIDAD FRENTE A LA CRISIS 284

GARCÍA, Silvana M. NADA ES PARA SIEMPRE. CONCLUSIÓN DE LA QUIEBRA POR PRESCRIPCIÓN DE LOS CRÉDITOS RECONOCIDOS POR LA SENTENCIA DE VERIFICACIÓN 290

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

eBooks

Nuevos libros, Nuevos conocimientos.

/edicionesdyd

/edicionesdyd

GrupoProfessional

EXCELENCIA EN CAPACITACIÓN

Perfeccionamiento Continuo en la Práctica del Derecho

/gpcursos

/grupoprofessional

DERECHO Concursal / PERSPECTIVAS ACTUALES

TOMO III: INSTITUCIONES CONCURSALES LIQUIDATIVAS

EBOOK

FUNCIONAMIENTO DE LA DECLARACIÓN DE QUIEBRA Y SU POSIBLE RECONDUCCIÓN

UNIVERSIDAD NACIONAL DEL SUR

Departamento de Derecho - Bahía Blanca, 2021

PEDIDO DE QUIEBRA POR ACREEDOR Y EJECUCIÓN INDIVIDUAL: NECESIDAD DE UNIFICAR CRITERIOS EN ARAS DE LA SEGURIDAD JURÍDICA

REGGIARDO, Roberto S.

Ponencia

La diversidad de criterios jurisprudenciales frente al pedido de quiebra por acreedor genera inseguridad.

Las diferencias se destacan, primero, al responder al interrogante sobre si el peticionante debe o no promover y agotar la ejecución individual, como requisito para solicitar la quiebra de su deudor, y segundo, para el supuesto de que haya iniciado aquella, por el grado de exigencias respecto a su continuación o abandono.

Es necesario que los justiciables sepan a qué atenerse, por lo que no es deseable unificar criterios.

Carece de todo sustento legal exigir al acreedor que haya promovido y agotado la ejecución individual, como requisito para pedir la quiebra de su deudor, más aún cuando cuenta con una sentencia de condena incumplida contra su deudor.

Y si voluntariamente promovió una ejecución individual, solo cabe exigirle que no la continúe simultáneamente con el pedido de quiebra ni incurra en conducta abusiva.

Desarrollo

1. Introducción

En caso de que un acreedor con condena judicial dictada en proceso de conocimiento pida la quiebra de su deudor, se puede encontrar con diferentes criterios judiciales que perjudican el valor seguridad jurídica.

Es necesario unificarlos para que los justiciables —y sus abogados— sepan a qué atenerse.

La primera discordancia jurisprudencial radica en la necesidad o no de que el acreedor peticionante de quiebra deba acreditar haber intentado infructuosamente el cobro de su crédito en ejecución individual (de sentencia o de honorarios, según el caso).

La segunda, habiendo intentado la ejecución individual, sin éxito, respecto a la "coexistencia" de ambos trámites, ¿cuál es la conducta exigible al acreedor que inició la ejecución individual, frente a su coetáneo pedido de quiebra?

2. ¿Debe el acreedor peticionante promover y agotar la ejecución individual para poder pedir la quiebra?

Criterio minoritario

El acreedor debe intentar cobrar su crédito en ejecución individual, y recién luego de agotada esta puede pedir la quiebra. El incumplimiento de una obligación demuestra la insatisfacción del acreedor, pero no necesariamente la insolvencia. El pedido de quiebra se usa generalmente como un medio rápido y fácil de satisfacer al acreedor[1].

Cabe exigirle al acreedor que promueva y agote la ejecución individual, por ejemplo embargos frustrados, acreditando que por la vía de la ejecución individual nada se ha podido obtener, y que no quedaron sin requerirse medidas tendientes a conocer activos de la demandada. El pedido de quiebra debe ser consecuencia del fracaso de la ejecución individual[2].

Criterio mayoritario

El acreedor peticionante no necesita promover la ejecución individual para pedir la quiebra, porque no hay norma que se lo exija. Tienen objetos diferentes y aquella exigencia dilata el abordaje de la crisis patrimonial del deudor[3]. Por ejemplo, le basta para pedir la quiebra la existencia de una condena firme que surja de un juicio de conocimiento, aunque se conozca la existencia de bienes, pero no su valor[4], o exhibir cheques rechazados librados por el deudor[5].

Si el acreedor cuenta con sentencia firme, no necesita ejecutarla para pedir la quiebra[6]. No cabe exigirle al acreedor peticionante de quiebra —menos aun si cuenta en su favor con una condena judicial firme insatis-

1 Fallo de 1era. Instancia en "Escudero, Máximo Enrique le pide la quiebra Haddad, José Rodolfo", revocado por la mayoría de la CNCom. Sala A, con disidencia del Dr. Chomer, el 09/03/21. Cita digital: EOLJU193443A Ed. Errepar 29/04/21.
2 Disidencia Dr. Heredia CNCom, Sala D, 25/09/18, "Construcciones Neuquén 831 SA le pide la Quiebra Liñeiro, Carmen B.", Cita: IJ-DXLIII-368, R.A.D. Concursal, 19/12/18.
3 Mayoría de la CNCom, Sala A, 09/03/21, "Escudero, Máximo Enrique le pide la quiebra Haddad, José Rodolfo". Cita digital: EOLJU193443A Ed. Errepar 29/04/21.
4 CNCom, Sala C, 09/05/19, "Menendez, Alfredo Sebastian le pide la quiebra Plasticos Argentinos S.A. s/quiebra".
5 CNCom, Sala F, 13/12/18, "Goldberg, Gaston Ricardo le pide la quiebra Cooperativa de Credito Pampa Ltda.". CNCom, Sala C, 11/06/18, "Inmantec S.R.L. le pide la quiebra Osde Organizacion de Servicios Directos Empresarios".
6 STJER, Sala CyC, 23/11/10, "Casa All SCA s/ pedido de quiebra", DJ II-203.

fecha— que acredite la inexistencia de bienes para satisfacer su crédito ni haber incoado y luego agotado la ejecución individual, pues esos recaudos carecen de toda base legal[7].

No es un requisito legal que el peticionante de la falencia previamente haya agotado la vía de ejecución individual en procura de satisfacer su crédito[8].

La mora en el cumplimiento de una obligación legitima al acreedor a demandar la quiebra del deudor, sin necesidad de promover una acción individual de cobro, por lo que, deducida tal pretensión, se debe citar al deudor a fin de que formalice las declaraciones o acreditaciones que estime necesario para oponerse o aceptarlo. Imponer mayores exigencias es ir más allá de la ley. La no promoción de la acción individual por parte del acreedor peticionante carece de virtualidad impeditiva[9].

Basta la sentencia del juicio ejecutivo con sustento en cheques rechazados, más aun si está acreditado pedido de inhibición general de bienes (supone desconocimiento de bienes embargables) y otros incumplimientos[10]. No puede requerirse la ejecución individual previa al acreedor que ostenta cheques rechazados[11]. Tampoco al letrado que cuenta con regulación de honorarios firme contra el deudor[12].

3. ¿Qué conducta cabe exigirle al acreedor que antes de pedir la quiebra promovió ejecución individual?

En este aspecto, más que dos posiciones nítidamente contrapuestas, hay distintos grados con respecto a la conducta exigible al acreedor que ha promovido ejecución individual y luego pide la quiebra del mismo deudor, por supuesto, con las influencias del caso concreto; desde la que exige desistimiento de aquella ejecución hasta la que se limita a procurar que el acreedor no abuse de su derecho a pedir la quiebra.

7 Mayoría de la CNCom, Sala D, 25/09/18, “Construcciones Neuquén 831 SA le pide la Quiebra Liñeiro, Carmen B.”, Cita: IJ-DXLIII-368, R.A.D. Concursal, 19/12/18 y por unanimidad en 26/06/18 “Sistema de Lavado Móvil PW Argentina S.A. le pide la quiebra Rosa, Ramiro Enrique”. CNCom, Sala F, 06/02/18, “Hernandez, Marcos Javier le pide la quiebra Nasra, Jose Maria”.

8 CNCom., Sala F, 31/07/18, “Meypack S.A. le pide la quiebra Union Obreros y Empleados Plasticos”.

9 CA C del Uruguay, SCC, 20/09/17, “Agroinsumos La Delfina SRL s/Pedido de Quiebra” Cita:IJ-CDLXXXIV-254.

10 CNCom., Sala C, 10/10/17, “Industrias Alimenticias Mendocinas SA le Pide la Quiebra O.S.S.I.M.R.A.”.

11 CNCom, Sala C, 18/04/17, ”Alimenticias Mendocinas S.A.. le pide la quiebra Compañia de Recaudaciones S.A.”.

12 CNCom. 18/08/16, Sala C, “Wu, Zhangki, le pide la quiebra Mansueti, Hugo R. s/Pedido de Quiebra”.

Los criterios más restrictivos sostienen que no es procedente declarar la quiebra cuando se encuentra abierta la vía individual, por cuanto ello podría equipararse a un medio alternativo de esa ejecución, estando pendiente de culminación, por ejemplo, cuando la acreedora tiene trabado y vigente embargo contra la deudora o de alguna manera no ha abandonado la ejecución individual[13]. Y así se afirma que la ejecución colectiva se encuentra vedada si no se ha acreditado la insuficiencia patrimonial en la vía individual[14]; debiendo verificarse, en resguardo del principio *electa una via non datur recursus ad alteram*, que no medien, por parte del acreedor, solicitudes pendientes orientadas al cumplimiento de, por ejemplo, una ejecución de sentencia, para que no coexistan dos vías abiertas en forma simultánea, siendo que lo relevante en estas hipótesis es que quede en claro que el peticionario optó por una[15].

Por ello, aun cuando se considere que el acreedor no tiene el deber de promover la ejecución individua para pedir la quiebra, si la promovió (implícita afirmación de que el deudor puede pagar), debe concluirla antes de pedir la quiebra[16]. Así, se sostiene, debe rechazarse la petición de falencia, si el acreedor no agotó el juicio ejecutivo, o siquiera, haber demostrado la inutilidad de proseguir su curso, por lo que al no haber agotado la vía individual de cobro, no resulta procedente solicitar la declaración de quiebra (en el caso, embargo sobre inmueble ordenado no diligenciado)[17].

Con criterio más flexible, se ha decidido que es procedente la declaración de quiebra si el peticionante demuestra que ha realizado gestiones razonables tendientes a su cobro en la vía individual y no ha tenido éxito[18].

Y en el otro extremo, se comienza reconociendo la inexistencia de norma legal que refiera a la cuestión, no advirtiéndose incompatibilidad dada la distinta finalidad y presupuestos de ambas acciones, no justificándose el requisito del desistimiento y siendo el pedido de quiebra la mejor demostración de no continuidad de la ejecución individual[19].

13 CNCom, Sala B, 19/06/19, "Vázquez Nanini, Pablo Eduardo le pide la quiebra Garcia Briones, Beatriz".
CNCom, Sala B, 14/08/18, "Sucesion de Bernardi Eduardo Enrique y otro le pide la quiebra S. G. I. Argentina S.A.".
14 CNCom, Sala B, 12/06/18, "Serebrisky, Alan le pide la quiebra de Andreis, Mirta Norma".
15 Mayoría de CNCom, Sala D, 25/09/18, "Construcciones Neuquén 831 SA le pide la Quiebra Liñeiro, Carmen B.", Cita: IJ-DXLIII-368, R.A.D. Concursal, 19/12/18.
16 CNCom., Sala C, 13/07/18, "Recyclados Leo S.A. le pide la quiebra Union Obreros y Empleados Plásticos".
17 CNCom., Sala D, 11/08/16, "Larrosa Vazquez, Roberto R. le Pide la Quiebra a Reynard Nilvio".
18 CNCom., Sala C, 23/05/19, "Alberici Construcciones SA le Pide la Quiebra Robles, Elsa M."; R. A. D. Concursal, 14/08/19, Cita: IJ-DCCLII-558.
19 Graziabile, Darío; "*Declaración de quiebra…*", pp. 112-115, Abeledo Perrot.

4. Conclusiones

En aras del valor seguridad jurídica, deben unificarse criterios en las decisiones de la Justicia.

No es necesario que el acreedor peticionante de quiebra haya promovido y agotado la ejecución individual para que sea viable su solicitud, más aún cuando cuenta con una sentencia de condena incumplida contra su deudor.

Pero si promovió una ejecución individual, solo cabe exigirle que no la continúe simultáneamente con el pedido de quiebra ni incurra en conducta abusiva (como por ejemplo haber embargado bienes suficientes para satisfacer su acreencia y no intentar su subasta).

LAS CONDICIONES EXIGIDAS PARA PLANTEAR EL INCIDENTE DE NULIDAD CONTRA LA AUSENCIA O VICIOS DEL EMPLAZAMIENTO DEL ART. 84 LCQ

CARDOSO, José R.

Ponencia

En la presente ponencia afirmamos la inexistencia de una vía impugnativa para declarar la nulidad del emplazamiento del art. 84 LCQ cuando este adolece de algún vicio y el deudor no ha sido emplazado para que invoque y pruebe cuanto estime conveniente a su derecho, por ello, es necesario acudir a las previsiones de las leyes de rito local (art 278 LCQ) que sean compatibles con la rapidez y economía del trámite concursal, a fin de remediar, por vía del recurso de nulidad, estos vicios procesales invalidantes. Si bien, remarcamos que la ausencia o el vicio del emplazamiento puede afectar el derecho de defensa en juicio que tiene raigambre constitucional, no es correcto aplicar la vía impugnativa local en todos los casos, de manera automática, sino que debe ponderarse en cada caso concreto que esté reunida una serie de condiciones; la primera: que el fallido hubiera sido privado de la oportunidad para oponer, en tiempo y forma, las defensas que eran razonablemente idónea y apta para desvirtuar los hechos reveladores invocados por el acreedor peticionante; la segunda, que las defensas oponibles puedan plantearse en el trámite del procedimiento prefalencial; por último: que la privación de aquellas defensas causen un gravamen que no pudiera encontrar reparación ulterior, esto es, que no exista otra instancia o medio judicial posterior que pueda subsanar la lesión al derecho de defensa en juicio sufrida por el fallido.

Desarrollo

En el presente trabajo planteamos el siguiente interrogante: ¿se puede impetrar incidente de nulidad contra la omisión o vicios del emplazamiento previsto en el art. 84 de la Ley de Concursos y Quiebras (en adelante: LCQ)?

En la doctrina nacional, hemos encontrado distintas opiniones sobre el tema, aunque por razones de brevedad mencionaremos —en un modo muy acotado y con el fin de mostrar sus diferencias— solo algunas de ellas: por un lado, Heredia acepta la posibilidad de declarar incluso de

oficio la nulidad de la sentencia de quiebra que se dicta sin previamente haber dado oportunidad al deudor para ser escuchado[20], para el autor, el emplazamiento tiene un indiscutido raigambre constitucional, pues la inviolabilidad de la defensa en juicio (art 18, Const. Nac.) requiere que todo litigante sea oído y se le brinde ocasión de hacer valer sus derechos, lo que se estima satisfecho cuando es notificado de la existencia del procedimiento que se le sigue, extremo que —según doctrina de la CSJN— debe ser observado en toda clase de juicios, lo que incluye obviamente al de quiebra[21]. Por su parte, Rouillón ha sostenido que como el recurso de nulidad no está regulado por la Ley de Concursos y Quiebras[22], eso hace necesario acudir a las previsiones de las leyes de rito local (art. 278 LCQ) que sean compatibles con la rapidez y economía del trámite concursal, a fin de remediar, por vía del recurso de nulidad, los vicios procesales invalidantes[23]. En otra posición, Cámara expresaba que la omisión en la citación del deudor no vicia de nulidad la sentencia de quiebra, salvo que lo haya privado de la posibilidad de demostrar la inexistencia de los presupuestos sustanciales para la formación del concurso. De esta manera: "el fallido podrá pedir que la sentencia sea anulada por indefensión; pero al efectuar el planteo deberá indicar cuidadosamente de que defensas se vio privado. Tales defensas, por supuesto, no podrán ser sino las concernientes a su concursabilidad y a su estado de insolvencia"[24].

Concebida la nulidad como el medio de impugnación para reparar errores de procedimiento[25], coincidimos con Rouillión, la ley concursal no refie-

20 Heredia Pablo, Tratado Exegético de Derecho Concursal, Tomo 3, Editorial Abaco de Rodolfo Depalma, Ciudad de Buenos Aires, 2001, p. 667.

21 Heredia Pablo, Ob. Cit., p. 300; Quintana Ferreyra, Concursos Ley 19551. Comentada, Anotada y Concordada, Tomo II, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1986, p. 98, 173

22 A su vez Quintana Ferreyra afirma: "Si bien la ley no regula expresamente el recurso de nulidad, debemos reconocer la posibilidad de cuestionarla cuando haya sido dictada en violación a las normas procesales, acudiendo a la vía incidental que impone el art 303 y correlativos, y en mérito de la aplicación subsidiaria de las normas procesales (art 301)" (Quintana Ferreyra, Ob Cit. p. 173)

23 Junyent Bas Francisco, Berardo Mónica, "Los recursos procesales" en: Rodríguez Juárez Manuel, González Zamar Leonardo, Recursos Derecho Procesal, Editorial Mediterránea, Córdoba, 2006, pag. 177.

24 Cámara Héctor, El concurso preventivo y la quiebra, Tomo III, Depalma, Bs As, 1986, p.1694. Esta posición se ha reflejado en alguna jurisprudencia CN Com, Sala C, 11/6/97 "Cusenier SA c/ Zuwarycz Olga" LL T1998 B, p 712).

25 Para cuestionar anomalías o irregularidades acaecidas en un procedimiento que culmino con sentencia, la vía procesal pertinente e idónea es la del incidente de nulidad. En este sentido ha sostenido Palacio que la promoción del incidente de nulidad "constituye la única vía admisible para obtener la declaración de nulidad de cualquier acto procesal realizado durante el curso de una instancia, salvo que la impugnación se funde en la existencia de un defecto vinculado con alguno de los requisitos que deben reunir las resoluciones judiciales, y estas, asimismo, sean susceptibles de recursos. Por lo tanto, el incidente procede aun en el supuesto de que, a raíz de un acto defectuoso, se haya dictado una resolución judicial, pues en tal hipótesis no se impugna a esta en sí misma sino en la medida en que configura la culminación de un proceso irregular" Palacio Lino E., Derecho Procesal Civil, Tomo IV,

re a esta ni para regularla ni para prohibirla, por lo que tal ausencia de prohibición expresa, así como el vacío legal, determina la operatividad del art. 278 LCQ, debiéndose acudir a las previsiones de las leyes de rito locales compatibles con la rapidez y economía del trámite concursal, a fin de remediar, por vía de nulidad, los vicios procesales invalidantes[26]. Cabe aclarar que la aplicación supletoria de la normativa procesal local tiene como consecuencia que, en algunas provincias, la vía impugnativa aplicable sea el incidente de nulidad cuyos requisitos de forma, modo y plazo de interposición y tramitación estarán supeditada al lugar en donde la ley sea aplicada.

Por otro lado, comprendemos que el recurso de reposición se funda principalmente en la inexistencia de los presupuestos sustanciales para la formación del concurso al momento de dictarse la sentencia de quiebra. Por ende, los vicios de forma no pueden fundar el recurso de reposición[27].

Hechas estas aclaraciones, creemos que la decisión sobre la procedencia de la nulidad debe ser ponderada en cada caso concreto de manera razonablemente fundada, atendiendo a las particularidades de la situación planteada, porque, si bien el emplazamiento prescripto por el art. 84 LCQ tiene la finalidad de posibilitar el ejercicio del derecho de defensa en juicio del deudor, esto no autoriza a declarar de forma automática, en todos los casos, la nulidad del procedimiento prefalencial. La razón que invocamos para hacer esta afirmación es una regla de la teoría procesal que reza: "no existe nulidad por la nulidad misma" que, trasladada al ámbito del derecho concursal y a estos supuestos en particular, exige los siguientes recaudos: primero, que el fallido hubiera sido privado de la oportunidad para oponer, en tiempo y forma, las defensas que eran razonablemente idónea y apta para desvirtuar los hechos reveladores invocados por el acreedor peticionante; segundo, que las defensas oponibles puedan caber en el molde del procedimiento prefalencial[28]; tercero, que

Abeledo Perrot, Bs As, pp. 164/165.

26 Cfr. ROUILLON, Adolfo A. N. Procedimientos para la declaración de quiebra. Rosario. Zeus, 1982, pág. 121; También, tiene dicho el autor, la restricción recursiva regulada por el art 273, inc. 3, LCQ refiere a la apelación, pero no a la nulidad. Rouillion Adolfo, Código de Comercio, Comentado y Anotado, Tomo IV – B, La Ley, Buenos Aires, 2007, p. 123.

27 Heredia Pablo, Ob. Cit., p. 667;

28 La primera exigencia que advertimos a la hora de analizar las defensas del deudor, está relacionada a la rapidez y celeridad que debe imprimírsele al trámite prefalencial. Teniendo en cuenta que no existe juicio de ante quiebra. Para algunos autores, es claro que este trámite se resuelva a través de prueba documental o preconstituida acompañada por las partes (acreedor peticionante y deudor) al momento de comparecer procesalmente, aunque algunos admiten la confirmación de ello a través de alguna prueba fácil y rápida o aquellas que puedan producirse dentro de un plazo compatible con el carácter sumario del procedimiento. Para Graziabile, es inadmisible, por exceder el marco de la ante quiebra la prueba confesional, testimonial y pericial. Mientras que la informativa únicamente será admisible cuando el acreedor o deudor la acompañen diligenciada como documental en sus respectivas presentaciones. En cambio, para Rivera, en principio no corresponde la

la privación de aquellas defensas causen un gravamen que no pudiera encontrar reparación ulterior, esto es, que no exista otra instancia o medio judicial posterior que pueda subsanar la lesión al derecho de defensa en juicio sufrida por el fallido.

Para ilustrar nuestras afirmaciones analizaremos solo dos de las numerosas defensas[29], que podría esgrimir el deudor en oportunidad de contestar el emplazamiento del art 84 LCQ.

Supongamos que se produjo una omisión o defecto en el emplazamiento que impidió al deudor, en la instrucción prefalencial, invocar la ilegitimidad del crédito del acreedor peticionante o alegar un error en la persona, indicando que no era él, sino un homónimo el que debió estar en juicio. En estos casos ¿el deudor puede plantear el incidente de nulidad? En el primer supuesto, si para declarar la quiebra se invocaron una pluralidad de hechos reveladores, debemos tener presente que la posición dominante de la doctrina nacional[30] sostiene la imposibilidad de que el remedio establecido por el art. 94 LCQ sea una vía idónea para cuestionar la legitimidad del crédito del acreedor peticionante. Frente a esta situación, si el fallido puede acreditar la ilegitimidad del crédito y posee las defensas idóneas y aptas para hacer caer todos los hechos reveladores de la cesación de pago, además, si estas defensas son admisibles dentro del trámite de la instrucción prefalencial y, por último, si es evidente que no hay en el proceso, otra oportunidad para subsanar la lesión a su derecho

apertura a prueba del pedido de quiebra, por estar vedado el denominado "juicio de ante quiebra". Sin embargo, en ciertos casos es prudente admitir prueba informativa y pericial. Rivera Julio Cesar, Derecho Concursal, Tomo III, La Ley, Buenos Aires, 2014, p. 59

29 Las defensas que podrá oponer el deudor se limitan a la denuncia de presentación en concurso preventivo anterior (art. 10, LCQ) (259), petición de propia quiebra (art. 82, LCQ), falta de legitimación o personería del acreedor peticionante, falta de legitimación pasiva en el emplazado, no ser el deudor sujeto concursable, inexistencia del estado de cesación de pagos. 260, que quien se presenta como acreedor, no es el titular del crédito por haber una cesión de créditos, que el crédito no existe por ser falsa la firma atribuida al deudor, que la acreencia se ha extinguido por cualquiera de las formas previstas de pago en sentido lato o por haber prescripto la acción, o que el crédito no es exigible, de un acreedor comprendido en un acuerdo homologado judicial o extrajudicial, por ser un acreedor con una acreencia bajo condición suspensiva o por tratarse de un acreedor excluido en los términos del art. 81, LCQ, no es el sujeto debitoris del crédito en virtud del cual se acredita el carácter de acreedor de aquel que le pide la quiebra (vgr. homonimia), es decir, la relación jurídica invocada no le pertenece, aducir y probar la falta de legitimación sustancial del acreedor, lo que supone en sí mismo cuestionar el crédito invocado por él o cuestionar el crédito por ejemplo planteando su inexistencia, prescripción, invocar y acreditar la ausencia de capacidad en el peticionante de la quiebra, o denunciar la carencia o insuficiencia de los poderes de sus representantes, controvertir que los hechos sumariamente acreditados por el acreedor sean reveladores de un estado de cesación de pagos, demostrando hallarse *in bonis*", celebrar acuerdo preventivo extrajudicial tendiente a superar dificultades económicas o financieras de carácter general o su cesación de pagos (arts 69 a 76 LCQ).

30 Roullion, Adolfo, "Triple replica. A propósito del recurso de reposición contra la sentencia de quiebra", ED, t 125, p. 733; Cámara Héctor, Ob. Cit. p. 1807; Quintana Ferreyra, Ob. Cit., p. 181

de defensa ¿es correcto negarle al fallido la posibilidad de interponer el incidente de nulidad? No nos parece correcto que, en el caso mencionado, el fallido solo disponga del recurso de reposición o el levantamiento sin tramite, pues ambos recursos no tienen efectos suspensivos, y demandan mayores exigencias y cargas para su procedencia. Esta situación coloca al fallido en una posición injustificadamente desventajosa, que podría haberse evitado con el emplazamiento en tiempo y en forma, por lo tanto, en esta situación, creemos que podría declararse la nulidad del acto viciado. En cambio, el caso cambiaría sustancialmente cuando el incumplimiento relativo a ese acreedor peticionante fuera el único hecho invocado como hecho revelador del estado de cesación de pago que sustentó el dictado de la quiebra, puesto que, en esta circunstancia una amplia doctrina y jurisprudencia ha sostenido la posibilidad de fundar el recurso de reposición en la causal de inexistencia o ilegitimidad del crédito, pues, en tal caso, se destruiría el elemento indiciario de la insolvencia[31,32]. En dicha situación no resultaría necesario el incidente de nulidad, pues el de reposición constituye la instancia ulterior que subsana la afectación al derecho de defensa en juicio.

El segundo es un caso extremo, si en consecuencia de la falta o vicio del emplazamiento, la quiebra se dictó respecto de una persona diversa de la que debió ser declarada fallida, corresponde declarar la nulidad del acto procesal viciado que acarrea la nulidad de la sentencia, mediante la promoción del incidente respectivo. Sería injusto, incluso absurdo, para el fallido, indebidamente declarado como tal, interponer el recurso de reposición, acreditar no ser él el deudor y, además, demostrar que no se encuentra en estado de insolvencia.

Dado el carácter restrictivo de las nulidades, es necesario que el fallido exprese, al promover el respectivo incidente, el perjuicio[33] sufrido y mencionar, en su caso, las defensas[34] que no ha podido oponer como consecuencia del vicio alegado, para que el juez pueda meritar la seriedad del planteo o desestimar sin más trámite el pedido de nulidad cuando este persigue dilatar el proceso. Quien pide la nulidad inexorablemente

31 Rouillion Adolfo A. N., Procedimientos para la declaración de quiebra, Zeus Editora, Rosario, 1982, p. 106/107; Heredia Pablo, Ob. Cit., p. 664;

32 C Apel CC Cba. 2° Nom., Sent. N° 71, del 19/05/2016, en: "Sucesiones del Sr. Jose Perez Cordi o Jose Perez – Quiebra pedida simple otras causas de remisión" (Expediente N° 2242008/36)

33 Pensamos que, para plantear la nulidad del emplazamiento, el fallido no debe expresar cual es el perjuicio que le causo el acto de notificador viciado, atento a que el daño se encuentra presente en la propia declaración de falencia, con las graves consecuencias personales y patrimoniales que ella apareja.

34 un presupuesto necesario para la actuación de la ley es un proceso donde se haya acordado a los litigantes las garantías constitucionales de la defensa en juicio; es decir, la razonable oportunidad de defenderse, ofrecer y producir pruebas, en parejas situaciones y ante un juez idóneo

debe indicar cuáles son las defensas o pruebas que no pudo presentar oportunamente, pues no es admisible la nulidad por la nulidad misma.

Conclusión

Como lo señala Junyent Bas, "el esquema falimentario debe integrarse con las normas rituales (art. 278 de la LCQ), para comprender y completar el sistema recursivo"[35]. De este modo, entendemos, si bien el incidente de nulidad no está previsto en la Ley de Concurso y Quiebra, este puede ser procedente cuando están reunidos los recaudos exigidos por el art. 278 de la LCQ, esto es, la ausencia de regulación normativa expresa y la compatibilidad de las normas procesales locales aplicables, con la economía y rapidez que debe imprimírsele al proceso concursal. Asimismo, la vía impugnativa local, a pesar de ser un invitado, cuando se aplica en el ámbito concursal, debe aplicarse sin despojarla de los elementos esenciales que la caracterizan según el marco normativo establecido por el Código de rito local[36].

Como lo habíamos expresado, consideramos que el incidente de nulidad solo será procedente en supuestos de "excepción" y sujeto al cumplimiento de una serie de condiciones, que tendrán que ser rigurosamente ponderadas. En cada caso concreto, dichas condiciones deben consistir, primero, que el fallido pueda invocar una defensa apta e idónea para desacreditar la existencia del hecho revelador invocado por el acreedor peticionante de la quiebra; segundo, que dicha defensa se ajuste a las limitaciones de debate y prueba que rigen para la etapa prefalencial, es decir, que sea una defensa cuya prueba pueda ser producida en esta etapa; por último, que se presente la imposibilidad de subsanar con posterioridad la lesión al derecho de defensas en juicio.

Una razón adicional a favor de la admisión del incidente de nulidad en estos casos es la posibilidad de hacer efectivo el principio de conservación de la empresa, ya que, si el incidente procede, el fallido podrá dejar sin efecto la quiebra declarada y continuar con su actividad económica. Pensamos que la importancia de la protección de la empresa[37] justifica

35 Junyent Bas, Francisco, Berardo Mónica, "Los recursos procesales" en: Rodríguez Juárez Manuel, González Zamar Leonardo, Recursos Derecho Procesal, Editorial Mediterránea, Córdoba, 2006, pag. 177

36 En la provincia de Córdoba, la impugnación bajo examen se plantea por medio de un incidente de nulidad, dentro de los 5 días después de conocido el vicio que afecta el acto procesal, bajo pena de inadmisibilidad, asimismo, lleva el trámite de un juicio abreviado.

37 Raspall expresa que la importancia de la protección de la empresa está directamente vinculada con el altísimo valor social que a ella se le confiere como factor de producción de bienes y servicios, generador de empleo y tributos; todo lo cual muestra, en definitiva, que en la "empresa" se encuentra comprometido el interés general y de allí el dictado de normas de orden público económico vinculadas a su tutela. Raspall Miguel Ángel, Raspall

que se admita la procedencia del incidente de nulidad cuando este pueda revocar la declaración indebida de la quiebra del fallido.

Todo lo dicho, en cada caso en particular, debe encontrar un equilibrio razonable para tutelar todos los intereses involucrados, por ello, es menester que el proceso concursal admita el incidente de nulidad solo en los casos en que el ingreso de esta vía impugnativa no desnaturalice la instrucción prefalencial, anulando la rapidez que necesita la declaración de quiebra, para evitar que el deudor de mala fe, conociendo la acción instaurada disponga de tiempo suficiente para hacer desaparecer su activo. En esta dirección, adquiere importancia la función del juez que podrá meritar la seriedad del planteo o desestimar sin más trámite el pedido de nulidad cuando este persigue dilatar el proceso.

María Laura, Derecho concursal de la empresa, Tomo I, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2014, p. 19. El autor agrega para enfatizar la importancia de la empresa la afirmación de Alegría: "la empresa no es solo una propiedad o una fuente de renta; es, asimismo, un centro de optimización de los recursos, una fuente de riqueza social y un eslabón imprescindible en la cadena de los valores plurales de la sociedad en su conjunto y de los grupos de individuos que la componen" Alegría Héctor, "La empresa como valor y sistema jurídico", LL, 2006 -D- 1175.

LEGITIMACIÓN DE LOS TERCEROS INTERESADOS Y LOS DEMÁS ACREEDORES PARA PROMOVER EL RECURSO DE REPOSICIÓN DEL ART. 94 LCQ

CARDOSO José R.

Introducción

Al realizar un análisis de quiénes son los sujetos legitimados para interponer el recurso de reposición contra la sentencia de quiebra, encontramos diferencias doctrinarias sobre si solo pueden recurrir el fallido y los socios de responsabilidad ilimitada o si también podría admitirse dicha legitimación a los acreedores y los terceros interesados, como lo admite el derecho italiano fuente de la norma en análisis.

Sobre el tema podemos identificar diversas posturas. Una **primera opinión**[38] sostiene que la LCQ legitima para interponer el recurso de reposición contra la sentencia de falencia *exclusivamente* al fallido y al socio ilimitadamente responsable cuando la quiebra fue demandada por un acreedor, y en el supuesto de que el pedido lo formulara la propia sociedad, está legitimado aquel socio que no ha prestado su conformidad al efecto; Menéndez identifica una **segunda opinión**[39] que, según su parecer, se excede del texto legal cuando afirma que todos los interesados que posean un interés patrimonial pueden interponer el recurso de reposición contra la sentencia de quiebra. Entre sus defensores el autor citado menciona a Raymundo Fernández que ha dicho que todo interesado en la revocación de la sentencia de quiebra debe poder recurrir a esta vía. Porque la sentencia proviene de un juicio universal y su validez —sin dejar pasar que produce efectos *erga omnes*— una vez firme, no podrá ser cuestionada y nadie podrá eludir sus alcances[40]; una **tercera opinión**[41]

38 Entre los autores que propugnan una legitimación restrictiva encontramos: Quintana Ferreyra, quien señaló: "Si bien es verdad que en razón de los efectos *erga omnes* que produce la sentencia, se pueden afectar intereses de terceros, también es cierto que el interés privado de los acreedores, debe ceder ante el principio de integridad del patrimonio que fundamenta diversas disposiciones del régimen concursal" Quintana Ferreyra, Francisco, *Concursos. Ley 19551, comentada, anotada y concordada*, Tomo II, Astrea, Buenos Aires, 1986, p. 177; Argeri Saúl A., *La quiebra y demás procesos concursales*, Tomo 2, Platense, La Plata, 1972, pp. 95/96.

39 Menéndez identifica la segunda posición con la denominación de *Legitimación Amplia*.

40 Fernández, Raymundo, *Fundamentos de la quiebra*, Cía. Impresora Argentina, Buenos Aires, 1937, pp. 606/7.

41 Ramírez José A., *Derecho concursal español. La quiebra*, Bosch, Barcelona, 1959,

es la que en la doctrina nacional ha sumado más adeptos, pues si bien se ajusta al texto de la ley, ha criticado su carácter restrictivo. Al respecto, Heredia dice que la ley vigente confiere *exclusivamente* legitimación al fallido y al socio de responsabilidad ilimitada, excluyendo, por lo tanto, otros posibles sujetos, tales como los acreedores del fallido, aun en ejercicio de la acción subrogatoria y a los terceros interesados; el autor afirma, criticando el carácter restrictivo de la ley, debería reconocérseles el derecho a oponerse a la sentencia de quiebra a los acreedores pues ante el dictado de la misma quedan privados de las acciones individuales que podrían dirigir contra el patrimonio del deudor[42]. Podemos sumar otra razón adicional, la de Martorell, que expresa: "al concurrir estos acreedores al concurso en igualdad con el resto pierden el *prior in tempore potior in jus"*[43]. Expresión latina que puede traducirse como: "Primero en el tiempo, mejor en el Derecho". Otro de los autores enrolados en esta línea de pensamiento ha sido Piero Pajardi y ha opinado que darle legitimación a los acreedores y terceros interesados significará un avance en nuestra legislación y será una forma de proteger la conservación de la empresa porque será cualquier proveedor, accionista los que podrán levantar la quiebra del deudor y continuar con su actividad económica[44]. En este sentido, Chomer, citando jurisprudencia de la Cámara Nacional de Comercio[45], ha opinado que debe primar el principio de conservación de la empresa, por lo cual confirmar la declaración de quiebra en esa circunstancia importaría actuar con excesivo rigor formal, en detrimento de los intereses de los acreedores y la propia concursada[46].

Interpretación no extensiva de la norma

Rivera afirma que la ley de Concurso y Quiebra subsiste como un microsistema legislativo y mantiene su vigencia como complementaria del CCCN, art. 5, ley 26.994[47]. Que no se ha propuesto recodificar todo como método para ordenar nuevamente el sistema sino simplemente integrar

pp. 743/4, citado en: Menéndez, Juan Augusto, *El recurso de reposición contra la sentencia de quiebra*, 2ª edición, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009, p. 66. Heredia, Pablo, *Tratado Exegético de Derecho Concursal*, Tomo III, Ábaco, Buenos Aires, 2001, p. 641.

42 Heredia, Pablo, *Tratado Exegético de Derecho Concursal*, Tomo 3, Ábaco, Buenos Aires, 2001, pp. 641/642.

43 Martorell, Ernesto Eduardo, *Ley de concursos y quiebras comentada*, Tomo II, La ley, Buenos Aires, 2012, p. 868.

44 Pajardi, Piero, *Derecho Concursal*, Tomo 1, Abaco, Buenos Aires, 1991, p. 425.

45 CNCom. Sala A 15/11/08 "Espelta SA s/ quiebra s/inc de apelación".

46 Chomer, Héctor Osvaldo (director) y Frick, Pablo D., *Concursos y Quiebras, Ley 24522, Comentada, Anotada y Concordada*, Astrea, Buenos Aires, p. 409.

47 Ley 26.994, art. 5: Las leyes que actualmente integran, o complementan o se encuentran incorporadas al Código Civil o al Código de Comercio, excepto las establecidas en el art. 3 o en la presente ley, mantienen su vigencia como leyes que complementan al Código Civil y Comercial de la Nación aprobado por el art. 1 de la presente.

y ordenar un sistema coherente recurriendo a las normas fundamentales para lograrlo. Además, si a lo expresado le sumamos que los Códigos son el reservorio de los conceptos generales que al relacionarse con los microsistemas los hace comprensibles y constituyen el tejido conectivo de la legislación[48]. Parece aceptable en el caso bajo análisis, a los fines de lograr una mayor comprensión y coherencia de todo el sistema jurídico, que se haga uso del sistema de fuentes y de las reglas de interpretación fijadas en los arts. 1 y 2 del CCCN.

A la luz de los arts. 1 y 2 del CCCN, el art. 94 de la LCQ que reza: **"El fallido puede interponer recurso de reposición cuando la quiebra sea declarada como consecuencia del pedido de un acreedor. De igual derecho puede hacer uso el socio ilimitadamente responsable, incluso, cuando la quiebra de la sociedad de la que forma parte hubiera sido solicitada por esta sin su conformidad"** no puede interpretarse, en el caso concreto, recurriéndose únicamente a una interpretación literal o exegética de dicha normativa.

Seguimos las enseñanzas de Guastini en lo referido al argumento a contrario para aplicarlas al caso en estudio (art. 94 LCQ). Sobre el tema, el autor afirma que este argumento conoce dos variantes[49], para el caso que analizamos nos parece acertado adoptar la variante en donde el argumento a contrario se reduce a la producción de una laguna normativa. Por eso, rechazamos la opinión doctrinaria que sostiene la legitimación exclusiva del fallido y del socio ilimitadamente responsable basado en una norma implícita, con la siguiente construcción: si no es fallido o no es socio de responsabilidad ilimitada, no tiene legitimación para impugnar, pues esta conclusión implícita extraída de la norma afirmativa no supera un examen lógico porque ella es resultado de un razonamiento inválido, por carecer del elemento condicionante y necesario para construir dicha afirmación, ante la ausencia del adverbio "solo o exclusivamente". En todo caso, si esa fue la intención, debió construirse de la siguiente manera: *"El recurso de reposición solo puede ser interpuesto por el fallido y de igual derecho puede hacer uso el socio ilimitadamente responsable"*. Nuestra opinión la intentamos fundamentar en el hecho de que el art. 94 de la LCQ, no contiene aquella condición, señalada por García Amado, como necesaria y suficiente, pues no aparece en este texto normativo

48 Rivera, Julio Cesar, *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Tomo I, La Ley, Buenos Aires, 2015, p. 37.

49 Guastini, Ricardo, *Interpretar y argumentar, Centro de estudios políticos y constitucionales*, Madrid, 2014, pp. 265/266-283/285. Enseña que el argumento a contrario conoce fundamentalmente dos variantes. I. en una primera variante —meramente interpretativa— el argumento sirve para sostener una interpretación (en concreto) literal y, más precisamente, no extensiva. En esta primera variante el argumento a contrario se resuelve, en la producción de una laguna normativa. II. En una segunda variante — no meramente interpretativa, sino constructiva— el mismo argumento resulta en la construcción de una norma no formulada, pero (se pretende) implícita.

el adjetivo "solo" el fallido o los socios de responsabilidad ilimitada. Que dicha condición (el adjetivo: "solo") es la que, en definitiva, nos va a permitir argumentar y sostener que existe una norma explicita que confiere el derecho a recurrir al fallido y a los socios con responsabilidad ilimitada, así como también, una norma implícita que niega este derecho al que no es fallido o no es socio de responsabilidad ilimitada[50]. En definitiva, creemos en la posibilidad de afirmar que el texto del art. 94 LCQ presenta una laguna normativa, puesto que la disposición en cuestión confiere el derecho a recurrir al fallido y al socio de responsabilidad ilimitada y calla respecto de los acreedores y terceros interesados, dicho en otras palabras, falta una norma que confiera el derecho a recurrir a los acreedores y terceros interesados, pero falta también una norma que niegue tal derecho a estos últimos. Por ello consideramos que la ley presenta una laguna con respecto al derecho a recurrir de los acreedores y terceros interesados, porque no regula en modo alguno (ni en un sentido, ni en sentido opuesto) este supuesto de hecho.

Por otro lado, opinamos que la sentencia que declara la quiebra del fallido posee **idoneidad y aptitud** para lesionar los intereses y derechos de cualquiera que pueda sufrir un daño patrimonial o moral por sus efectos *erga omnes*. En muchos casos[51] podemos observar la afectación de diversos derechos, garantías y principios constitucionales entre los cuales podemos nombrar el derecho de propiedad; la garantía de defensa en juicio de debido proceso; el principio de no dañar a otro y el de igualdad ante la ley.

Frente a las mencionadas situaciones, debemos enfatizar que la Constitución Nacional asume el carácter de una norma jurídica que, en cuanto

50 Guastini cita a García Amado, quien explica lo dicho con el siguiente ejemplo: "Los ciudadanos tienen el derecho de asociarse libremente" entendida al pie de la letra, una disposición semejante se aplica evidentemente al supuesto de hecho ciudadanos. La disposición, sin embargo, no incluye la cláusula "solo" (no dice: "solo los ciudadanos"). Si así dijese, el supuesto de hecho "ciudadanos" seria condición no solo suficiente, sino necesaria y suficiente de la relativa consecuencia jurídica. Por lo que la atribución de ese determinado derecho solo a los ciudadanos implicaría lógicamente la exclusión de los no ciudadanos (o extranjeros) del disfrute de ese mismo derecho. Guastini Ricardo, *Ob. Cit.*, pp. 284/285.

51 Los siguientes casos comprenden algunos de los ejemplos en los cuales está presente la necesidad que tienen los acreedores y terceros de contar con una vía de impugnación para lograr la revocación de la sentencia de quiebra que les ocasiona un perjuicio patrimonial o moral: a) El administrador o ex administrador de la sociedad para eludir los efectos de una posible acción de responsabilidad societaria; b) Los socios comanditarios, accionistas y socios de responsabilidad limitada miembros de la sociedad declarada en quiebra; c) Los que han adquirido un bien inmueble antes del dictado de la sentencia de quiebra para evitar los efectos de una acción revocatoria; d) Los terceros contratantes en relaciones preexistentes; e) Los acreedores posteriores a la sentencia de quiebra; f) Un acreedor hipotecario cuyo derecho de prelación pueda ser revocado; g) En general los que han contratado con el deudor antes del pronunciamiento de la quiebra y pueden ser alcanzados por una acción de revocación concursal.

reconoce derechos, garantías y principios lo hace para que estos resulten efectivos y no ilusorios. En este sentido nuestra Corte Suprema reconoce "que las declaraciones, derechos y garantías no son simples fórmulas teóricas. Cada uno de los artículos y cláusulas que las contienen tienen fuerza obligatoria para los individuos, para las autoridades y para toda la Nación[52]. En virtud de lo manifestado es que cuando acudimos a la primera regla de interpretación que es la **letra de la ley**, con los fines de desentrañar el alcance y sentido del texto legal, debemos asegurarnos que si del texto derivan varias interpretaciones posibles se opte por aquella que guarde un equilibrio con el resto del ordenamiento jurídico y que armonice con los derechos, garantías y principios constitucionales[53].

En consecuencia, pensamos que para solucionar cada caso planteado hay que superar la limitación derivada de una interpretación meramente exegética[54]. El operador jurídico debe recurrir a las fuentes disponibles en todo el sistema jurídico y realizar una interpretación armónica de ellas. Es por eso que las opiniones doctrinarias que les niega a los acreedores y terceros interesados el derecho a recurrir la sentencia de quiebra, a nuestro parecer, han omitido dar preeminencia al conjunto armónico del ordenamiento jurídico y respetar los derechos, garantías y principios del bloque constitucional.

También pensamos que la interpretación asumida por la postura restrictiva produce como efecto que se distingan dos categoría, clase o grupo bien diferenciados. Las que están conformadas por los fallidos y los socios de responsabilidad de ilimitada; y la de los acreedores y terceros interesados. Ante la presencia de estas dos categorías surge el siguiente interrogante: ¿esta distinción que justifica un tratamiento jurídico desigual es objetiva, razonable y de ningún modo viola el derecho de igualdad ante la ley? Por nuestra parte, creemos que tal distinción no es objetiva, **ni razonable**, por el contrario, resulta arbitraria, injustificada y viola el derecho de igualdad ante la ley. De ningún modo es aceptable que aquel riesgo común provocado por la sentencia de quiebra que puede pasar a la autoridad de cosa juzgada y afectar por igual tanto al fallido, los acreedores y terceros interesados, no sea tenido en cuenta como un elemento

52 Cfr. Fallos 239:459.

53 Para interpretar la ley debe computarse la totalidad de sus preceptos de manera que armonicen con el ordenamiento jurídico restante y con los principios y garantías de la Constitución Nacional, evitando darles un sentido que pongan en pugna sus disposiciones, destruyendo las unas por las otras y adoptando, como verdadero, el que las concilie y deje a todas con valor y efecto (CSJN 25/09/1997, Fallos: 320:196).

54 Porque como lo ha sostenido la CSJN, corresponde recordar que, por encima de lo que las leyes parecen expresar literalmente, es propio de la interpretación indagar lo que ellas dicen jurídicamente. No se trata en el caso de desconocer las palabras de la ley, sino de dar preeminencia a su espíritu, a sus fines y, en especial, al conjunto armónico del ordenamiento jurídico y los principios fundamentales del derecho, en el grado y jerarquía en que estos son valorados (CSJN 23/10/2001 Fallos: 325: 3380).

relevante que **impida** la separación de estos en clases, grupos o categorías. Ya que la posibilidad de atacar la sentencia que los afecta antes de que esta quede firme e inalterable es un derecho que el ordenamiento jurídico les reconoce a todos los mencionados para evitar la afectación del derecho de defensa (art. 18 CN; 8 del Pacto de San José de Costa Rica, que ahora tiene jerarquía Constitucional de acuerdo al art. 75, inc. 22 de la CN). Para apoyar esta idea recordemos lo dicho por Ramírez: "si gracias a su carácter general, la sentencia de falencia crea una nueva situación jurídica, que afecta por igual al quebrado, a sus acreedores y a determinados terceros, seria inexplicable dejar a estos **indefensos**, mientras que al quebrado se le concede un medio de impugnación". En este sentido, Heredia ha sostenido: "si la sentencia de quiebra constituye una novedosa situación jurídica que afecta no solo al fallido, sino también a sus acreedores e inclusive a determinados terceros, no aparece razonable dejar **indefensos** a estos últimos".

Como hemos dicho, uno de los derechos lesionados con una interpretación restrictiva del art. 94 LCQ es el de defensa en juicio (art. 18 CN; 8 del Pacto de San José de Costa Rica, que ahora tiene jerarquía Constitucional de acuerdo al art. 75, inc. 22 de la CN). Es por eso que no pueden ser los acreedores o terceros interesados unos convidados de piedra en el proceso falencial, tienen que tener, si lo juzgan conveniente, la posibilidad de defender su propio patrimonio (art. 17 CN), para evitar que una actitud dispendiosa o dolosa del fallido puedan perjudicarlos. Salta a la vista que se violentaría el derecho de defensa si se impidiese impugnar a los acreedores y terceros interesados, en el caso de que el quebrado entre en una connivencia fraudulenta con otros acreedores; o simplemente ejercite una actitud negligente al oponer sus defensas. En este sentido, Menéndez ha dicho: "la impugnación a la sentencia declarativa de falencia, que tiene efectos *erga omnes*, si queda librada exclusivamente al arbitrio del concursado y a la idoneidad de las defensas que oponga, produce un riesgo a veces para los intereses de terceros, especialmente de los acreedores"[55]. Si bien los derechos constitucionales son susceptibles de reglamentación, pero esta última está destinada a no alterarlos (art. 28 CN), lo cual significa conferirles la extensión y comprensión previstas en el texto que los enunció y que manda a asegurarlos. Es asunto de legislar, sí, pero para garantizar "el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos" (Constitución Nacional, art. 75, inc. 22). Esto es así bajo la inexcusable condición de que los medios elegidos para el logro de dichos fines y equilibrios resulten compatibles con los principios, valores y derechos humanos que la Constitución Nacional enuncia y manda respetar, proteger y realizar a todas las instituciones estatales.

55 Menedez, Augusto Juan, *El recurso de reposición contra la sentencia de quiebra*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009, p. 66.

Conclusión

En el caso planteado hay que superar la limitación derivada de una interpretación meramente exegética, más aún si en el caso existe una laguna normativa. Por ello, el operador jurídico debe recurrir a las fuentes disponibles en todo el sistema jurídico y realizar una interpretación armónica de ellas. Por esta razón, las opiniones doctrinarias que niegan a los acreedores y terceros interesados el derecho a recurrir la sentencia de quiebra, a nuestro parecer, omite dar preeminencia al conjunto armónico del ordenamiento jurídico y respeto a los derechos, garantías y principios del bloque constitucional. En consecuencia, de acuerdo al dialogo de fuentes y la supremacía jerárquica de la Carta Magna, la ausencia de legitimación de los acreedores y de los terceros interesados para plantear el recurso de reposición del art. 94 LCQ conforma una interpretación alejada de las exigencias prescripta por el legislador en los arts. 1 y 2 CCCN, que establece las fuentes y las reglas de interpretación aplicables y, de las pautas de interpretación fijadas por la CSJN. En efecto, como lo señala la jurisprudencia de la Corte Suprema, "el juez debe tratar de preservar la ley y no destruirla", de modo que "se impone la regla de no declarar la invalidez de una disposición legislativa si esta puede ser interpretada cuando menos en dos sentidos, siendo una de ellos conforme con la Constitución". Por ello, nos inclinamos por una interpretación amplia que otorga legitimidad para impugnar a los acreedores y terceros interesados, pues es la que mejor se lleva con el conjunto del ordenamiento jurídico. Sin que sea necesario en el caso concreto declarar la inconstitucionalidad de la norma en cuestión (art. 94 LCQ).

QUIEBRA DE LA SOCIEDAD CANCELADA —POSIBILIDAD EFECTIVA O MERA QUIMERA—

JUNYENT BAS, Francisco y MACAGNO, Ariel A. G.

Ponencia

Frente a la subsistencia o aparición de un pasivo tras la cancelación de la inscripción del contrato en el registro, el acreedor omitido en el procedimiento de liquidación podrá peticionar con el objeto de lograr su incorporación, su reapertura, la nulidad del balance final y del proyecto de distribución, y la restitución de la cuota de liquidación que los socios hubieran recibido en la proporción necesaria para cubrirlo.

Puede suceder que, a pesar de lograrse tal cometido, su derecho de crédito logre satisfacerse. Esto ya sea porque los socios no recibieron cuota de liquidación, o que la percibida no alcanzara para cubrirlo.

Ante este panorama, la alternativa viable sería la de peticionar la declaración de la quiebra de la sociedad.

I.- Fundamentos

Por imperativo legal, durante el desarrollo del procedimiento de liquidación, la sociedad conserva su personalidad jurídica a ese efecto (art. 101 LGS).

La cancelación de la inscripción del contrato de la sociedad en el Registro Público adquiere gran relevancia para el sistema de derecho societario, pues viene a representar ese momento en que dicha personalidad *prima facie* deja de tener existencia y soporte jurídico[56]. Esto por aplicación de la tesis de la liquidación formal en la que abreva el presupuesto normativo de la norma del artículo 112 LSG. De allí que no sea ilógico tener por extinguida la persona jurídica sociedad (esto al menos desde lo formal).

Sucede que la eficacia extintiva de la tesis aludida descansa en la existencia de un procedimiento de liquidación regular y completo. Cuando

56 Zaldivar E., Manóvil R. M., Ragazzi G. E., Rovira A. L., San Millar C. *Cuadernos de derecho societario*. Tomo I. Edit. Abeledo Perrot, Bs. As., año 1980, pág. 388; en sentido similar: Sasot Betes Miguel A. y Sasot Miguel P. *Sociedad Anónima. Constitución, modificación y extinción*. Edit. Ábaco, Bs. As., año 1982, págs. 474 y 475.

algunos de estos presupuestos no se configuran, la presunción que ella genera cede. Luego, acreditado un interés legítimo por parte del acreedor cuyo crédito fue omitido en el procedimiento de liquidación, queda legitimado sustancialmente para accionar contra la persona jurídica (sociedad) peticionando la reapertura del mentado procedimiento, con anulación del asiento registral de cancelación.

La finalidad: la satisfacción de su derecho de crédito. Y entre los medios o mecanismos conducentes a tal fin, la última *ratio* abreva en los instaurados por el proceso concursal (quiebra).

No se reniega que la prueba del presupuesto objetivo (cesación de pagos —art. 1 LCQ—) no será una tarea sencilla, en orden al cumplimiento de las reglas que campean en materia de *onus probandi*.

No se puede dejar de ponderar que algunos hechos reveladores (arts. 16, 79, y 118, *ibíd.*) difícilmente concurrirán cuando se hubiera cancelado registralmente la inscripción del contrato de la sociedad. Por otro lado, y por efecto de la cancelación misma, la masa activa que se pretende desapoderar por efecto de la declaración en quiebra (art. 107) será *prima facie* inexistente.

Frente a esta realidad, y partiendo del carácter de excepción que imprime a los procesos concursales (*ultima ratio*) la carga probatoria que incumbirá al peticionante no solo trasuntará en demostrar la situación de insolvencia patrimonial definitiva en la que se encontraba la persona jurídica (sociedad) durante el procedimiento de liquidación (cesación de pago), sino que —además— y por sobre todas las cosas, deberá demostrarse un interés concreto traducido en la prueba sumaria (probabilidad objetiva) de la utilidad que le deparará una declaración en tal sentido, en orden a la procedencia de alguna de las acciones de recomposición patrimonial deducibles en el ámbito de discusión concursal[57].

De acreditarse tales extremos, deberá decretarse favorablemente la declaración de quiebra de la persona jurídica (sociedad).

En su caso, el juez —como director del proceso concursal— deberá ordenar la anulación del asiento registral de cancelación y la reapertura del procedimiento de liquidación que será desarrollado a la luz del sistema de derecho concursal[58].

57 La petición ha de sustentarse en prueba que permita alcanzar en el ánimo del juzgador el convencimiento sobre la existencia de una fuerte probabilidad (no certeza) acerca de que el derecho invocado existe y de la inminencia de un daño irreparable de no tener cabida favorable el requerimiento de quiebra efectuado.

58 Para la doctrina a la que sigo en este punto, no corresponderá dar curso a la petición de quiebra hasta tanto exista declaración judicial de reapertura del proceso de extinción, la que deberá tramitar con el defensor oficial de ausente (cfr.: Pulgar Ezquerra, Juana. ¿Puede declararse la quiebra de una sociedad cancelada?, trab. pub. en *Doctrina Societaria* nº 151.

Declarada la quiebra, no solamente se aplica la norma correspondiente al sistema de derecho concursal, sino que el juez impulsa el proceso (aspecto procesal) y recurre a las instituciones y remedios más aptos, aun sin petición de parte de otro órgano (aspecto sustancial)[59].

No obstante ello, al acreedor peticionante que ha logrado la declaración de quiebra a pesar de la cancelación registral de la inscripción del contrato de la sociedad le incumbe instar la acción de recomposición patrimonial que considere idónea para reconstituir el patrimonio de aquella. No se trata de una mera facultad, sino de una carga sustancial y procesal de postulación que se corresponde con uno de los presupuestos que se tuvo en mira para declarar dicho estado falencial.

Como se adelantó, para lograr la mentada declaración de quiebra, a los presupuestos (objetivos y subjetivos) típicos de todo proceso concursal se debe adicionar para este caso particular la prueba en grado de probabilidad objetiva por parte del acreedor peticionante de la utilidad que esperaba obtener de la referida declaración (en orden a la procedencia de las acciones de recomposición patrimonial), porque sopesándose el estado en el que se encontraba la persona jurídica (sociedad) necesariamente el éxito de su pretensión está ligado inescindiblemente al éxito del mecanismo de recomposición patrimonial, cuyo objeto trasunta en la integración de la masa activa de la quiebra.

Frente al estado de insolvencia y la consecuente traslación de la discusión del ámbito individual al terreno del proceso concursal, aparecen remedios colectivos que tienden a la conservación del patrimonio del deudor para mantener incólume su responsabilidad patrimonial para la protección del crédito en interés de sus acreedores. Estas acciones que persiguen la reconstitución del patrimonio coexisten con otras que aparecen reguladas en otros ordenamientos jurídicos[60].

II.- Conclusión

Frente a la subsistencia o aparición de algún pasivo sobreviniente, el procedimiento de liquidación no puede reputarse completo, con independencia de que se hubiera cancelado la inscripción del contrato de la sociedad en el Registro Público.

Errepar, Bs. As., año 2001, pág. 47).

59 Alegría, Héctor. *Algunas cuestiones de derecho concursal*. Edit. Astrea, Bs. As., año 1975, pág. 97.

60 En el ámbito de discusión de un procedimiento de quiebra se podría solicitar la declaración de inoponibilidad del acto celebrado por el deudor en fraude de sus derechos (arts. 338 y ss. CCyC —art. 120 LCQ—). A su vez, también podría perseguirse la nulidad del acto aparente, para lo cual se cuenta con la acción de simulación (arts. 333/337 CCyC).

En tal caso, la persona jurídica (sociedad) subsiste como tal (contrato e institución) y con ello esa aparente extinción (formal) se torna inoponible a los acreedores omitidos, pues a la cancelación de la inscripción del contrato no le cabe sino una eficacia meramente declarativa de extinción[61]. Por consiguiente, si subsisten relaciones habrá persona jurídica (sociedad) y queda expedita la posibilidad de reconstituir el patrimonio social, y se requiere la apertura del procedimiento de liquidación y la anulación de la cancelación.

En este contexto, la posibilidad de su declaración en quiebra se mantiene latente, ya sea en cabeza del órgano de liquidación, cuando la situación de insolvencia (definitiva) hubiera sido comprobada durante el procedimiento de liquidación; ya sea en la del acreedor cuyo crédito hubiera sido omitido en dicho procedimiento, pero se hubiera cancelado registralmente la inscripción del contrato de la sociedad. Ello así, porque la subsistencia de la sociedad como organización y como persona jurídica se basa esencialmente en la necesidad de mantener la preferencia (o exclusividad) del patrimonio social para satisfacer a los acreedores sociales frente a los acreedores de los socios[62].

Partiendo de ello, cuando lo que percibieron en concepto de cuota de liquidación no alcanzare para cubrir la obligación debida (o cuando derechamente no hubiera activo remanente que distribuir según las resultas del procedimiento de liquidación) y esta situación es reputada definitiva por el órgano de liquidación, adquiere trascendencia jurídica la necesidad de declarar la quiebra de la persona jurídica (sociedad) siempre que aparezcan configurados los presupuestos objetivos y subjetivos que condicionan una declaración en tal sentido (arts. 2, 5, 79, 80 y 83 LCQ). Se trata de un deber funcional derivado del principio imperativo de liquidación que le viene impuesto al órgano de liquidación pertinente.

Incluso, para el caso de que la persona jurídica (sociedad) hubiera cancelado la inscripción de su contrato en el Registro Público, cuando la petición de quiebra fuera deducida por un acreedor cuyo crédito no fue satisfecho durante el procedimiento de liquidación, a los presupuestos aludidos se sumará la necesidad de acreditar un interés concreto, traducido en la utilidad que le deparará el proceso concursal como mecanismo para lograr la reconstitución del patrimonio social mediante alguna acción de recomposición patrimonial concursal, pues sopesándose el estado

61 Como lo ha puesto de relieve la doctrina: "Se habla de eficacia extintiva de la cancelación registral, por contraposición a la eficacia constitutiva pues, si de esta última se hace depender la existencia de un hecho, de la eficacia extintiva se hace depender su extinción" (cfr.: Pulgar Ezquerra, Juana. ¿Puede declararse la quiebra de una sociedad cancelada?, trab. pub. en *Doctrina Societaria* nº 151, Errepar, Bs. As., año 2001, pág. 1.042).
62 Rubio, Jesús. *Curso de Derecho de Sociedades Anónimas*. Editorial de Derecho Financiero, Madrid, año 1964, pág. 434.

en el que se encontraba la persona jurídica (sociedad) necesariamente el éxito de su pretensión estará ligado inescindiblemente al éxito del mecanismo de recomposición patrimonial, cuyo objeto trasunta en la integración de la masa activa de la quiebra.

PAUTAS PARA EXAMINAR LA VIABILIDAD DE LA CONTINUIDAD DE LA EMPRESA EN LA QUIEBRA

DE LAS MORENAS, Gabriel

Ponencia *de lege lata*

"El examen de viabilidad de la empresa se impone en aquellos casos de continuidad empresaria en la quiebra en los que exista riesgo de incremento del pasivo o afectación del activo falencial. Ese examen debe ser realista pero no exento de rigor. Las empresas deficitarias no pueden ser continuadas si sus déficits no se conjuran".

Resumen

En los casos de continuidad empresaria en la quiebra, existe en algunos casos una amplia experiencia jurisprudencial que lo certifica, en que las buenas intenciones de la continuidad de la empresa llevan a una degradación de los activos o bien a un incremento de los pasivos. En la presente ponencia se intentan discernir dos cuestiones:

a) Los casos de continuidad empresaria en los que es preciso efectuar un juicio de continuidad. Casos que, según veremos, solo son dos: 1) la continuación empresaria común prevista en los artículos 190 y 191 LCQ, tanto titularizada por el síndico como por la cooperativa de trabajadores; y 2) la continuación a través de un contrato de locación de los bienes de la fallida a favor de la cooperativa de trabajadores.

b) Se proponen criterios para discernir cuáles continuaciones de la empresa son viables y cuáles no. Esos criterios básicamente serán: a) continuidad que permita mantener la actividad empresaria; b) sin generar nuevos pasivos permanentes; c) manteniendo los activos existentes; d) que todo lo anterior se logre en un plazo prudente; e) ayude a mantener una razonable cantidad de puestos laborales; y f) que quien titulariza la continuación se encuentre a derecho.

I.- Ideas introductorias

Es un hecho que desde hace varios años la noción de viabilidad sobrevuela al derecho comercial. En numerosos trabajos doctrinarios se hace re-

ferencia a esa noción como el filtro que ha de imponerse para diferentes decisiones que deben adoptarse respecto de la empresa.

La Real Academia indica que la viabilidad es aquello que tiene la cualidad de viable. Su segunda acepción es la condición de un camino o vía por donde se puede transitar. Esta aproximación lingüística permite esclarecer que la viabilidad es una cualidad que describe que la vía elegida es la correcta porque permitirá llegar a destino.

¿Qué es la viabilidad en un sentido empresario? Podríamos tomar como ello a la posibilidad de que un proyecto o negocio pueda progresar, garantizado a largo plazo su rentabilidad económica. De una manera sencilla, se puede considerar el concepto *viabilidad* como la opción de que un proyecto se pueda llevar a cabo, con una cierta continuidad en el tiempo. Para ello deben tenerse en cuenta los recursos que precisa, los que tiene y la capacidad para obtenerlos. En el caso de que cuente con los suficientes medios para ejecutar la idea empresarial, se podría decir que el proyecto es viable.

II.- La viabilidad en nuestro derecho

En el derecho societario, desde el año 2014, con la ley 26.994 se incorporó el test de viabilidad a la Ley General de Sociedades en el artículo 100 LGS. En efecto, dicha norma refiere acerca de la posibilidad de la remoción de las causales de disolución y la sujeta a un test de viabilidad. Es más, indica que ese test debe ser de viabilidad económica y social.

Desde antaño, el derecho concursal procura establecer un fiel de la balanza, un parámetro, para que los jueces autoricen la continuidad empresaria en la quiebra.

La quiebra contiene diversos mecanismos que procuran mantener la actividad de la empresa fallida luego del decreto falimentario. Es así que existe la posibilidad de continuar la empresa en las condiciones que fija la ley. Esas condiciones varían y veremos seguidamente en cuáles se debe efectuar un test de viabilidad y en cuáles no.

Es claro que el legislador introdujo estos test de viabilidad con un carácter preventivo, buscando que la reversión de la disolución no tenga por resultado un daño para quienes no aportan su voluntad para mantener la continuidad de la actividad.

Habíamos dicho en un congreso societario[63] que la viabilidad económica

63 XIII Congreso Argentino de Derecho Societario (Mendoza/2016) ponencia intitulada: "Remoción de la causal de disolución. El juicio de viabilidad económica y social como condicionante".

de la sociedad debe ser analizada a la luz de su situación patrimonial a la hora de revertir la causal de disolución. Es decir, el intérprete debe ponderar la aptitud patrimonial de la sociedad de mantener su giro empresario. Esto implica analizar la condición económica para poder operar sin afectar la posibilidad de su patrimonio para responder por sus pasivos en forma regular y mantener su capital intangible. En este punto, la viabilidad persigue establecer como fiel un estándar de solvencia mínima para evitar daños de este giro empresario a terceros.

La ley de concursos de su lado desde antes había captado la noción. En efecto, el artículo 61 de la ley 19.551 establecía en su inciso 3 las posibilidades de su cumplimiento y las garantías o medidas dispuestas para asegurarlo. Y el texto del artículo 184 de esa misma ley también contenía evidentes reminiscencias al concepto de "viabilidad".

De su lado, en la ley 24.522 el artículo 191 establece: "*La autorización para continuar con la actividad de la empresa del fallido o de alguno de sus establecimientos será dada por el juez en caso de que de su interrupción pudiera emanar una grave disminución del valor de realización, se interrumpiera un ciclo de producción que puede concluirse,* ***en aquellos casos que lo estime viable económicamente*** *o* ***en resguardo de la conservación de la fuente laboral de los trabajadores de la empresa declarada en quiebra***".

Esta redacción de la norma con la disyunción "o" nos lleva a pensar si puede darse el caso de una empresa que no sea viable económicamente, pero a la que pueda otorgársele la continuidad para resguardar las fuentes de trabajo. Pensamos que tal solución podría darse en el contexto de una continuación titularizada por una cooperativa de trabajadores en la que los nuevos pasivos repercutan sobre esta última y no sobre la masa. Y eso, siempre que el plazo de la continuación sea acotado hasta la culminación de un proceso de venta célere. Pero, en el fondo, siempre existirá implícito un juicio de "viabilidad", o bien en un sentido estricto, o bien en un sentido más flexible. Ningún juez debería cruzar el Rubicón de habilitar una continuidad en una empresa quebrada que no logre demostrar mínimamente cómo subsistirá económicamente.

Lo anterior —en clave de empresas en crisis sometidas al proceso concursal— implica que el magistrado, cuando debe afrontar la siempre difícil decisión de adoptar algunas de las variantes de la continuidad empresaria señaladas, debe tener a mano elementos de convicción que lo lleven a pensar que ese camino puede ser transitado hacia su fin. ¿Cuál es el fin? Mantener a salvo la actividad empresaria para incrementar el valor de venta, mantener las fuentes de trabajo y favorecer indirectamente los intereses de la comunidad.

Es decir, ese camino que el síndico o la cooperativa de trabajadores le proponen al juez, debe venir acompañado de elementos objetivos para que el juez pueda valorar. En defecto de esos elementos, la continuación, en cualquiera de sus variantes, no puede ser admitida.

III.- ¿Qué casos de continuidad merecen un análisis de viabilidad explícito?

El análisis de viabilidad no debe efectuarse en todos los casos, sino solo en aquellos donde los intereses de la masa estén involucrados, esto es cuando exista un riesgo cierto de que el pasivo social se incremente o que los activos se deterioren o se pierdan.

Siguiendo el razonamiento que enunciamos, vamos a esclarecer los casos en los que el juicio de viabilidad explícito debe hacerse.

a) Continuidad inmediata de servicio público. En este caso, **no** hay razón para hacer un juicio de viabilidad desde que las razones para sostener la actividad empresarial se sustentan en intereses superiores de la comunidad. Es el Estado como poder concedente el que asume los costos de esta continuación, lo cual debería aventar cualquier riesgo patrimonial para la quiebra

b) Continuidad inmediata de un ciclo productivo. En este caso, **tampoco**, desde que lo perseguido es evitar una desvalorización de activos por la detención de las actividades empresarias. Es una continuidad empresaria impuesta por las circunstancias a fin de evitar la desvalorización irreversible de los activos falenciales.

c) Continuidad no inmediata. Aquí **sí** la ley, con detalle, brinda un listado de ítems cuya verificación es impuesta y que llevan implícita la marca de la viabilidad. Se tarifa la concesión de la continuidad en los extensos términos del artículo 190 LCQ.

d) Continuidad a través de la locación del establecimiento. En este caso, la ley no establece un parámetro de viabilidad (art. 187 LCQ). Los activos falenciales serán alquilados a un tercero y ese tercero será quien deberá soportar los pasivos que suponga tal actividad. De tal suerte, la quiebra solo queda como la acreedora del canon que se fije.

e) Continuidad por la cooperativa de trabajadores. Esta continuidad tiene dos versiones, el alquiler de la empresa previsto en el artículo 187 *in fine* LCQ y la continuidad no inmediata prevista en el artículo 190 LCQ. En ninguno de los casos parece necesario el análisis de viabilidad, en tanto que en el primer caso los bienes de la fallida mutan de empresario a favor de la cooperativa. En el segundo caso, esa misma

hacienda mercantil es alquilada a la cooperativa. Los riesgos empresarios se imponen así a la cooperativa y la quiebra queda liberada de ellos. No obstante, esa conclusión liminar no es válida y sí es necesario el examen de viabilidad. En el primer caso, porque esta continuidad queda sometida a las reglas que fija el artículo 191 LCQ. En el segundo, porque la posibilidad locativa que concede a la cooperativa el artículo 187 LCQ contiene una garantía (los créditos laborales) cuya propia entidad depende, en buena medida, de la suerte de la explotación de la empresa alquilada a la cooperativa.

De esta forma, queda claro que el test de viabilidad se impone en los casos c y e.

IV.- Pautas de viabilidad

La única manera de efectuar un análisis de viabilidad proviene del análisis del plan de explotación que la cooperativa o la sindicatura deben generar para someter al escrutinio del juez. Las pautas para ese análisis con las que proponemos seguidamente:

a) La empresa continuada será viable, entonces, cuando sea capaz de mantener la actividad, lo que incluye solventar el ciclo productivo atendiendo razonablemente a las necesidades de mantenimiento de los activos falenciales, sin generar nuevos pasivos que, a la postre, se incorporen a la masa de acreedores.

b) Asimismo, ese equilibrio debe ser hallado en un plazo prudente. Esto admite tolerar por cierto tiempo un desequilibrio. Ese desequilibrio, que egrese más dinero del que ingresa, debería tener un límite temporal claro.

c) Un plan de empresa será viable cuando quien lo proponga se encuentre a derecho. No se debe escuchar más a quienes solo se aúpan en posturas de fuerza y mantienen situaciones de facto de espaldas a la ley concursal y a su tribunal.

d) En cuanto a los fines del plan, la viabilidad no debe ser ponderada con un criterio de beneficio en el sentido de asegurar utilidades o excedentes, sino de asegurar la mayor cantidad de puestos de trabajo, conservando la actividad y los activos falenciales.

Como conclusión, y *a contrario sensu* de lo expuesto, podemos referir caracteres negativos que un test de viabilidad debería detectar y cuya presencia debería inhibir la continuidad de la empresa en la quiebra.

No es viable la empresa que:

1. No logre sostener su giro por medios propios o que no consiga capital de trabajo ajeno para sustentarlo en condiciones de mercado.

2. No es viable la empresa que no gira y solo mantiene latente sus activos.

El análisis de viabilidad efectuado sobre las bases ya expuestas es el examen imprescindible que permitirá al juez asignar un rumbo al proceso falencial que no se desentienda de sus finalidades ni inmole algunos objetivos en el altar de otros. Ese análisis de viabilidad debe abandonar cualquier intento de ser sojuzgado por consideraciones financieras y debe efectuarse sobre la base de una ponderación humanista, que ponga el foco en las personas que hay detrás de los rótulos de acreedores laborales, de acreedores quirografarios y, por qué no, detrás de la silenciosa comunidad cuyo crédito debe ser tutelado para permitir el progreso común.

Creemos que, con estos parámetros, mejores decisiones pueden adoptarse desde la judicatura.

LAS COOPERATIVAS DE TRABAJO: UNA INTERESANTE HERRAMIENTA PARA LA CONTINUIDAD DE LA EXPLOTACIÓN

OSSO, M. Cristina

1. El contexto: la situación de la empresa y el trabajador

La llegada de la pandemia y el ASPO decretado por el DNU 297/2020 a partir del 19 de marzo del 2020 provocó el cierre de las empresas productivas calificadas como no esenciales impidiendo poder acceder a las mismas. Desde el gobierno, se tomaron distintas medidas para contener la situación, ya que la crisis se estaba enraizando cada vez más y la continuidad de la pandemia agravó aún más el escenario de las empresas que cuentan con personal en relación de dependencia, porque el costo laboral constituye una carga muy pesada que no se puede sostener demasiado tiempo y, obviamente como consecuencia, los trabajadores comenzaron a temer por la pérdida de su fuente de trabajo.

En medio de este duro contexto entre las numerosas medidas para paliar la crisis, se sancionó el decreto 329/2020[64], tras sucesivas prórrogas, hasta llegar al decreto 413/2021[65]. Mediante estos, los despidos sin justa causa y/o suspensiones por falta o disminución de trabajo y fuerza mayor no producirán efecto alguno y se mantendrán vigentes las relaciones laborales existentes y sus condiciones actuales, reforzado además a la fecha por el decreto 39/2021[66], que prorroga el pago de una doble indemnización por despido hasta el 31 de diciembre 2021, por el momento.

Dichas medidas impactaron notablemente en la situación de numerosas empresas que no pudieron sortear la inesperada crisis, que provocó el cierre de gran cantidad de fuentes de trabajo e impactó en un profundo desempleo con futuro incierto y negativo.

Ante esta situación, viene a colación la ley 26.684, que modificó el fin liquidativo de la conformación de la cooperativa para "*priorizar la subsistencia de las empresas, para asegurar la continuidad de su producción y la generación de empleos, dando esa posibilidad a las cooperativas de trabajo, de existir, conformadas por los mismos obreros que fueron de-*

64 BO del 31/3/2020 Emergencia Pública en Materia Ocupacional en el marco de la emergencia pública sanitaria la ley 27.541.
65 BO del 21/06/2021.
66 BO del 23.01.2021.

pendientes de las empresas y/o fábricas quebradas"[67].

2. Principios y valores del cooperativismo. La cooperativa de trabajo[68]

Según la **Declaración de Identidad Cooperativa**[69], se define a una cooperativa como una "asociación autónoma de personas que se han unido voluntariamente para hacer frente a sus necesidades y aspiraciones económicas, sociales y culturales comunes por medio de una empresa de propiedad conjunta y democráticamente controlada".

- Dentro de los **principios cooperativos** se encuentran:

1. membresía abierta y voluntaria;
2. control democrático de los miembros;
3. participación económica de los miembros;
4. autonomía e independencia;
5. educación, entrenamiento e información;
6. cooperación entre cooperativas;
7. compromiso con la comunidad de cooperativas.

- Los **valores cooperativos:** "Las cooperativas se basan en los valores de ayuda mutua, responsabilidad, democracia, igualdad, equidad y solidaridad. Siguiendo la tradición de sus fundadores, sus miembros creen en los valores éticos de honestidad, transparencia, responsabilidad social y preocupación por los demás".

Toda entidad cooperativa nace con el fin de satisfacer necesidades y de allí es que existen diversos tipos de cooperativas, dentro de los cuales se encuentran las **cooperativas de trabajo** compuestas por trabajadores, que ponen en común su fuerza laboral para llevar adelante una empresa de producción tanto de bienes como de servicios.

La ley 20.337[70] norma a las cooperativas y, aunque no cuenta a la fecha con un decreto reglamentario, se encuentra regulada por un gran número de resoluciones, disposiciones y circulares de fiscalización.

67 Vítolo, Daniel Roque. *La incorporación del salvataje cooperativo al régimen concursal*. La Ley. 11707/2001, 1.
68 *In extenso*, Osso María Cristina. "Los conflictos de la reforma de la Ley 26.684 en cuanto a su operatividad, su correspondencia con la Ley 20.337 y la Ley de Contrato de Trabajo". DSCE. ERREPAR, Tomo XXIV, noviembre, 2012.
69 Adoptada por la II Asamblea General de la ACI realizada en septiembre de 1995 en la ciudad de Manchester.
70 Ley 20.337, 02 de mayo de 1973, BO 15 de mayo de 1973, con las modificaciones de la ley 22.816 BO 27 de mayo de 1983.

Actualmente, el INAES[71], cuya sede se encuentra en la CABA, es el organismo dependiente del Ministerio de Desarrollo Social que ejerce las funciones que le competen al Estado en materia de promoción, desarrollo y control de la acción cooperativa y mutual.

Dentro de las características distintivas de las cooperativas de trabajo, se encuentran:

a. **Cantidad mínima de asociados**: 10 (diez) según el artículo 2, inciso 5, de la ley 20.337, aunque la **resolución 324/94 (INAC)** autoriza a constituir una cooperativa de trabajo de al menos 6 (seis) integrantes.

b. **Capital social:** según el artículo 24 de la ley 20.337, es ilimitado y estará constituido por **cuotas sociales indivisibles de igual valor** en acciones representativas de una o más cuotas sociales, nominativas y que podrán transferirse solo entre asociados con el acuerdo del consejo de administración.

c. **Estructura interna de la cooperativa:** está conformada por tres órganos obligatorios:

a) Asamblea: es el órgano superior y soberano a través del cual los asociados expresan su voluntad y, según el artículo 2, inciso 3, **conceden un único voto por persona**, *cualquiera sea el número de sus cuotas sociales y no otorgan ventaja ni privilegio alguno a los iniciadores, fundadores y consejeros, ni preferencia a parte alguna del capital*;

b) Consejo de administración: es el órgano colegiado y de carácter permanente elegido por la Asamblea para administrar y dirigir las cooperativas que deben reunirse al menos una vez al mes;

c) Sindicatura: está compuesta por uno o más síndicos elegidos entre los asociados y lleva a cabo la fiscalización privada.

d. **Excedentes:** por el artículo 2, inciso 6, de la ley 20.337, las cooperativas: "*Distribuyen los excedentes en proporción al uso de los servicios sociales, de conformidad con las disposiciones de esta ley*". A su vez, el artículo 42 considera: "*Excedentes repartibles solo aquellos que provengan de la diferencia entre el costo y el precio del servicio prestado a los asociados*" y se destinarán: 5% a Reserva Legal, 5% al Fondo de Acción Asistencial y Laboral o para estímulo del personal, y 5% al Fondo de Educación y capacitación Cooperativa. El estatuto puede establecer el pago de un interés en las cuotas sociales y el

71 La Ley Orgánica de Cooperativas N° 20.337 de 1973 creó el Instituto Nacional de Acción Cooperativa (INAC), el Dec. 420 del 22/04/1996 creó en sustitución el Instituto Nacional de Acción Cooperativa y Mutual (INACyM) y el Dec. 721 del 1/9/2000 creó en reemplazo el Instituto Nacional de Asociativismo y Economía Social (INAES).

resto se podrá distribuir entre los asociados en concepto de retorno **en proporción al trabajo efectivamente prestado**, o bien, según el artículo 44, se puede distribuir en cuotas sociales.

e. **Anticipos de retornos:** en virtud de que los asociados aportan su trabajo personal en forma exclusiva, necesitan de una compensación en dinero periódica mensual a los efectos de poder hacer frente a sus necesidades básicas. La resolución (FACPCE) N° 51[72] dispone: "*En las cooperativas de trabajo, la contraprestación otorgada a los asociados por los servicios prestados durante el ejercicio, constituye un componente del costo del servicio prestado*".

f. **Los aspectos legales y contables:** la administración, contabilidad y gestión de la cooperativa se encuentra específicamente en la ley 20.337, en su **artículo 38**, que dispone que deberán llevar además de los libros prescriptos por el artículo 322 del CCCN —*Diario e Inventarios y Balances*— y los que considere necesarios, los siguientes libros rubricados:

1º Registro de Asociados;

2º Actas de Asambleas;

3º Actas de reuniones del consejo de administración;

4° Informes de auditoría;

5° Informes de Sindicatura.

El **artículo 39** establece que anualmente deben confeccionar un inventario, balance general, estado de resultados y demás cuadros anexos, conforme las normas contables vigentes; y el **artículo 81** —reforzado por la resolución 247/09 del INAES— norma que deben contar con un servicio de auditoría externa a cargo de un contador público y confeccionar 4 (cuatro) informes trimestrales y un informe anual del auditor externo extenso, conforme la RT (FACPCE) 51[73], que debe acompañar al dictamen del auditor de los estados contables a fin de cada ejercicio asentándolo en el libro especial. El artículo 40 de la ley 20.337 establece el contenido de la memoria anual, que incluye una descripción del estado de la cooperativa y con contenido similar a la memoria extensa de la Ley General de Sociedades en su artículo 66 y conforme el artículo 1 de la RG 4/2009 de la IGJ.

72 Resolución Técnica (F.A.C.P.C.E) Nº 51, Modificatoria de la Resolución Técnica (FACPCE) N° 24 "Aspectos particulares de exposición contable y procedimientos de auditoría para entes cooperativos", diciembre 2020.

73 Según normas de auditoría general dispuestas por la Resolución Técnica 37 (FACPCE) "Normas de Auditoría, Revisión, Otros Encargos de Aseguramiento, Certificación y Servicios Relacionados".

g. **Según la resolución 750/94:** la cooperativa desarrollará sus actividades por su propia cuenta, a través del trabajo personal de sus asociados, cumpliendo con el objetivo de crear una conciencia cooperativa y debiéndoles asegurar un régimen de obra social y seguridad social[74] (habitualmente a través del monotributo). No está permitido a las cooperativas tener personal en relación de dependencia, salvo casos excepcionales por tiempo limitado.

3. La cooperativa en el salvataje (art. 48 bis) ante un contexto de crisis estructural

En el contexto de crisis que atraviesan sobre todo las pymes, micropymes y emprendedores, hay una realidad nueva y urgente para considerar la aplicación de la reforma de la ley 26.684 y es la existencia de un doble conflicto:

a) la situación de gran escepticismo de las empresas ante la sorprendente baja o falta de actividad y la imposibilidad de hacer frente a sus obligaciones mensuales de sueldos, cargas sociales, agravada por las penalidades dispuestas a través de los distintos decretos existentes para los despidos en la emergencia ocupacional; y

b) la situación de los trabajadores inmersos en la gran incertidumbre por la pérdida de su fuente laboral.

3.1. La cooperativa de trabajo puede ser una herramienta muy útil para solucionar la crisis de ambos actores

Ley 26.684 modificó el inciso 1 del artículo 48 respecto de la apertura de un registro para la inscripción de "*la cooperativa de trabajo conformada por trabajadores de la misma empresa —incluida la cooperativa en formación—*" y si bien no es tarea sencilla debido a que los trabajadores de la empresa deberán comenzar con las gestiones tendientes a la etapa fundacional de la cooperativa conforme las complejas pautas de la ley 20.337 y sus numerosas reglamentaciones, debiendo abocarse a buscar asesores idóneos para formalizar el acto de constitución, inscripción, considerar el organigrama de la cooperativa de trabajo, la elección del consejo de administración, la elección de la sindicatura interna, la determinación y nómina de los socios fundadores, la determinación del capital, ya que hasta ese momento el síndico no ha practicado la liquidación dispuesta en el párrafo 1 del artículo 48 bis sobre las indemnizaciones y podría haber créditos no verificados que eventualmente **pueden hacerse valer**.

74 Res. 360/75 y 183/92 INAES; RG 4328/97 y 619/99 AFIP y MTSS 784/92.

El artículo 48 bis establece que el juez ordenará al síndico que practique la liquidación de todos los créditos que corresponderían a los trabajadores inscriptos por las indemnizaciones previstas en los artículos 232, 233 y 245 de la LCT, los estatutos especiales, convenios colectivos o los que hayan acordado las partes que "*podrán hacerse valer para intervenir en el procedimiento previsto en el artículo anterior*".

Según Marcelo Gebhart y Eduardo Favier Dubois (h), los créditos calculados por la sindicatura pueden "hacerse valer" siendo utilizados para el pago del precio del salvataje[75], si bien la previsión legal no resulta clara ni operativa, la compensación de créditos en la instancia del *cramdown* por la cooperativa es viable, aunque no fácil.

3.2. ¿El proceso del art. 48 bis es realmente un beneficio para los trabajadores de la empresa?

Si bien los trabajadores de la cooperativa están habilitados a formar parte del salvataje, tiene distintos efectos que para los terceros que pudieran participar en él a través del artículo 48, en virtud de que:

1. **Si el salvataje es obtenido por un tercero:** no es continuador de la empresa concursada ni asume las obligaciones surgidas del acuerdo preventivo que seguirán en cabeza de la concursada, transfiriéndose solo la titularidad del capital social, con las limitaciones en la responsabilidad que le correspondan según el tipo societario de la concursada.
2. **Si el salvataje es obtenido por la cooperativa de trabajo:** el artículo 48 bis establece: "*La cooperativa asumirá todas las obligaciones que surjan de las conformidades presentadas*", por ende pasará a ser deudora directa del pasivo concursal, respondiendo con su propio patrimonio, en virtud de que la sociedad concursada deja de existir y la totalidad de los activos y pasivos se transfieren a la misma.

No obstante, pese a no tener los beneficios de los terceros interesados, la inclusión de la cooperativa en el *cramdown* (art. 48 bis) les permitiría preservar la fuente de trabajo y generar una salida para la empresa en crisis, constituyendo una solución salomónica para las partes que intervienen en el proceso.

75 En el marco de la jornada organizada por la Fundación para la Investigación y Desarrollo de las Ciencias Jurídicas llevada a cabo el día 29 de junio de 2011 en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

4. Los conflictos de la cooperativas para solucionar

Los créditos laborales, según el artículo 48 bis, se convierten en cuotas de capital social, pero como una cooperativa no es una sociedad de capital con las características propias de la ley 19.550, constituye para el acreedor laboral más antiguo desde el punto de vista de sus indemnizaciones una verdadera expropiación de sus créditos, ya que —según la ley 20.337— una mayor o menor participación en el capital de la cooperativa de trabajo no le ofrecería un mayor beneficio respecto de los otros acreedores laborales, al menos en lo inmediato, debido a que:

- el retorno sobre las utilidades se determina por el artículo 42 de la ley 20.337, conforme **el trabajo efectivamente prestado a la misma y no por el grado de participación en el capital**;
- el sistema de votación en asambleas no considera su grado de participación en el capital de la misma ya que **cada asociado contará con un único voto cualquiera sea la magnitud del capital aportado**.

4.1. Los requerimientos a los asociados, en la quiebra

Más allá de lo expuesto *ut supra*, la ley 26.684 les ha impuesto una verdadera carga a los trabajadores, ya que el artículo 190 los obliga a presentar en 20 días un proyecto de explotación con proyecciones económicas del cual el síndico deberá emitir opinión. Es prácticamente imposible que estos trabajadores, aun aquellos que estén en los estratos superiores de la empresa, puedan estar en condiciones de cumplimentarlo teniendo en cuenta el exiguo plazo, la situación estructural de la economía y todas las tareas que deben realizar desde el momento en que comienza toda la articulación de la cooperativa, como tampoco será tarea sencilla para el síndico el poder dar dictamen sobre las proyecciones de la nueva situación de la empresa.

Si bien se han planteado en distintos debates las labores adicionales del síndico, también es cierto que la ley establece una pesada carga para la cooperativa de trabajo conformada a derecho según las normas de la ley 20.337, que implica el someterse a un doble control exhaustivo —contable y legal— por parte del INAES que llevará a cabo la tarea de vigilancia del correcto cumplimiento de la ley y sus numerosas resoluciones referidas en el punto 2 que exceden inclusive ampliamente a las que cualquier pyme presenta habitualmente.

El artículo 191 bis[76], norma que en toda quiebra en que se haya dispuesto la continuidad de la explotación por parte de las dos terceras partes del personal en actividad o de los acreedores laborales, organizados en coo-

76Artículo incorporado por art. 19 de la ley 26.684 BO 30/06/2011.

perativas, incluso en formación, el Estado deberá brindarle la asistencia técnica necesaria para seguir adelante con el giro de los negocios, lo cual a la fecha no se ha instrumentado de forma operativa.

Por otra parte, no se puede dejar de considerar que la generación de capital de trabajo en la cooperativa es muy difícil, prácticamente no cuenta con fuentes de financiación externa por parte de entidades bancarias o del Estado, debiendo generalmente autofinanciarse, lo que puede hacer gravosa su situación.

5. Ponencia

La continuación por parte de los trabajadores de la empresa unidos bajo la cooperativa de trabajo es una gran alternativa para paliar una profunda crisis estructural económica, ya sea en la faz del artículo 48 bis, o en la quiebra, cuando ya la empresa se encuentra en su faz liquidativa, sobre todo para aquellas actividades en las cuales la mano de obra tiene una gran incidencia en el costo de producción, ya que disminuye de manera abismal el costo laboral de los trabajadores, hoy asociados, haciéndola más rentable.

La reforma no ha podido plasmar el objetivo de proteger de manera práctica a *los trabajadores de la empresa*, como tampoco ha podido establecer un punto de conexión al respecto con la ley 20.337, y es menester a los efectos de lograr su viabilidad la adecuación de la actual Ley de Cooperativas de Trabajo para que se compatibilice con el régimen de la ley 26.684, en cuanto a:

- La habilitación urgente de un método abreviado y rápido para el régimen fundacional.
- La modificación del régimen de gobierno y de distribución de los retornos, a los efectos de “hacer valer” el capital de los asociados equitativamente.
- Un régimen legal y contable más flexible conforme a tramos establecidos según el volumen.
- El establecimiento de un régimen de financiación y real asistencia.

POSIBILIDAD DE LA COOPERATIVA DE TRABAJO DE RESULTAR ADQUIRENTE POR COMPENSACIÓN DE LOS CRÉDITOS LABORALES DE SUS INTEGRANTES Y LOS PRINCIPIOS VIGENTES

BOQUIN, Gabriela F. y BERGOGLIO, Virna

Ponencia

La ley 24. 522 reconoce a las cooperativas de trabajo para la continuidad de la explotación de la fallida y la cierta posibilidad de, previa compensación de los créditos provenientes de los trabajadores que la integran, adquirir mediante compensación los activos la deudora.

Dadas las imprecisiones de las normas involucradas, postulamos que la interpretación deberá ser realizada conforme los principios que rigen las relaciones laborales con sus empleadores teniendo en cuenta especialmente el de la interpretación más favorable para aquellos, la irrenunciabilidad de sus derechos, y el principal, fuente de todos los derechos humanos que claramente en estas situaciones se ve involucrado: el principio *pro omine*.

Desarrollo

1. Introducción

Un reciente informe de encuesta nacional publicado en diciembre del 2020[77] elaborado por la UBA y la Universidad Nacional Arturo Jauretche titulado "Cooperativas de Trabajo y empresas recuperadas durante la pandemia: impacto sanitario y productivo y alcances de las medidas de asistencia del Estado"[78] consideró que el 86 por ciento están activas a pesar de la pandemia. Ello se debió al elevado número de cooperativas que realizan actividades esenciales. Y en algunos casos, a que se reconvirtieron, como por ejemplo las textiles que pasaron a fabricar barbijos y ropa para el personal de salud, o el caso de algunas que con autorización de la ANMAT comenzaron a fabricar alcohol en gel y hasta test de antígenos para detectar el coronavirus.

77 Se puede consultar en el siguiente sitio: https://www.recuperadasdoc.com.ar/.
78 Fue hecha por el programa Facultad Abierta de la Facultad de Filosofía y Letras (UBA) junto a la Universidad Nacional Arturo Jauretche, el Instituto Nacional de Asociativismo y Economía Social (INAES).

La ley 24. 522 reconoce a las cooperativas de trabajo para la continuidad de la explotación de la fallida y la cierta posibilidad de, previa compensación de los créditos provenientes de los trabajadores que la integran, adquirir mediante compensación los activos la deudora. Esta posibilidad es quizás la que más rispideces genera en la doctrina, por lo cual —teniendo en cuenta las distintas posiciones— trataremos de volcar una interpretación de las normas en juego.

2. Un derecho contemplado por la ley

Los artículos 203 bis, 205 y 213 LCQ establecen un modo y un procedimiento de venta específico cuando la adquirente es la cooperativa de trabajo conformada por exdependientes de la fallida. En tal caso, dicho ente no participa como un oferente más, sino que puede solicitar la venta directa de los bienes.

El artículo 203 bis establece que los trabajadores reunidos en cooperativa de trabajo están habilitados para solicitar la adquisición de los bienes. A tal fin, la norma remite a los incisos 1 y 2 del artículo 205. El inciso 2 dice: "*En todos los casos comprendidos en el presente artículo* (se refiere a la venta de la empresa, o de uno o más establecimientos) *la cooperativa de trabajo podrá realizar oferta y requerir la adjudicación de la empresa al valor de tasación de acuerdo al inciso anterior*". Tal forma de adjudicación excluye expresamente el proceso de subasta pública o de licitación, al que se refieren los siguientes incisos del 205, que no están mencionados en el artículo 203 bis. El hecho de que la remisión que realiza esta norma se restrinja a los incisos 1 y 2 del artículo 205 deja en claro la inaplicabilidad de los incisos sucesivos, que se refieren a los procesos de liquidación por subasta judicial o por licitación. En vista de ello, queda claro que la forma de adjudicación a las cooperativas es un supuesto **distinto** de aquellos, y que se realiza en forma **directa**.

El artículo 205 LCQ en su inciso 1 específicamente ordena que, luego de realizada la tasación de aquello que se proyecta vender, debe correrse vista a la cooperativa de trabajadores de esa estimación. A su vez, el inciso 2 de la norma referida establece que la cooperativa de trabajo podrá realizar oferta y requerir la adjudicación al valor de tasación. ¿Cuál es su finalidad? Otorgar a la cooperativa la posibilidad de eventualmente **cuestionar** la valuación para luego realizar la oferta. Este derecho es irrenunciable atento a que resulta protectorio de la cooperativa integrada por los trabajadores exdependientes de la fallida (art. 12 LCT). El interés de la cooperativa como posible adquirente en el proceso es velar por que la estimación del valor de los bienes no sea superior al valor real,

pues —como se dijo— es un potencial adquirente[79]. Por otra parte, el artículo 213 en su actual redacción expresamente contempla la posibilidad de que los bienes sean vendidos a la cooperativa de forma directa.

La ley 26.684 modificó el texto del citado artículo, de modo que ahora dispone: *"El juez puede disponer la venta directa de bienes, previa vista al síndico,* ***a la cooperativa de trabajo para el caso de que esta sea continuadora de la explotación****, cuando por su naturaleza, su escaso valor o el fracaso de otra forma de enajenación resultare de utilidad evidente para el concurso*". Tal forma de adjudicación excluye el proceso de subasta pública o licitación. Es decir que la cooperativa que es continuadora de la explotación —y además está conformada por exdependientes de la fallida— cuenta con el amparo de un régimen especial que consagra la norma mencionada y que le permite adquirir en la quiebra los bienes de manera directa, protección esta de la que no gozan otros terceros.

De ello se deriva que, en principio, debe darse preeminencia al análisis de la propuesta de compra presentada por la entidad que es continuadora de la actividad y solo luego, en el supuesto de que la operación no pudiera concretarse, podría recurrirse a un llamado a mejora con base en la propuesta presentada por el otro oferente.

De este modo, una interpretación según la cual la cooperativa de trabajo podría comprar en forma directa **solamente** cuando: (a) por la naturaleza de los bienes, (b) su escaso valor, o (c) el fracaso de otra forma de enajenación, resultare de utilidad evidente para el concurso, es irrazonable ya que no era necesario reformar la ley concursal para llegar a esa conclusión.

Según el texto anterior a la reforma, cualquier sujeto —y por ende, incluso la cooperativa de trabajo— podía comprar en forma directa bienes invendibles. En cambio, la reforma amplificó la enumeración anterior para agregar el caso de la venta directa a la cooperativa de trabajo.

La interpretación que puede hacerse en contrario desvirtúa el espíritu de la ley y aparece reñida con las restantes normas que integran el sistema, pues la reforma efectuada mediante la ley 26.684 tuvo como fundamento —como se verá más adelante— favorecer la continuidad de la explotación por parte de los exdependientes de la fallida y preservar las fuentes de trabajo involucradas. Ello tal como surge del mensaje de elevación del Poder Ejecutivo según el cual el proyecto de reforma "*contempla priorizar la subsistencia de las empresas, para asegurar la continuidad de su producción y la generación de empleos, dando esa posibilidad a las cooperativas de trabajo* […] *El mayor beneficio de lograr tales objetivos, será para la Nación Argentina, al contribuir a preservar el aparato pro-*

79 CN Com Sala B "Industrias Ganaderas Inga S.A. s/ Quiebra", 8/9/2015.

ductivo del país, con la consiguiente conservación de puestos de trabajo estables, valorando la capacidad y experiencia de la mano de obra". Finalmente, concluye: "*Para llevar adelante lo propuesto precedentemente, se proponen diversas modificaciones a la Ley N° 24.522, entre las que se destaca la admisión de las cooperativas de trabajo como posibles sujetos continuadores de la explotación de la empresa concursada, privilegiando los bienes necesarios para tal fin*"[80].

Restringir la venta directa del artículo 213 a las cooperativas de trabajo *cuando los bienes son invendibles o de escaso valor* no mejora el derecho de los trabajadores a adquirir los activos falenciales, que fue el fin perseguido por la reforma de la ley 26.684. Lo opuesto a ello vaciaría de contenido los artículos 203 bis, 205, incs. 1 y 2, y 213 de la Ley de Concursos y Quiebras reformada, y su finalidad tal es mantener la fuente de trabajo.

Por otra parte, la finalidad de la ley resulta concordante con el artículo 14 bis de nuestra Carta Magna, como con otras disposiciones provinciales, como la Constitución de la Provincia de Buenos Aires. Según lo establecen distintos artículos de ese cuerpo legal, la Provincia debe propiciar el pleno empleo estimulando la creación de nuevas fuentes de trabajo al que considera un derecho y un deber social (art. 39), promueve la eliminación de obstáculos económicos (art. 36), asegura a sus habitantes el derecho a la libertad de trabajo, industria y comercio (art. 27) y tiene el deber de promover el desarrollo integral de las personas garantizando la igualdad de oportunidades (art. 11).

Otro punto en debate sobre el tema se centra en la posibilidad que tiene la cooperativa de adquirir solo algunos bienes de la fallida y no el *totum en block*. Para fundamentar una respuesta adecuada, volvemos al punto de inicio: la reforma efectuada a la Ley de Concursos y Quiebras mediante la ley 26.684 tuvo como eje —entre otros aspectos— proteger el mantenimiento de la fuente de trabajo (arts. 189, 190, 191 y cc. LCQ).

La culminación y la concreción de esa finalidad pueden verificarse mediante la adquisición de los bienes de la fallida por parte de la cooperativa para continuar con el emprendimiento. Ello es así pues al adquirir los bienes cesa el estado —en cierto modo precario— de las condiciones en las que se lleva a delante la continuación de la explotación y el estado de incertidumbre al que está sujeta esa continuación en la medida que está ceñida a las contingencias de un proceso judicial no concluido.

La operación de venta directa tal como lo establecen los artículos 203 bis, 205 incs. 1 y 2, y 213 tienen como finalidad primordial asegurar el mantenimiento de las fuentes de trabajo de los exdependientes de la fallida

80 Cfr. Mensaje de Elevación del Poder Ejecutivo, en "Antecedentes Parlamentarios, Ley 26.684- Reforma a la ley de concursos y quiebras". Agosto 2011. N° 7, La Ley, p. 56.

al dotar de modo definitivo a la cooperativa de los medios para continuar con la actividad.

En esta inteligencia, distintas Salas de la Cámara del fuero comercial —como más abajo expondremos— reiteradamente señalan que resulta posible que la cooperativa conformada por extrabajadores de la fallida, mediante una operación de compra **parcial**, adquiera **solamente los bienes que resultan adecuados para continuar con su actividad**[81].

Sin dudas, debemos considerar el viejo adagio de nuestro sistema legal: "lo que no está prohibido está permitido". No existe norma alguna que vede a la cooperativa a proceder eligiendo unos activos y descartando otros.

De ello se sigue que la circunstancia relativa a que la propuesta de compra contemple una oferta sobre algunos bienes no es óbice para su admisibilidad.

Todo lo expuesto puede corroborarse en distintos casos jurisprudenciales.

Veamos: en relación a la posibilidad de que la cooperativa resulte adquirente por compensación, se ha propuesto jurisprudencialmente una interpretación normativa que no vacíe de contenido la reforma de la ley 26.684, que privilegia la adquisición de los bienes por parte de los trabajadores conformados en cooperativa, teniendo en cuenta los criterios más flexibles atento la relación laboral primigenia involucrada con el deudor. Por ejemplo, en cuanto al valor de compensación, se ha aconsejado computar ampliamente los créditos laborales y determinar el valor a compensar sin recurrir a cálculos ni proyectos de eventuales dividendos o prorratas. Así se autorizó la compra mediante compensación con los créditos laborales sin exigir el pago a otros trabajadores, computando la totalidad de los créditos de los integrantes de la cooperativa y no un posible dividendo concursal a percibir, no pudiendo los créditos laborales verse mermados por cálculos o proyecciones de posibles dividendos[82]. Por otra parte, se ha considerado que no puede limitarse la posibilidad de compensación del crédito hasta cierto monto aun de existir otros acree-

81 "Polimec S.A. s/ Quiebra s/ Incidente de venta" (FG n° 114676) dictamen n° 135186 con fallo de la Sala C de fecha 24.5.2012 que remite a sus fundamentos; "Luis del Valle Murua S.A. s/ Quiebra" (FG n° 1120402); "Rabbione su Transporte S.A. s/ Incidente de realización de bien inmueble (Monasterio - Los Patos)" (FG n° 122161) dictamen n° 140990 con fallo de la Sala B de fecha 13.2.2014 que remite a sus fundamentos; "Rabbione su Transporte S.A. s/ Incidente de realización de bien inmueble (Monasterio - Los Patos)" (FG n° 124510) dictamen n° 143207 con fallo de la Sala B de fecha 23.10.2014 que remite a sus fundamentos.

82 "Soda Corbelle S.R.L. s/ Quiebra" 6/7/2017 CNCom Sala E, "Nostarco S.A.I.C. s/ Quiebra" CNCom Sala D 28/4/16, "Underlean SRL s/ quiebra" 13/7/2017 CNCom Sala F y "Ramos Hnos. s/ Quiebra s/ incidente de enajenación de la empresa en marcha" CNCom Sala B 5/7/2016.

dores laborales que no integren la cooperativa, debiendo computarse para ello los créditos con privilegio general y/o especial.

También se ha afirmado que no es necesario que resulte oferente por todos los bienes de la fallida, permitiéndose la compra parcial o propuestas alternativas a la venta en *block* de un mismo bien (por ejemplo, mediante la subdivisión de parcelas)[83].

A tal punto llega la protección que también se admitió la adquisición de los activos sin sujetar la misma al pago de cánones adeudados[84] o se ha admitido la posibilidad de integrar la masa compensable con créditos cedidos, por ejemplo, los pertenecientes a la obra social o sindicato de los trabajadores integrantes de las cooperativas[85].

En relación a los gastos a incurrir por la cooperativa para ejercer sus derechos compensatorios a los fines de la adquisición de bienes, se ha resuelto que los mismos no pueden ser excesivos, de modo que se impidan adquirir dichos bienes por compensación con totalidad de los créditos de los integrantes. Otras exigencias, como la certificación de firmas en tanto la evidente finalidad del artículo 203 LCQ, son evitar que los trabajadores incurran en gastos innecesarios, tal como sucede en el fuero laboral mediante el otorgamiento de acta poder ante la Cámara del Trabajo. En este orden, se ha considerado también que los honorarios que en definitiva se establezcan a cargo de la cooperativa no deben resultar excesivamente onerosos, a fin de evitar que se frustre la finalidad de la venta directa, que es posibilitar el mantenimiento de las fuentes de trabajo[86].

Se ha apreciado que el derecho de los cooperativistas debe ejercerse sin condicionamiento a exigencias adicionales a las previstas legalmente como, por ejemplo, la inexistencia de interesados, poco valor de los bienes o fracaso de venta anterior o utilidad evidente[87]. De esta manera, a los fines del ejercicio de la opción de compra por compensación por parte de la cooperativa, la ley no prevé ni exige el llamado a mejoramiento de oferta[88].

Tampoco se exige a los fines del ejercicio del derecho de compra por compensación la continuación de la explotación por parte de la coope-

83 CNCom Sala C "Grintek S.A. s/ quiebra", 10/11/2016.
84 "Nostarco S.A.I.C. s/ Quiebra", con fallo de la Sala D, 28/4/16.
85 Así se resolvió "Lanci Impresores S.R.L. s/ Quiebra", CNCOM Sala B, 22/4/2016.
86 "Underlean SRL s/ quiebra", 13/7/2017 CNCom Sala F, y se ha propuesto en el expediente nº 46754/2008 "Soda Corbelle S.R.L. s/ Quiebra" por la fiscalía de Cámara Comercial en el dictamen n° 150086, seguido parcialmente en la sentencia de fecha 6/7/2017 de la Sala E CNCom.
87 En este sentido se resolvió en autos en el expte. Nº 39756/2008 "Grintek S.A. s/ quiebra" 10/11/2016 CNCom Sala C.
88 "Industrias Ganaderas Inga S.A. s/ Quiebra" Dictamen n° 149122 Sentencia de fecha 23/11/2016 de la Sala B.

rativa, por no resultar un requisito exigido ni por el artículo 203 bis ni por el artículo 205, incisos 1 y 2 LCQ, y por no resultar siempre posible que dicha continuación se realice en forma inmediata, sino recién adquiridos los bienes[89], llegándose a permitir instar una operación de compra directa de los bienes de la fallida a la vez que manifiesta su interés en obtener la expropiación de esos bienes considerando que una pretensión no obsta a la otra y que, llegado el momento, la cooperativa podrá elegir por ejercer la facultad que estime apropiada[90].

3. Conclusiones

De todas las interpretaciones descriptas falladas a la luz de las lagunas legales, ha primado la tutela a la preservación de las fuentes de trabajo con un fundamento legal imposible de desdeñar: los principios que rigen en materia laboral que siguen vigentes aun en un proceso concursal.

89 En esta línea se resolvió en "Lanci Impresores S.R.L. s/ Quiebra", dictamen n° 147300, sentencia de la Sala B de fecha 22/4/2016.

90 En tal sentido se resolvió en el Expte Nº 13371/2012, "Underlean SRL s/ quiebra", dictamen 150281 con sentencia de fecha 13/7/2017 de la Sala F.

LA NECESIDAD DE BRINDAR UNA RESPUESTA LEGISLATIVA IDÓNEA A LAS COOPERATIVAS DE TRABAJO QUE RECUPERAN EMPRESAS

ALVAREZ SALVADOR, Marcela A.

Ponencia

Está claro que la modificación de la ley 24.522 realizada por la ley 26.684 incorporó un conjunto de reformas sustanciales, no solo del procedimiento, sino también de fondo. Introduce variadas modificaciones a la ley concursal, principalmente desde el punto de vista laboral, priorizando la fuente de trabajo, modificando la estructura del régimen vigente al incluir a los trabajadores y otorgarles facultades de información y de defensa de la fuente laboral. Pero, para la fecha, ya ha pasado algún tiempo y se han discutido ampliamente en doctrina los diferentes puntos de vista en cuanto a un sinnúmero de controversias, sin embargo, aún no se han brindado las respuestas legislativas idóneas para el caso y es menester dar soluciones a la problemática de las empresas recuperadas por cooperativas de trabajo.

Desarrollo

En este trabajo se pretende enfatizar la necesidad de procurar el estudio y sostenimiento de las cooperativas de trabajo, figura de suma importancia en el proceso de recuperación de empresas cuyos antecedentes, caracteres, legislación, entre otras particularidades, es necesario conocer para comprender cómo los trabajadores se valieron de aquellas como medio para la conservación de sus fuentes laborales. Lo relevante de las cooperativas de trabajo es que emergieron como una respuesta a las nuevas condiciones en las que el empleo se tornaba escaso y precario. La ley le otorga el estatus de sujeto de derecho.

Ahora bien, ya ha pasado algún tiempo desde la modificación fundamental de carácter estructural de la ley, donde se establece la consolidación de la cooperativa de trabajo como el nuevo “ente receptor y continuador” de la actividad y de los bienes de la fallida, otorgándole preeminencia legal respecto del resto de los acreedores, así como también ventajas de tipo estratégico y negociables, respecto del mismo deudor como de los restantes sujetos que pueden intervenir durante el proceso, lo que

genera un desequilibrio en las relaciones que pueden suscitarse entre las partes involucradas, además un sinnúmero de conflictos que no han sido previstos por el legislador de la modificación de la norma. Así, en junio de 2011, el Congreso de la Nación convirtió en ley el proyecto del Poder Ejecutivo que modificó la ley 24.522. Esta reforma brinda un nuevo enfoque a la legislación concursal, dándole preeminencia y primordial participación a las cooperativas de trabajo, no solo en la continuación de la explotación de la empresa en quiebra sino también en el salvataje del art. 48 cuando ha fracasado el trámite ordinario del concursal preventivo. Actualmente, según datos del Instituto Nacional de Asociativismo y Economía Social, en el Registro Nacional de Empresas Recuperadas, que recopila los casos de cooperativas de trabajo nacidas de empresas recuperadas, se observa que, del total de cooperativas constituidas por empresas recuperadas, un 5.4% de ellas se encuentra en el NEA, representando un 5.63% de los trabajadores-asociados.

Zona que engloba, además, un 16.2% del total de cooperativas en el país, de las que a su vez corresponde a la Provincia de Corrientes un 9.14% de las cooperativas de la región. Una vez identificadas las distintas empresas recuperadas que cumplían con las condiciones establecidas para la investigación, se seleccionaron: Cooperativa de Trabajo "Unión De Trabajadores Sanluiseños" Ltda., Cooperativa de Trabajo y Consumo Posadas Ltda., Cooperativa de Trabajo "Unión Saladeña" Ltda., con quienes ya se había trabajado previamente, ya que desde el año 2014, se ha venido trabajando mediante un Grupo de Investigación dependiente de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas de la Universidad Nacional del Nordeste. Este ha investigado y trabajado, durante cuatro años, la temática de las cooperativas que recuperan empresas, de igual manera se trabajó mediante un Proyecto de Extensión denominado "Empresas Recuperadas por Cooperativas de trabajadores" que se desarrolló en el marco del Programa Universidad en el Medio, en el que participó activamente como entidad co-participante: la Federación de Cooperativas de Corrientes Limitada (FEDECOOP). Durante este período de tiempo tuvimos la oportunidad de trabajar y conocer varias cooperativas que recuperaron empresas, entre las que se encuentran las cooperativas mencionadas.

Compartimos innumerables talleres, charlas y encuentros, en donde se trataron, como base fundamental, los Principios Cooperativos, entre otros temas de interés de los distintos sectores involucrados. Contando siempre con la buena predisposición de los asociados, logramos determinar, primero, cuál era la problemática con la que convivían y cómo trabajaban, en pos de encontrar respuestas a sus problemas y necesidades. La participación en estos encuentros ha permitido valorar, desde diferentes aspectos (humano, laboral, social y legal), la lucha que ha significado para este grupo de personas la recuperación de las empresas en crisis.

El camino que debieron recorrer es arduo y en ningún caso se subestimó el esfuerzo que debían depositar en este nuevo y desconocido emprendimiento. Asimismo, el deseo de que la cooperativa funcione incentivó el esfuerzo de los asociados por capacitarse, acudiendo a las reuniones y encuentros que se organizaban, y que hoy se realizan con mayor frecuencia por distintos organismos públicos y privados. Es importante destacar la necesidad, en cuanto a este punto, de generar un verdadero fomento de la educación para una visión cooperativa, dando preponderancia al rol de las universidades públicas.

Sabido es que, a partir de 2011, el principio de conservación de la empresa deja de ser excepcional y de interpretación restrictiva, cuya función es proteger los intereses de los trabajadores mediante la conservación de la fuente de trabajo, por intermedio de la continuación de la explotación de la empresa. Como dijo Prono (1977)[91], el instituto de la conservación de la empresa muestra que la legislación concursal se orienta hacia el mantenimiento dinámico de la empresa útil, recurriendo al medio liquidatorio del patrimonio solo cuando las posibilidades conservatorias se hacen difíciles o notoriamente gravosas para los distintos intereses afectados. Así, con la sanción de la ley 26.684, el principio retoma preponderancia, y aunque al "legitimar a los trabajadores a requerir la continuación de la empresa, como alternativa de mantenimiento de la fuente de trabajo, ha incorporado una pauta de signo contrario al carácter excepcional de este régimen […] lo cual trae aparejado en la práctica un sinnúmero de inconvenientes en orden a la aplicación de la ley al caso concreto" (Graziabile, 2018, p. 825)[92].

Según los fundamentos de la reforma: "impulsar la continuidad de las empresas en situaciones de crisis e impedir la destrucción de industrias en condiciones de ser recuperadas, para lo cual se les brinda esa posibilidad a los trabajadores, idóneos por su experiencia, conocimiento y capacidad".

Por ello, "Más allá de las críticas puntuales y muy fuertes a ciertos dispositivos legales (*v. gr.*: el polémico art. 48 bis), lo cierto es que el camino marcado por la jurisprudencia evolucionó hacia una nueva dirección" (Chiavassa, 2019, p. 120)[93].

El sector cooperativo ha dado muestras claras de su incidencia en la economía nacional en general, así como en cada caso particular en las comunidades en las que están insertas, por las relaciones sociales que generan vínculos de solidaridad e igualdad, por el arraigo territorial de sus

91 Prono, R. S. (1977). *Continuación de la empresa en la quiebra.* Ediar.
92 Graziabile, D. J. (2018). *Instituciones del derecho concursal.* (1ª ed.) Tomos I a V. La Ley.
93 Chiavassa, E. N. (2019). La adjudicación de la empresa fallida a favor de la cooperativa de trabajo en *Revista de Derecho Privado y Comunitario 2019-3: Insolvencia II.* Rubinzal-Culzoni, pp. 119–129.

prácticas, que potencian y generan los recursos en las localidades donde se desarrollan, demostrando una capacidad efectiva en la generación de fuentes de trabajo y redistribución de la riqueza en tiempos críticos que las han generado. En este marco quiero mencionar que en la provincia de Corrientes el movimiento cooperativo existe y refleja la lucha de los empleados por preservar su fuente laboral; son firmas, en su mayoría del interior, que quebraron y fueron recuperadas por sus empleados, y actualmente funcionan bajo el sistema cooperativo, con resultados positivos en lo laboral. Cierto es que, en lo que refiere a la rentabilidad, si bien los resultados son positivos, la crisis generada por la pandemia ha provocado una disminución en dicha rentabilidad. Ejemplo de ello es la cooperativa Unión de Trabajadores San Luiseños (Utrasa), que se encuentra a pocos kilómetros de la capital provincial. Por su parte, la Cooperativa de Trabajo y Consumo Posadas Ltda, que desarrolla su actividad en la rama del transporte público de pasajeros prestando los servicios de transporte, como la anterior, también se encuentra entre las llamadas "empresas recuperadas y autogestionadas por sus trabajadores". Esta cooperativa funciona con mayor dificultad y menor rentabilidad, pero con la convicción por parte de sus asociados, de mantenerse a flote. La Cooperativa de Trabajo "Unión Saladeña" Ltda. desarrolla su actividad en la rama alimenticia, realiza el empaque de frutas y hortalizas, en lo referente a servicios, realiza el procesamiento y empaque de frutas, presta servicios de cámara de frío y maduración, comercialización y embalaje. Como las anteriores, esta cooperativa es otro ejemplo de las llamadas "empresas recuperadas y autogestionadas por sus trabajadores".

Conclusión

La ley concursal ha tenido importantes modificaciones, en un principio, considerando de manera excepcional la continuación de la explotación, para evitar un daño grave e irreparable al interés de los acreedores y a conservar el patrimonio, todo esto sin orientarse a evitar la liquidación y con la reforma introducida por la ley 26.684, tuvo en miras la protección de las fuentes laborales, otorgando mayor participación a los trabajadores, intentando evitar que fueran afectados por la crisis de la situación económica y patrimonial de la empresa en la cual desarrollan sus actividades laborales. La reforma ha buscado desarrollar un mecanismo que les permita al personal dependiente o incluso en carácter de acreedores laborales, la continuación de la explotación, pero ya no de manera excepcional, como lo sostenía la norma anterior, sino como un medio más del procedimiento liquidativo de la quiebra y de protección de las fuentes de trabajo. Resulta importante destacar que el instituto de continuación de la actividad de la fallida en manos de una cooperativa, siempre y cuando se den los alcances establecidos en la ley, puede brindar resultados

positivos para la masa de acreedores, ya que podrán obtener mayores dividendos, puesto que el valor de la empresa en marcha será siempre superior, y tomando en consideración la relevancia de la continuidad de la producción en manos de trabajadores de la fallida. Agrupados en cooperativas de trabajo, el resultado es altamente positivo tanto desde lo económico, social, político, impositivo, etc., en virtud de que, por un lado, se logra conservar la unidad económica de producción y, por el otro lado, mantener las fuentes de trabajo. Si bien del estudio del tema se pueden observar las distintas posturas doctrinarias al respecto, desde esta óptica me inclino a pensar que resulta positivo que el legislador introduzca en el derecho concursal normas que tiendan a procurar un desarrollo armónico de la empresa y que procuren mantener estable una fuente de ingresos mediante la reactivación de empresas viables, evitando su liquidación y ayudando a los trabajadores. Sería menester que se logren armonizar las normas concursales, las laborales y las normativas cooperativas, en pos de resguardar las distintas necesidades y derechos de los involucrados, acercando las diversas posturas doctrinarias, permitiendo brindar soluciones y respuestas que beneficien de manera eficaz a todos los sujetos involucrados, obteniendo como consecuencia un equilibrio normativo que realmente brinde soluciones de continuidad a la cooperativa de trabajo, así como un claro soporte estatal que apoye esa continuidad, con mecanismos idóneos de reestructuración, control y acompañamiento, a los efectos de que tengan una posibilidad real de sostenerse. En palabras de Graziabile: "Son procesos complejos donde existen pluripretensiones, pluriintereses y relaciones procesales plurisubjetivas" (Graziabile, 2018)[94]. De los trabajos realizados y los casos analizados, se pueden observar que las cooperativas son entes capaces de recuperar una empresa después de la quiebra, pero necesitan de una legislación clara que las sostenga y les dé legitimidad, materia que está pendiente desde hace mucho tiempo y que debería tratarse legislativamente, especialmente hoy día, en donde se puede afirmar que las cooperativas, especialmente las de trabajo, han demostrado su capacidad de reorganización en función de las necesidades en plena crisis pandémica.

94 Graziabile, D. J. (2018). *Instituciones del derecho concursal.* (1ª ed.) Tomos I a V. La Ley.

DERECHO Concursal / PERSPECTIVAS ACTUALES

TOMO III: INSTITUCIONES CONCURSALES LIQUIDATIVAS

EBOOK

INTERACCIÓN ENTRE LOS DISTINTOS EFECTOS PATRIMONIALES

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

LOS CRIPTOACTIVOS Y LA LEY DE CONCURSOS Y QUIEBRAS

FRANCHIN, Fernanda Regina

Ponencia

La criptomoneda en su versión persona a persona surgió en el año 2008 y, sin perjuicio de las fluctuaciones en su cotización, ha presentado un constante desarrollo y ha servido como instrumento de cambio, valor y ahorro en el mercado. Esto hace posible que, al producirse la declaración de la quiebra, el fallido se encuentre en tenencia de las mismas o haya celebrado contratos con estos activos digitales.

Siendo un instrumento disruptivo, es necesario conocer la forma en la que opera y repensar los instrumentos otorgados por la ley falencial, a fin de no tornar abstractos sus principios y objetivos.

I.- Introducción

Observando la presencia de las criptomonedas en el comercio y las finanzas, el trabajo analiza dos ámbitos en donde se conectan con la Ley de Concursos y Quiebras.

Uno vinculado con la normativa que podría ser de aplicación a los criptoactivos y, para ello, en una primera instancia, se indaga sobre la naturaleza jurídica de estos.

Y otro relacionado con las herramientas a las que sería factible que acudieran los funcionarios del proceso, a fin de lograr que estos activos digitales formen parte de la prenda común a liquidar. A tal efecto, se desarrollarán en una segunda etapa los aspectos técnicos que poseen, pero no todos, sino solo aquellos en virtud de los cuales pueden ser reconocidos, individualizados e incautados.

Por último, se abordarán las disposiciones e instrumentos específicamente contenidos en la ley 24.522.

II.- Los activos digitales

Cuando se define a los activos digitales, se dice que son todos aquellos recursos intangibles y tecnológicos de los que dispone una empresa —con lo cual no se expresa mucho— al efectuar una presentación estándar de

diferentes instrumentos que, si bien en su totalidad no tiene un soporte físico y se encuentran en internet, presentan sus diferencias y responden a categorías jurídicas contenidas en el CCC.

Así, dentro de la variedad de activos digitales que existen, es factible diferenciar dos campos. Uno, el de los productos digitales, definidos como un bien no físico elaborado mediante tecnologías de la información y que solo pueden comprarse o descargarse a través de internet. Y otro, el de los recursos digitales, por cuanto representan ganancias que obtiene su titular por el ejercicio de una determinada actividad o por poseer ciertas cualidades.

Ahora bien, dentro del primer campo que destinamos a los productos digitales, se pueden observar otros dos subgrupos por su forma de generar ganancias. Aquellos que operan como un verdadero bien inmaterial, que entran al mercado de forma autónoma, su titular puede acreditar que son de su propiedad y se van intercambiando en su integralidad —exactamente así es como se comportan los criptoactivos—. Y aquellos que se comercializan a través de autorizaciones, como los *softwares*, con lo cual se está frente a un derecho en los términos del artículo 724 del CCC.

El intento de clasificar los activos digitales se presenta como importante a fin de conocer que no son una homogeneidad intangible, sino que adoptan muy variada forma y conforme sus matices es el conjunto de normas que se les termina aplicando.

III.- Elementos de las criptomonedas

En el mundo de los critptoactivos, no existe una sola clase de ellos ni responden todos a un mismo protocolo, razón por la cual, al abordar el tratamiento de sus aspectos técnicos, siempre se efectúa el análisis en referencia al Bitcoin.

De la criptomoneda en el terreno académico y de la práctica comercial, se puede predicar que es un sistema monetario, por cuanto es un conjunto de normas y elementos que hacen posible que circulen como medio de pago. Los signos monetarios que lo componen giran en torno a una unidad fundamental, cuyo valor se obtiene por un patrón externo a ella misma y cumplen las funciones económicas de ser unidad de valor, medio de intercambio de los bienes y servicios e instrumento para el ahorro.

No obstante, a excepción de El Salvador, la legislación internacional si bien reconoce su capacidad para cumplir las tres funciones económicas detalladas, no le otorga el curso legal ni le confiere el tratamiento de una divisa extranjera, y por ello se inclinan a denominarlas *criptoactivos*. En esta ponencia se utilizan ambas nominaciones de forma indistinta.

A efectos de fundamentar el citado tratamiento, los Estados han esbozado varios argumentos. El que parece resumir las inquietudes generales es el expuesto por Therese Chambers en *The Advancement of Digital Assets and Addressing Financial Crime Risk*, en la Escuela de Derecho de la Universidad de Nueva York, cuya parte pertinente se transcribe a continuación: "Se puede inferir que los criptoactivos como Bitcoin no son solo otro intento de crear un dólar digital o lanzar una aplicación FinTech, sino algo mucho más radical. Se puede inferir que estas personas buscaron cambiar nuestra noción de 'confianza' en los servicios financieros tradicionales. Alejar a la sociedad de los servicios financieros centralizados regulados por agencias como la nuestra, hacia redes de igual a igual descentralizadas aseguradas por criptografía". El eje argumental es que Bitcoin prescinde del tercero intermediario que garantice las transacciones y, por ello, es sumamente difícil de controlar. No hay en su sistema un responsable al cual dirigirse.

Sin perjuicio de lo expuesto, los criptoactivos se han impuesto en el comercio y la mayoría de los países han optado por permitir su empleo, monitoreando y estudiando su desenvolvimiento, como medio de no obstaculizar su desarrollo y a la vez evitar los fraudes, el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo.

Como producto enteramente digital, la base tecnológica que hace posible la criptomoneda es *blockchain*, por cuanto es el sistema que de forma descentralizada garantiza y certifica que las mismas no pueden ser falsificadas —ni emitidas más allá de los 21 millones preestablecidos— y que cada una de las transacciones sean legítimas, inviolables e irreversibles.

El sistema de pago se instrumenta por medio de un programa denominado "monederos", "billeteras" o "*wallets*", en donde se registran direcciones de doble clave, una privada y secreta —la cual sirve para tener acceso a los criptoactivos— y otra pública —que es la que se comparte con el resto de la red a fin enviar y recibir las monedas—.

Empleando las billeteras virtuales, los cirptoactivos pueden adquirirse por la venta de productos o la prestación de servicios cuando su precio se pacte en ellos, por compra efectuada a un intercambiador u otra persona tenedora de criptoactivos (es decir no se dedique habitualmente y profesional a la intermediación de ellos) y por minería.

IV.- **Los criptoactivos** y la ley 24.522

Dentro de nuestro ordenamiento jurídico, si bien los criptoactivos no gozan de curso legal ni se los entiende como divisa extranjera, su tenencia y uso como medio de intercambio de bienes y servicios no se encuentra

prohibido. Y dentro de las categorías jurídicas, se ubica en la correspondiente a los bienes inmateriales fungibles.

Dentro de este marco, se desarrollarán dos hipótesis:

1.- Obligaciones pactadas en criptoactivos

La premisa en este apartado es un contrato de mutuo donde se le entrega al deudor un importe en moneda de curso legal equivalente a una determinada cantidad de criptoactivos (ej. bitcoin), a fin de que este entregue en una fecha pactada el monto en pesos a que equivalga la misma cantidad de criptoactivos a la cotización de la fecha fijada.

El mutuo que contenga la citada cláusula es claramente una deuda de valor, por cuanto el objeto mismo de la prestación no es el dinero, sino la cotización en pesos del bitcoin, de acuerdo con la hipótesis. Consecuentemente, dentro del ámbito de la ley 24.522, será de aplicación el artículo 19 primer párrafo para el concurso y el artículo 127 para la quiebra.

Los mismos artículos son aplicables al contrato de mutuo, donde se hubiere entregado tanta cantidad de criptoactivos, a fin de que en determinada fecha se restituyere igual cantidad del mismo criptoactivo, toda vez que se los ha caracterizado como bienes que no son cosas ni dinero.

2.- Tenencia de criptoactivos

En este punto la cuestión medular pasa por individualizar dónde se encuentran los criptoactivos y si estos pertenecen al concursado o fallido.

Ahora bien, en cuanto a las herramientas a las cuales es factible acudir, a fin ubicar los criptoactivos se propone:

1. Oficio al BCRA. Como se expresó, el sistema de pagos con criptoactivos se instrumenta a través de las billeteras virtuales, y una de las formas de adquisición de las criptomonedas es a través de las casas de cambio, las cuales, conforme a la normativa del BCRA, deben registrarse ante la Superintendencia de Entidades Financieras y Cambiarias.
2. En cuanto a la correspondencia electrónica, entiendo que el fallido se encuentra obligado denunciar la cuenta y clave del correo electrónico de la empresa.
3. Perito informático requerido, a fin de analizar los correos electrónicos (tanto el comercial como el personal del fallido) y los sistemas informáticos sobre los que opera la empresa, a efectos de rastrear operaciones con criptomonedas y la existencia de billeteras en frío.

V.- Síntesis

Del análisis efectuado a las criptomonedas y a la normativa general y particular de concursos y quiebras, se podría afirmar que el conflicto no se produce por carencia de elementos u omisiones en el ordenamiento jurídico, sino por desconocimiento tanto de la forma en la que operan los activos digitales como de los sistemas que los hacen posibles.

LA CONVERSIÓN FORZOSA —PERO NO DEFINITIVA— DE LAS OBLIGACIONES EN MONEDA EXTRANJERA EN LA QUIEBRA QUE CONCLUYE DE MANERA NO LIQUIDATIVA

RUIZ, Sergio G. y CHIAVASSA, Eduardo N.

Ponencia

La conversión forzosa y definitiva de las obligaciones en moneda extranjera a la moneda de curso legal prevista por el artículo 127 de la ley 24.522 es un efecto propio de la quiebra liquidativa. En el supuesto de conclusión falencial no liquidativa (salvo el caso de pago total), la conversión no siempre es definitiva, en tanto que los acreedores en moneda extranjera tienen derecho a requerir el pago de sus créditos en esa moneda o por el valor de sus créditos en la moneda de curso legal calculada a la fecha del pago (art. 765 CCC).

En el caso del pago total, la cuestión que aquí se trata no resulta relevante, ni tampoco en el caso del avenimiento cuando el acreedor haya prestado su conformidad. En el supuesto de que no se haya dictado sentencia verificatoria incidental, al no haber efectos verificatorios y su oponibilidad extraconcursal, una vez resuelta la conclusión falencial por avenimiento, en la que se ha ordenado garantizar al acreedor cuyo crédito aún no ha sido admitido, el juez podrá verificar la obligación de que se trata, en la moneda originaria, más los intereses pertinentes, atento que no resultan ya aplicables ni la suspensión de los réditos ni la conversión forzosa.

En el supuesto de existir sentencia verificatoria que admita el crédito en moneda extranjera y su conversión, aun cuando puedan predicarse de ella los efectos de cosa juzgada extraconcursal, sostenemos que, frente a una actitud abusiva o dolosa del deudor, que ha requerido o permitido la declaración de su falencia al solo efecto de perjudicar a sus acreedores en moneda extranjera, y luego evitar la liquidación de sus bienes mediante el depósito de la deuda pendiente en pesos, ya sea que se trate de acreedores que no se localizan o acreedores reticentes, resulta posible revisar —a pedido de parte interesada— los efectos de esa cosa juzgada verificatoria por dolo, de manera similar a lo que acontece en la acción prevista por el artículo 38 de la LCQ.

1) La conversión de las obligaciones en moneda extranjera en la quiebra

El artículo 127 de la ley concursal, al establecer los efectos que provoca la quiebra sobre ciertas obligaciones, agrupa a los acreedores de prestaciones no dinerarias de las contraídas en moneda extranjera y a aquellos cuyos créditos en dinero deba calcularse con relación a otros bienes, y les brinda una misma solución: la concurrencia a la quiebra por el valor de sus créditos en moneda de curso legal a la fecha de declaración falencial o, a opción del acreedor, a la del vencimiento obligacional, si este fuere anterior.

La norma se refiere a los créditos que no pueden ser satisfechos *in natura*, es decir, mediante la entrega del bien o en la moneda que se trata, y opta por sustraerse del principio nominalista.

Desde esta perspectiva, la ley concursal asigna a las deudas expresadas en moneda extranjera una naturaleza no dineraria. Tal previsión —que en un primer momento se contrapuso con el Código Civil velezano— hoy, a partir de la sanción del nuevo Código Civil y Comercial, resulta acorde con lo dispuesto por el artículo 765 de dicho cuerpo normativo.

Ahora bien, aun cuando pudiera predicarse de esta norma del Código fondal un carácter dispositivo, lo cierto es que el régimen general resulta alterado cuando el deudor de obligaciones en moneda extranjera ha sido declarado en quiebra. Ello en razón de que la ley concursal le permite al deudor desobligarse sin tener que extinguir la obligación mediante el pago en dicha moneda, estableciendo el artículo 127 LCQ una conversión forzosa, a diferencia de la conversión provisoria prevista en el artículo 19 LCQ para el supuesto de concurso preventivo, que es provisoria, es decir, al solo efecto del cómputo de las mayorías.

Dicho carácter forzoso o imperativo resulta por aplicación del artículo 125 LCQ, de manera tal que la conversión prevalece sobre cualquier acuerdo de partes o disposición legal (no concursal) en contrario[95]. Lo que no surge es el carácter definitivo, aunque se sostiene por los efectos de la cosa juzgada dimanada de la sentencia verificatoria.

Como afirma Heredia, la razón de la conversión es de fácil justificación, pues procura, por un lado, mantener las condiciones de igualdad de todos los acreedores en el concurso y de este modo preservar el principio paritario y, por otro, permite la participación del acreedor de la prestación no dineraria en forma proporcional en el cobro del dividendo. Es decir, el efecto de la conversión se sustenta sobre la base de la paridad de los acreedores y funciona a los fines de la aplicación de la ley del dividendo.

95 Rouillon, Adolfo A. N. y Micelli, María I., Sección IV, Efectos generales sobre las relaciones jurídicas preexistentes, en *Tratado de Derecho Comercial*, Tomo IV, B, Ed. La Ley, p. 303.

Antes de la ley 19.551, el derecho nacional no contemplaba como efecto de la falencia la conversión de las obligaciones no dinerarias. La jurisprudencia y la doctrina fueron perfilando dicho efecto, que derivó en el artículo 131 de aquella ley, y en su sucedáneo, es decir, el actual artículo 127 de la ley concursal vigente. Dentro de dichos antecedentes, puede citarse el fallo de la Cámara Nacional en lo Comercial en pleno, *in re*: "Max y Vitale Soc. Col. c/ Horn Egon"[96].

Para Bonsignori, la norma es una exigencia que desciende del complejo de disposiciones que inspiran el concurso de acreedores, el cual no puede realizarse si todos los derechos no fueran referidos a un denominador común.

Por su parte, Provinciali señaló: "La transformación en deuda pecuniaria es connatural al concurso, mejor dicho, a la ejecución forzada en general".

Existen ciertas excepciones a la regla de la conversión de las deudas no dinerarias, entre las que pueden incluirse aquellas pretensiones que apuntan a la restitución *in natura*, *v. gr*. reivindicación, restitución, restitución de bienes de terceros (art. 138 LCQ); así como aquellas obligaciones de escriturar bienes inmuebles en las condiciones del artículo 146 LCQ.

2) Conversión de la moneda extranjera en los casos de conclusión no liquidativa

Ahora bien, ¿es definitiva la conversión de la moneda extranjera en los supuestos de conclusión falencial no liquidativa?

Es cierto que el fundamento de la norma bajo comentario es que, en el caso de créditos no pecuniarios, los mismos deben ser susceptibles de ser convertidos en dinero, de otro modo, no podrán participar en el procedimiento falencial, que tiende a repartir el patrimonio del fallido previamente transformado en dinero líquido.

¿Pero qué sucede en los supuestos en los que la quiebra concluye por un modo no liquidativo?

Para responder ese interrogante, debemos señalar primero que los efectos de la quiebra sobre las relaciones preexistentes (entre ellos, la suspensión de intereses, como la conversión monetaria, entre otros) están enderezados a la cristalización del pasivo falencial.

En este punto, la jurisprudencia se ha inclinado a considerar: "La con-

96 ED 27-45.

versión de deudas contraídas en moneda extranjera permite la cristalización juntamente con las convenidas en moneda nacional al tiempo de la declaración de quiebra, y se hace aplicación del principio general, en materia de bancarrota, de la *par condicio creditorum*, con la finalidad de la más justa distribución del patrimonio deudor"[97].

A su vez, dichos efectos se conectan, como se dijo ya, con el principio paritario y, especialmente, con la ley del dividendo. Esto significa que la distribución debe hacerse conforme a la ley, siguiendo el orden de los privilegios, y en su caso, a prorrata, permitiendo el recupero de los intereses suspendidos una vez que hayan alcanzado los activos líquidos para abonar la totalidad de los créditos admitidos y/o verificados, conforme el proyecto de distribución, frente a la existencia de un remanente (art. 128 LCQ).

Por su parte, Rouillón ha señalado: "En la quiebra liquidativa, los acreedores de moneda extranjera experimentan una conversión definitiva de su crédito a moneda de curso legal (pesos) para participar en el proyecto de distribución y para cobrar el dividendo falencial. Pensamos que esta solución se mantiene aun después de la reforma de la ley 23.928 a los arts. 617 y 619 del Cód. Civil, por la especificidad de la legislación concursal y —sobre todo— por las particularidades de la de la liquidación falencial. En esta, la prestación originaria resulta sustituida por un derecho al dividendo que se determina proporcionalmente al activo realizado, al pasivo total, la composición de este en sus cuantías individuales y privilegios, los valores cristalizados, etcétera. Tales singularidades propias de la quiebra liquidativa determinan la exigencia ineludible de una única moneda de quiebra"[98].

A partir de ello, podemos avanzar siguiendo a Heredia, quien —citando a la doctrina italiana (Satta, Maffei Alberti y Provinciali)— señala que la conversión del artículo 127 citado es propia de la liquidación concursal que opera solamente en los límites y a los fines del procedimiento liquidativo, para resguardar el principio paritario y sin que de la misma pueda obtener provecho el deudor. De lo que deriva que, clausurada la quiebra (salvo el caso de pago total), en las relaciones entre deudor y acreedor, este siempre conserva el derecho al mayor valor del bien que se le debe[99].

Ahora bien, distinto es el caso de la conclusión de la quiebra por algunos de los modos no liquidativos (avenimiento, carta de pago), puesto que, al no resultar de aplicación la denominada *ley del dividendo* (por no haber

97 CSJN, 21/6/83, "Bernalesa S.R.L. s/ Quiebra", ED, t. 104, p. 769, voto del Dr. Rossi.
98 Rouillón, Adolfo A. N., *Desindexación o indexación limitada*, Astrea, Buenos Aires, 1994, p. 57.
99 Heredia, Pablo D., *Tratado exegético de derecho concursal*, T. IV, p. 702.

distribución) ni encontrarse en crisis el principio paritario, tal precepto de conversión forzosa no debería aplicarse en el supuesto de quiebra no liquidativa, porque precisamente, no está en su *ratio legis*.

Creemos que la solución no pasa por imponer al acreedor la conversión de su obligación en moneda extranjera al valor que tenía en el momento de la declaración falencial, conforme lo establece el artículo 127 de la LCQ para el caso de quiebra liquidativa, según sostenemos en esta ponencia, sino que, tomando en consideración la télesis de la norma y además lo dispuesto en el artículo 10 CCC, que proscribe el ejercicio abusivo del derecho, corresponde aplicar lo dispuesto por el artículo 765 del CCC, permitiendo la liberación del deudor que pretende la conclusión de su quiebra mediante el pago de dicha acreencia en moneda extranjera o en la de curso legal, al valor en el momento del pago o avenimiento.

En una palabra, la aplicación de la ley no puede resultar injusta, haciendo cargar al acreedor —y beneficiándose por ende el deudor que pretende quedar *in bonis*— la mengua del valor de su crédito originariamente en moneda extranjera, sobre todo en un país como el nuestro en el que la constante devaluación de la moneda nacional provoca una diferencia sustancial entre el peso y el valor de otras monedas que no son de curso legal, al transcurrir un tiempo considerable entre la declaración de quiebra y la conclusión de dicho proceso. A ello, debe agregarse la influencia que significa la eventual existencia de diferentes tipos de cambios para las monedas extranjeras.

3) El problema de la cosa juzgada verificatoria y el art. 127 LCQ

Si bien es cierto que, en el caso del pago total, la cuestión que aquí se trata no resulta relevante, ni tampoco en el caso del avenimiento cuando el acreedor ha prestado su conformidad, el conflicto se suscita con los acreedores que no se hallan o los que aún restan pendientes de resolver (cfr. art. 226 LCQ).

Desde nuestra perspectiva, en el supuesto de que no haya sentencia verificatoria, la cuestión es más simple, puesto que no puede hablarse de efectos verificatorios y su oponibilidad extraconcursal. Por ende, el juez podrá verificar la obligación de que se trata, ya estando resuelta la sentencia de conclusión falencial por avenimiento, en la moneda originaria, con más los intereses pertinentes, atento que no resultan ya aplicables ni la suspensión de los réditos ni la conversión forzosa. Es decir, se aplicaría para estos casos el régimen general previsto por el artículo 765 CCC.

El problema que plantea esta posición se genera en los casos de acreedores con sentencia verificatoria (sea tempestiva o tardía) que admitieron

el crédito en pesos por conversión del artículo 127 LCQ, y que no han prestado conformidad con el levantamiento de la quiebra o que son inhallables.

En este punto, no desconocemos que el maestro italiano Bonsignori se ha opuesto a esta posición, al sostener que la sentencia de verificación que hubiera determinado el valor pecuniario del crédito no dinerario conserva en este aspecto eficacia extraconcursal. Tampoco ignoramos que para algunos autores (Rouillón, Alonso) la conversión del artículo 127 de la LCQ configura un supuesto de novación por cambio de objeto y, por ende, no resulta factible de ser modificada posteriormente, aun cuando haya un levantamiento de la falencia por modo no liquidativo.

Al respecto, creemos que si se trata de una actitud dolosa o abusiva del deudor, que ha requerido o permitido la declaración de su falencia al solo efecto de perjudicar a sus acreedores en moneda extranjera y luego evitar la liquidación de sus bienes mediante el depósito de la deuda pendiente o de los inhallables, o incluso, de los reticentes acreedores, parece que los efectos dimanantes de esa cosa juzgada verificatoria podrían ser revisados por dolo, de manera similar a lo que acontece en la acción prevista por el artículo 38 de la LCQ. Este tema cobra especial importancia frente a situación de notable desajuste cambiario y procesos inflacionarios que hacen que aquella solución ideada por el legislador pueda provocar un notable deterioro de las acreencias y una falta de correspondencia con la realidad.

NECESIDAD DE IMPEDIR LA INSCRIPCIÓN DE LA INSTITUCIÓN A VIVIENDA EN INFRACCIÓN AL RÉGIMEN DE LA QUIEBRA

DE LAS MORENAS, Gabriel

Ponencia *de lege ferenda*

Los Registros de la Propiedad Inmueble no deben inscribir un bien bajo el régimen de institución a vivienda sin antes consultar el Registro de Juicios Universales y en caso de duda efectuar la consulta al Juzgado Concursal.

Resumen

La ponencia pretende efectuar un aporte *de lege ferenda* sobre una cuestión práctica que afecta la incautación y desapoderamiento de bienes falenciales. Esa cuestión refiere a la posibilidad de que el cesante durante el concurso preventivo o incluso durante la quiebra someta un bien inmueble de su propiedad bajo el régimen de bien de familia.

Los problemas que generan estas conductas de los fallidos a los acreedores son muy serios: el más grave y evidente es la dilación que supone el planteo de la desafectación.

Del lado de los Registros de Propiedad este problema no ha tenido conocimiento ni recepción.

Para solucionar el problema se propone una solución simple, poco demorosa y económica. Esa solución consiste en que los Registros de la Propiedad Inmueble antes de inscribir una propiedad como bien de familia consulten los Registros de Juicios Universales de cada jurisdicción. Y, dada la existencia de un proceso concursal, se eleve la consulta al juzgado interviniente.

I.- Planteo del problema

En el ejercicio profesional, nos hemos topado con un par de casos en los que personas humanas fallidas han inscripto casas como vivienda (bien de familia) luego del decreto falimentario. En uno de los casos, luego de varios años de trámite de la quiebra.

En Mendoza, la Dirección de Registros Públicos que depende del Poder Judicial no dudó en inscribir tales anotaciones como reflejo de una reglamentación legal y administrativa que no contempla la situación del afectante al régimen de vivienda que se encuentra fallido.

En efecto, no surge de la ley 17.801 ni del Código Civil y Comercial ninguna regla que imponga la precaución que se propone en esta ponencia.

Ahora bien, lo cierto es que cuando una persona se encuentra fallida tiene vedado disponer y administrar su patrimonio por disposición expresa de la ley, tal como dimana de los artículos 88, 106, 107 y cc. LCQ. El desapoderamiento absoluto de la quiebra torna inverosímil que el fallido pueda *motu proprio* instituir una vivienda como institución a vivienda *ex post* la sentencia de quiebra. El Registro Inmobiliario Público, cualquiera de ellos, no debería ser ajeno a tal circunstancia y debería tomar algunas pocas precauciones que podrían, con poco esfuerzo, evitar las graves y serias dificultades que supone para la comunidad de acreedores el tener que afrontar la desafectación del inmueble como institución a vivienda.

Veamos cuáles son esas dificultades en prieta síntesis:

a) **Imposibilidad del síndico de promover el incidente de desafectación de la institución a vivienda**. Como es sabido, la quiebra como proceso se estructura en función de la designación de un síndico que es quien sustituye las facultades de administración, disposición y procesales del fallido. No obstante, el Código fondal en su artículo 249 excluye al síndico de la legitimación procesal para promover el incidente de desafectación. Esta exclusión, de suyo *contra natura* en el contexto concursal, provoca una grave orfandad legitimante. Es claro que es de la esencia del procedimiento concursal que las facultades procesales dispersas y difusas se concentran en la figura del síndico. Cuando el síndico, por expresa disposición legal, se ve vedado de actuar, se le impone la búsqueda de uno o varios acreedores para que lleven adelante la incidencia y corran con el riesgo de las costas.

b) **Imposibilidad de la quiebra de conocer la existencia de la afectación a vivienda**. Como no está previsto en ninguna regla ni se hace consulta alguna, es lógico que el Registro de la Propiedad no sepa que existe la quiebra del instituyente. Por la misma razón, la quiebra no sabe de la inscripción de la vivienda. Cuando se aproxima la venta del bien y se piden informes registrales, el síndico y el juez concursal se “topan” con la afectación a vivienda anotada por el fallido. Esta sorpresa implica sobre costos para el procedimiento de quiebra, dado que es altamente probable que deba demorarse la venta y los gastos efectuados hasta ese punto para concretarla sean en balde. ¿Quién carga con esos gastos? Pues, en definitiva, los acreedores quirografarios, verdaderos mártires de la falencia.

c) **Demora injustificada de la quiebra en hacerse con un bien de los más importantes**, sino con el más importante de todos. En efecto, los acreedores a través de esta argucia del fallido verán demorada la satisfacción de sus créditos en moneda de quiebra. Los ya menguados dividendos concursales serán más escuetos cuanto mayor sea la tardanza. Esa tardanza, además, desoye la expresa manda legal contenida en el artículo 217 LCQ, que no por draconiana debe ser desoída. Porque una cosa es sostener —como sostenemos— que los tres meses allí contenidos son de cumplimiento imposible y otra diferente es hacer de cuenta que para la ley concursal da lo mismo rematar en breve plazo o en plazos largos.

II.- La solución que proponemos

La solución que se propone no es gravosa ni reviste un gran esfuerzo por parte de los Registros de la Propiedad Inmueble. Ella consiste en exigir o hacer por propia cuenta un examen al Registro de Juicios Universales para indagar acerca del estatus concursal del requirente de la institución a vivienda familiar.

Ese examen se hará, por lo general, con una mera compulsa informática de la que se dejará constancia con una simple nota. De más está decir que este examen, dada la amplia difusión de la compulsa informática, de los registros de juicios universales, solo demandará al personal del Registro un breve tiempo.

En el caso de que dicha compulsa no pueda ser efectuada por no hallarse los medios disponibles, bastará que el Registro establezca una Disposición Técnico Registral que imponga acompañar un certificado del Registro de Juicios Universales por parte del interesado e imponiendo que el mismo no deberá tener más de 30 días de antigüedad desde la fecha de inicio del trámite. En Mendoza, dicha regla no parece contradecir las normas reglamentarias locales como la ley 8.236 en su artículo 144. Suponemos que en el concierto de las provincias ocurre lo mismo.

Como se ve, nada extraordinario parece imponerse y mucho se gana si se evitan estas espurias inscripciones. Inscripciones que son espurias, tanto porque son realizadas por quien carece de aptitud para efectuarlas por su estado de interdicción como por la evidente burla que significan para sus acreedores.

LA VIVIENDA ÚNICA FAMILIAR Y DE OCUPACIÓN PERMANENTE ES INEMBARGABLE E INEJECUTABLE

PEREYRA, Alicia S.

1. El derecho a la vivienda

Desde siempre, tener una vivienda es una condición indispensable para vivir y desarrollarse como ser humano en términos de seguridad, autonomía e independencia.

A pesar de la importancia que reviste esta problemática, en el ámbito del derecho falencial, la protección de la vivienda es un tema que exhibe claramente una tensión entre la protección del deudor y la tutela del crédito. A modo de ejemplo, sostiene Darío Graziabile que *"el problema radica en lo dificultoso que resulta lograr un equilibrio entre los bienes tutelados, la vivienda y el crédito"*[100]. Esta "tensión" se da porque no se tiene en claro que el derecho a la vivienda es considerado un ***"derecho inalienable al individuo"***. Mientras que al crédito se lo tutela porque es el gran motor de la economía que permite generar riquezas.

El *"derecho a la vivienda"* pretende dar satisfacción a la necesidad que tiene toda persona de tener un lugar adecuado para vivir. Es concebido también como el resguardo del ser humano y de su familia, que actúa como plataforma para el desenvolvimiento e influye en el progreso individual y colectivo. Es un derecho compuesto, ya que su ejercicio es necesario para la materialización de otros derechos, cuyo fin no se agota con un espacio para dormir, sino que —por el contrario— su vulneración incide en la violación de otros derechos humanos.

La violación del "*derecho a la vivienda"* amenaza —por ejemplo—, al derecho a la integridad física y mental. Tal es lo que ocurre cuando se vive ante la imposibilidad de cubrir el monto de un alquiler o frente a la liquidación de la vivienda en la quiebra. Vulnera también el derecho al trabajo. Pone en riesgo el derecho a la salud, a la educación y al libre desarrollo de las personas. El "*derecho a la vivienda*", el derecho a tenerla y a conservarla cuando se la tiene, es el derecho a la privacidad y a la vida familiar.

100 Graziabile, Darío, "Manual de concursos", 1ª ed., Bs. As., Abeledo Perrot, 2016, *e-book*.

2. El derecho a la vivienda en los tratados internacionales

El *"derecho a la vivienda"* es un derecho humano reconocido en las disposiciones internacionales sobre Derechos Humanos como un elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado, tanto en la Declaración Universal de DDHH, como en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y en diferentes instrumentos internacionales de los cuales Argentina forma parte.

Según consideraciones del Comité de las Naciones Unidas de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, para que una vivienda sea la adecuada, debe reunir como mínimo siete (7) criterios, entre los que se encuentra. en primer lugar: ***"Seguridad de su tenencia",*** es decir, que sus ocupantes cuenten con la protección jurídica contra el desalojo forzoso, el hostigamiento y otras amenazas.

La doctrina internacional coincide en identificar a los Derechos Humanos como:

"El conjunto de facultades, prerrogativas, libertades y pretensiones de carácter civil, político, económico, social y cultural, incluidos los recursos y mecanismos y garantías de todas ellas, que se reconocen al ser humano, considerado individual y colectivamente"[101].

La clasificación tradicional de los DDHH ubica el *"derecho a la vivienda"* como un derecho de primera, segunda y tercera generación. Los de "primera generación" son producto de la Revolución Francesa y del liberalismo burgués; y están contenidos en la "Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano", y tienen que ver con la libertad individual, el principio de legalidad, el derecho a la vida privada y a la seguridad, entre otros. Los Derechos Humanos de "segunda generación" aparecen con la "crisis del Estado liberal", el advenimiento de revoluciones industriales y el surgimiento del proletariado. Son derechos de contenido social, económico y cultural, representan una actividad positiva del Estado, es decir que para su satisfacción se requiere la acción del Estado[102]. En esta clasificación se ubica el *"derecho a la vivienda"*. En la "tercera generación", se encuentran los derechos que se relacionan con las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos de primera y segunda generación, tales como el derecho a la paz, a la solidaridad internacional, al desarrollo, entre otros.

101 ACNUDH, ONU - Hábitat, "El derecho a una vivienda adecuada", Ginebra, ONU, 2010.
102 Ver en este mismo congreso una ponencia de mi autoría "El costo de los derechos".

3. La protección de la vivienda en la Argentina

Si bien es cierto que el artículo 14 bis de la CN establece:

"*El Estado otorgará los beneficios de la seguridad social. Que tendrá carácter de integral e irrenunciable. En especial, la ley establecerá: el seguro social obligatorio, que estará a cargo de entidades nacionales o provinciales con autonomía financiera y económica, administradas por los interesados con participación del Estado, sin que pueda existir superposición de aportes; jubilaciones y pensiones móviles; la protección integral de la familia; la defensa del bien de familia; la compensación económica familiar y el acceso a una vivienda digna*"[103].

No menos cierto es que nuestra legislación adolece de ciertas inconsistencias que impiden calificar el *"derecho a la vivienda"* en Argentina como un Derecho Humano, y mucho menos se puede afirmar que sea un derecho fundamental para todos los argentinos. El texto constitucional no establece la obligatoriedad del Estado a garantizar este derecho, como se asienta en el mismo artículo respecto del trabajador y los gremios, quienes sí ven garantizados los suyos. Tampoco menciona los mecanismos de defensa del *"derecho a la vivienda"* que garanticen su exigibilidad.

No se debe confundir la obligación del Estado de "garantizar el derecho a la vivienda" con la obligación del Estado de "proveer viviendas para todos los ciudadanos", ya que esto resulta materialmente imposible. Pero sí es posible que el Estado arbitre los medios para ser un facilitador de la producción, mejora y mantenimiento de la vivienda.

4. La vivienda única frente a la quiebra del deudor

Sostiene Germán Gerbaudo[104] que la protección de la vivienda en el ámbito falencial es un tema que exhibe claramente una tensión entre la protección del deudor y la tutela del crédito. **Nos permitimos disentir con el autor, ya que no se trata de la protección del deudor sino del *derecho humano a la vivienda*.** Al proteger la vivienda que es del deudor, no se está protegiendo al deudor sino a su derecho a tener una vivienda para él y su grupo familiar. Derecho que es inejecutable e inembargable en la quiebra. Y este derecho está por encima de la tutela del crédito.

Mucho se ha escrito durante la vigencia del Código Civil sobre la "inscripción del bien de familia" de la ley 14.394, y de cómo operaba esta protección frente a la quiebra. Mucho más se está escribiendo ahora sobre

103 *Ibídem*, artículo 14 bis.
104 Gerbaudo, Germán, "La protección de la vivienda familiar en la quiebra. Regulación del Código Civil y Comercial", MJ-DOC -12245 –AR del 09.05.2018.

las modificaciones introducidas por el Código Civil y Comercial en el Capítulo 3 destinado a la vivienda y que el artículo 244 denomina "afectación de la vivienda". La ley 14.394 exigía la inscripción del bien de familia en el Registro General de la Propiedad. De la misma manera, el artículo 245 CCC exige la inscripción de la afectación en el registro de la propiedad inmueble. Lo que implica que, si el inmueble destinado a vivienda que no tiene inscripta su afectación, se encuentra total y absolutamente desprotegido frente a la quiebra. Es verdad que este nuevo régimen pone fin a diversos debates interpretativos como el derecho de los acreedores posteriores a la inscripción o el derecho del deudor a cobrar el remanente una vez liquidado el bien en la quiebra. **Pero de ahí a considerar que este régimen de afectación tiene una clara finalidad tuitiva es desconocer que el *derecho a la vivienda* es un derecho fundamental.**

José Tobías dice que los acreedores posteriores a la constitución no tienen derecho alguna al remanente, *toda vez que ellos no tuvieron en miras —debido a su estado protectorio— el bien en cuestión al momento de realizar el negocio jurídico*[105].

Y este es el punto en cuestión.

Siendo el *"derecho a la vivienda"* **un derecho fundamental *per se* garantizado por el Estado, ningún acreedor debería tener en miras el inmueble vivienda única al realizar un negocio jurídico.**

Esto no es ninguna utopía, ya que los inmuebles adquiridos con créditos del Banco Hipotecario nacional son inembargables e inejecutables, aún en las quiebras, en virtud de la protección que le otorga el artículo 35 de la ley 22.232, que establece la inembargabilidad e inejecutabilidad del bien y que esa protección se encuentra vigente aun cuando el préstamo bancario ha sido cancelado.

El artículo 35 de la ley 22.232 contempla una norma de carácter tuitivo, de orden público y con un claro contenido social. Si el Estado destinó recursos para facilitar el acceso a la vivienda de determinados sectores de la sociedad, esos recursos no pueden terminar en el patrimonio de los acreedores, ya que ello implicaría desarticular las políticas públicas para fomentar el acceso a la vivienda en cumplimiento de cláusulas constitucionales[106]. Y, como bien apunta la fiscal general Dra. Gabriela Boquín

105 Tobías, José, "Comentario al art. 249" en *Código Civil y Com. comentado, Trat. Exegético.* 1ª ed., T. II, 2015, *e-book*.

106 Cam.Nac. Apel. - Sala F, en "LAHORA, NORBERTO E. S/ QUIEBRA", siguiendo el dictamen de la Fiscal General, revocó la sentencia apelada. "La Fiscalía expuso que la idea que subyace en esta protección es que si el Estado destinó recursos para facilitar el acceso a la vivienda de determinados sectores de la sociedad, esos recursos no pueden terminar en el patrimonio de los acreedores de aquellos en cuyo beneficio el erario público realizó tal actividad porque ello implicaría desarticular las políticas públicas instituidas para fomentar

en la sentencia, el derecho a la vivienda se encuentra protegido por la Constitucional Nacional y por diversos tratados internacionales ya que, de acuerdo al proceso de constitucionalización del derecho privado, los derechos allí consagrados no obligan solo al Estado, sino que rigen también en las relaciones entre particulares.

5. Nuestra propuesta

El *"derecho a la vivienda"* es un derecho fundamental, protegido tibiamente por nuestra Constitución Nacional. Y decimos "tibiamente" porque, aunque la CN garantiza el acceso y permanencia de la vivienda, los operadores no están convencidos de ello y exigen una ley que precise el derecho, al tipo y forma de la "afectación de la vivienda". **Al contrario, yo pienso y sostengo que el derecho allí consagrado no obliga solo al Estado, sino que rige también en las relaciones entre particulares.**

Cuando un particular realiza un "negocio jurídico" con una persona que tiene en su patrimonio un inmueble que constituye su única vivienda, debe saber que ese inmueble está protegido y que no deberá tenerlo en miras para garantía de su crédito.

6. Reflexiones finales

Se hace necesario una profunda reforma en la mentalidad de los operadores respecto de la protección que ya tiene la vivienda, ya que, si bien es cierto que el *derecho a la vivienda* es un **derecho fundamental** consagrado en los tratados internacionales, muchos entienden que su redacción en el texto constitucional lo reduce a normas jurídicas de ideales sociales o, en el mejor de los casos, a normas meramente pragmáticas, pero muy lejos de calificarse como un derecho humano. Exigen una ley que —como la ley 22.232— lo diga expresamente. En mi opinión, **no es necesario**.

el acceso a la vivienda en cumplimiento de cláusulas constitucionales. Destacó además que esta línea interpretativa debía profundizarse dado que luego de la reforma constitucional de 1994 han adquirido carácter supra legal diversas normas convencionales que consagran a la vivienda como un derecho humano. Explicó que la actividad desarrollada por el Estado asignando recursos para fomentar el acceso a la vivienda teniendo en cuenta la finalidad de satisfacer una necesidad básica de la sociedad no puede ser dejada sin efecto por la sola circunstancia relativa a que hubiera fallecido la adquirente originaria y a que la hipoteca hubiera sido cancelada. Finalmente, la Fiscalía sostuvo que el derecho a la vivienda se encuentra protegido por la Constitucional Nacional y por diversos tratados internacionales que, de acuerdo al proceso de constitucionalización del derecho privado, los derechos allí consagrados no obligan solo al Estado, sino que rigen también en las relaciones entre particulares y que debía ponderarse la particular situación del fallido que es un adulto mayor con 78 años de edad".

Pero que **sí es necesario** que lo entiendan los jueces, que son los que tendrán que resolver los conflictos.

Y, en el caso de que no lo entiendan, y por las dudas, el Estado debería replantear los instrumentos, mecanismos y apoyos que garanticen el Derecho Humano a la vivienda y la seguridad en su tenencia.

LA NECESARIA PARTICIPACIÓN DEL FALLIDO EN LOS COBROS DE LOS CRÉDITOS Y VENTA DE BIENES

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

Ponencia

Cada día nos encontramos con mayor cantidad de quiebras con activos superiores al pasivo. Activo que puede estar integrado por cobros que hay que realizar o bienes que se han valorizado. La economía de nuestro país es muy fluctuante, lo que hace que situaciones económicas negativas se reviertan muchas veces por el solo transcurso del tiempo. Nuestro régimen falencial deja sin participación al fallido en el cobro de los créditos y realización de los bienes. Conforme al juego de los artículos 110 y 182 LCQ, el fallido ha perdido la legitimación procesal y es el síndico el que se debe encargar del cobro de los créditos sin requerir ninguna autorización, salvo la del juez, para transigir, otorgar quitas, esperas, novaciones o comprometer en árbitros. Como vemos, el fallido ha sido totalmente olvidado en esta norma. Lo mismo pasa para la realización de los bienes falimentarios y para la continuación de la actividad, para que no se pierdan los intangibles. Nuestra propuesta es que se le dé vista al fallido, se escuche su opinión y pueda participar subsidiariamente emplazando al síndico en 30 días para hacerlo de la misma manera que el acreedor en las acciones de recomposición patrimonial.

Planteamiento del tema

Las fluctuaciones económicas de nuestro país han generado que algunos patrimonios falimentarios alcancen para efectuar el pago de los pasivos y quede remanente para el fallido.

La actualización del valor de los bienes, el valor de monedas extranjeras y otras circunstancias macroeconómicas han producido ese fenómeno.

En algunos casos, se ha llegado a un proceso falencial por una grave dificultad financiera, pero no económica, gozando el fallido de un activo importante mucho mayor que el pasivo.

En la práctica profesional vemos que ocurre esto en muchos de los casos que hoy se están tramitando.

Nuestro régimen concursal ha dejado de lado al quebrado desde el dictado de la sentencia de quiebra con el desapoderamiento e incautación de los bienes. Ha perdido su legitimación procesal y no interviene ni siquiera opinando en el cobro de las deudas ni en la realización de sus bienes.

En estos casos, el fallido tiene gran interés en que mejore la gestión de cobro de sus créditos o la planificación de la venta de sus bienes o la continuidad de la empresa en quiebra para no perder los intangibles, que hoy tienen en muchas oportunidades más valor que los otros bienes.

La legitimación procesal del fallido

Es muy clara la norma del artículo 110 LCQ, que dispone: "*El fallido pierde la legitimación procesal en todo litigio referido a los bienes desapoderados, debiendo actuar en ellos el síndico*".

La frase es muy amplia, pero creemos que del análisis que realizaremos del tema podremos observar que, en muchas oportunidades, el fallido puede intervenir. Es más, es conveniente que así sea. Por eso, a continuación el mismo artículo citado, propone: "*Puede, sin embargo, solicitar medidas conservatorias judiciales hasta tanto el síndico se apersone, y realizar las extrajudiciales en omisión del síndico*".

A continuación, como excepción a esta pérdida de legitimación, indica: "*Puede también formular observaciones en los términos del art. 35 respecto de los créditos que pretendan verificarse, hacerse parte en los incidentes de revisión y de verificación tardía, y hacer presentaciones relativas a la actuación de los órganos del concurso*".

El fallido, conforme la norma citada, pierde la representación activa y pasiva de su patrimonio, e interviene en su lugar el síndico como actor o como demandado.

¿Puede el fallido, no obstante, actuar por sí en estos procesos? No si tenemos en cuenta la norma del artículo 252, que hace al síndico excluyente: "*Además son excluyentes de la actuación del deudor y de los acreedores*". Es esta una interesante cuestión a dilucidar.

El artículo 110, como ya hemos anticipado, indica claramente que el fallido pierde la legitimación procesal en todo litigio referido a los **bienes desapoderados**, debiendo actuar en ellos el síndico. Por lo pronto, deberemos analizar qué bienes son los desapoderados, para ver la medida de la actuación del síndico.

El artículo 107 mandará el desapoderamiento de pleno derecho del fallido de los bienes existentes a la fecha de declaración de quiebra y los que adquiera hasta su rehabilitación.

El artículo 111 da la facultad al fallido de aceptar o repudiar herencias o legados, complementado con el 112, que habla de la condición de que los mismos no queden comprendidos en el desapoderamiento, y el tema de las donaciones posteriores a la quiebra tratados en el artículo 113.

El juez puede obligarlo a comparecer al fallido. Consideramos adecuada la facultad del juez dispuesta por los artículos 274 y 102, pero no contempla la ley la facultad del fallido de comparecer voluntariamente.

Con respecto a las relaciones jurídicas preexistentes, teniendo en cuenta el artículo 142 LCQ, los síndicos quedan legitimados para el ejercicio de los derechos emergentes de las relaciones jurídicas patrimoniales establecidas por el deudor, antes de su quiebra.

Si bien la ley concursal ha contemplado la vista al fallido en el caso de la restitución de bienes de terceros (art. 188) y con el destino de los bienes invendibles (art. 214), no lo ha hecho con respecto al cobro de los créditos ni a la venta de los bienes.

Debemos recalcar que la intervención del fallido si no perjudica la composición del activo ni causa desigualdades entre los acreedores, y permite además probablemente la recuperación de algún crédito que incremente la masa falencial o el no pago de algún crédito indebido es útil, no debemos despreciarla.

Lo que debiera evitarse es que exista legitimación para disponer por sí solo de los créditos de la masa.

Ante este análisis tan favorable a la intervención procesal del fallido, no debemos dejar de lado el grave riesgo de que utilice estos recursos solo para complicar y dilatar el proceso. Siempre en el derecho es muy difícil encontrar el límite exacto. Pero nuestros jueces concursales sabrán cómo evitar estos excesos a través de certeras resoluciones, que no solo pueden aplicarse al fallido, sino también a sus letrados.

Antecedentes históricos

La ley 4.156, sancionada en 1902, disponía en su artículo 52 que el contador designado debía tomar posesión inmediata de todos los bienes, libros y papeles del deudor. El artículo 58, segunda parte, indicaba: "*Las acciones que correspondan al fallido serán ejercidas por los síndicos liquidadores ante los juzgados que correspondan*".

El artículo 71 del mismo ordenamiento preceptuaba: "*El fallido queda de derecho separado e inhibido desde el día de adjudicación de bienes o declarados de quiebra, de la administración de todos sus bienes incluso lo que por cualquier título adquiriese mientras se halle en estado de*

quiebra. El fallido podrá, sin embargo, ejercitar aquellas acciones que tengan por objeto derechos inherentes a su persona o que sean meramente conservatorias de sus bienes o derechos".

Agrega esta ley que cesa el fallido en los mandatos y comisiones, pero que la privación de la administración no se extiende a los sueldos o pensiones que se deban al fallido por el Estado ni a aquellos bienes **donados o legados al fallido bajo condición de no quedar sujetos al desapropio**.

Al igual que en la ley actual, disponía el artículo 156: "*Por la rehabilitación del fallido cesan todas las interdicciones legales producidas por la declaración de quiebra*".

La ley 11.719, en su artículo 75, disponía: *"El síndico y el liquidador están obligados a practicar los actos y a adoptar las medidas necesarias para la conservación de los bienes, acciones y derechos de la masa. Deben cobrar los créditos de plazo vencido y pueden a ese efecto demandar a los deudores*".

Como se puede apreciar, no indica si el fallido ha perdido o no la legitimación, solo autoriza al síndico y al liquidador a demandar a los deudores.

El artículo 122 revelaba que la declaración de quiebra atrae al juzgado todas las acciones judiciales contra el fallido con relación a sus bienes, y a continuación que las acciones del concurso serán ejercidas por el liquidador ante los juzgados que correspondan.

Repite esta ley en el artículo 191 lo dispuesto por la ley 4.156 con respecto a los efectos de la rehabilitación.

La ley 19.551, al igual que en nuestra ley, disponía en el artículo 114 claramente que el fallido perdía la legitimación procesal en todo litigio referido a los bienes desapoderados, y debía actuar en ellos el síndico. Pero no indicaba las excepciones en las que se le permitiría actuar, por lo que en algunos casos los tribunales restringían totalmente la actuación y no lo dejaban intervenir en los procesos que hoy claramente indica el artículo 110 de la ley 24.522.

En su artículo 110, indicaba la aplicación inmediata de las medidas al dictarse la sentencia de quiebra, y en el 111, el desapoderamiento de pleno derecho de los bienes existentes en el momento de la declaración de la quiebra y de los que adquiera hasta su rehabilitación, impidiéndole que ejercitara sobre estos bienes los derechos de disposición y de administración.

Dejaba a salvo en el artículo 112, inciso 5, como la actual ley, la facultad de actuar en justicia en defensa de bienes y de derechos que no caen en el desapoderamiento, y en cuanto en esta ley, se admite su intervención particular. Impone el artículo 276, segunda parte, que la actuación del

síndico es excluyente de la del deudor y los acreedores. Cambia solo los plazos de la rehabilitación y distingue para ello cuándo la conducta hubiere sido calificada de causal.

La capacidad del fallido

El perder la administración y disposición de sus bienes, y por ende la legitimación procesal para actuar sobre los mismos, no importa una incapacidad de hecho ni de derecho del fallido. Es, en nuestra opinión, una simple restricción temporaria, pero los bienes siguen siendo de su propiedad hasta el momento en que se produzca la liquidación de los mismos.

En nuestro sistema legal, la capacidad es la regla y la incapacidad, la excepción. El fallido no es un incapaz, pero no puede hacer aquello que la ley no le permite, como administrar y disponer de sus bienes.

El fallido no está despojado, sino solo desapoderado, y no de la totalidad de sus bienes, pues existen algunos legalmente excluidos. Es importante recordar que la misma ley concursal permite al fallido determinados actos, como el de solicitar las medidas precautorias hasta que se apersone el síndico.

En realidad, el desapoderamiento y la consecuente pérdida de legitimación procesal sobre dichos bienes es solo una restricción dictada en protección de los acreedores concursales.

Recordemos que el fallido desapoderado e inhabilitado no pierde la propiedad de sus bienes, sino solo su administración y disposición, pero una vez liquidados y pagados los acreedores, en caso de haber remanente, debe ser entregado al quebrado por ser su dueño, por eso debe asistirlo derecho para intervenir incluso en la tasación y venta de sus bienes.

El interés del fallido por el posible remanente

Si bien admitimos que la actuación del síndico es excluyente, no podemos dejar de destacar el interés que puede tener el fallido en que se lleven a buen puerto sus procesos. Recordemos que una de las maneras de terminación de la falencia es el pago total o la carta de pago de los acreedores, y que en tal caso el remanente debe quedar después de abonar los intereses suspendidos para el fallido. Este es otro argumento de la conveniencia que venimos sosteniendo en permitir su actuación, aunque más no sea como tercerista.

Lo mismo ocurre en el avenimiento en que el estado falencial desaparece y, por tanto, el fallido comienza nuevamente a estar legitimado y con deudas nuevas distintas a las que causaron su cesación de pagos.

Conclusiones

Dado que cada día vemos en más cantidades de casos la suficiencia e incluso superioridad del activo sobre el pasivo, con un remanente muchas veces importante después de cancelado el mismo, es que venimos a sugerir que se amplíe la intervención del fallido en los cobros de sus créditos, en la venta de sus bienes e incluso en la decisión de continuidad de la explotación de su empresa.

Nos enrolamos en la postura de amplia legitimación procesal del fallido, con amplia capacidad, restringida solo por algunas limitaciones o incapacidades específicas, pero que no son generales.

Nuestra experiencia nos indica que en la mayoría de los casos en que los bienes son insuficientes para que quede remanente y muchas veces, hasta quedando algún sobrante pequeño, el fallido pierde interés de actuar y no pretende discutir sus posibilidades, pero cuando existe remanente importante, su interés existe y debe ser respetado.

Por ello nuestra propuesta es que se le dé vista al fallido, se escuche su opinión y pueda participar subsidiariamente emplazando al síndico en 30 días, para hacerlo de la misma manera que el acreedor en las acciones de recomposición patrimonial.

DERECHO Concursal / PERSPECTIVAS ACTUALES

TOMO III: INSTITUCIONES CONCURSALES LIQUIDATIVAS

EBOOK

MODERNIZACIÓN DEL SISTEMA DE RECOMPOSICIÓN PATRIMONIAL

UNIVERSIDAD NACIONAL DEL SUR

Departamento de Derecho - Bahía Blanca, 2021

NECESARIAS REFORMAS EN LA REGULACIÓN DE LOS SISTEMAS DE RECOMPOSICIÓN PATRIMONIAL

NAGEL, Emanuel

Ponencia

En este trabajo se pretende poner de relieve las formas en que puede presentarse la "infracapitalización societaria" —independientemente de las discusiones existentes en doctrina y jurisprudencia acerca de si dicho tema es o no abarcado por la regulación de la LGS—. En cuanto importa, atenderé a la infracapitalización material, esto es, a la falta de dotación de capital necesario para el cumplimiento del objeto social, y las consecuencias que se derivan de dicho incumplimiento. Asimismo, pretende ponerse de relieve que, cuando los administradores societarios no agotan los mecanismos y herramientas para prevenir la crisis o sortearla, recurriendo en primer lugar al derecho concursal, asistimos a una traslación de los "costos" y "riesgos" empresariales contra los acreedores, circunstancia que debe ser generadora de responsabilidad. Asimismo, se plantean temas que, a criterio del autor, deben ser revisados en la actual legislación de la responsabilidad de administradores, gestores de negocios y terceros, como asimismo una propuesta relativa a la responsabilidad de los administradores en el concurso preventivo.

Desarrollo

I. Los deberes de los administradores frente a la falta de dotación de capital

Del artículo primero de la LGS se desprende un concepto de sociedad al que podemos comprender como una comunidad de intereses, en virtud de la cual una o más personas efectúan aportes con el objeto de desarrollar una actividad económica y participar conjuntamente de las ganancias y las pérdidas. Muy amplio es hoy el abanico de los temas a contemplar, dentro de los que podríamos hablar de distintos tipos de aporte (por ejemplo, en la SAS, aportes de capital y aporte de conocimiento —*know how*—), pero lo que aquí importa es la esencia del aporte de dinero para vehiculizar mediante la sociedad una empresa. Dicha importancia surge también de diversas disposiciones de la legislación societaria, que le imprimen importancia al capital social, a la nulidad de emisión de acciones

bajo la par, a la emisión de acciones con prima y diversas disposiciones relativas a las reservas contables, a la reducción y pérdida del capital social.

I.a.- Deber de dotación de capital. Infracapitalización nominal y material

Ahora bien, a la hora de hablar de *infracapitalización*, debemos distinguir la infracapitalización nominal de la material. Si bien el capital social es en la técnica contable una cifra de retención por la cual responden los socios, la realidad indica que la capitalización que nos interesa analizar aquí es la capitalización material; esto es, la dotación suficiente de recursos para que la empresa pueda desarrollar normalmente su objeto social. Esto no quiere decir que los socios deban encontrarse permanentemente efectuando aportes, sino que para obtenerlos pueden recurrir a instituciones financieras, al mercado de capitales e incluso los generan periódicamente con ganancias que pueden acumular y afectar a la producción e intercambio.

Al respecto, Vítolo expresa: "Puede afirmarse —sin hesitación— que si la sociedad no cuenta con capital suficiente para afrontar su giro y el cumplimiento del objeto social, desde un punto de vista técnico —y sin que ello implique un juicio de valor en cuanto a las consecuencias o alcances de la calificación— dicha sociedad estará infracapitalizada. Y ello no requiere de gran explicación técnica"[107].

Mauricio Boretto, quien a su vez cita a Méndez, expresa: "La infracapitalización ha sido definida […] como aquel fenómeno que se produce cuando la sociedad entra en un estado patrimonial consistente en la manifiesta incongruencia del conjunto de los medios propios de esta (entendido por tales el capital de riesgo) en relación con las actividades efectivamente desarrolladas por dicha sociedad"[108].

Algunos autores vinculan a la infracapitalización desde el *punto de vista técnico* cuando el valor del patrimonio neto es inferior al valor nominal del capital social y el *punto de vista funcional*, cuando aparece un desfase entre el capital social y el capital real que se requiere para cumplir el objeto social[109].

Otra clasificación es la de inicial y sobreviniente. La primera de ellas es la

107 Vítolo, Daniel, *Aportes, Capital Social e Infracapitalización en las Sociedades Comerciales*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2010, p. 397.
108 Oretto, Mauricio, *Responsabilidad por infracapitalización, Tratado de los Conflictos Societarios*, T. III, 1ª ed., Buenos Aires, Ed. Abeledo Perrot, 2013, p. 2.098.
109 Araya, Miguel, "Repensar la noción de capital social", ponencia presentada en el VI Congreso de Derecho Societario Argentino e Iberoamericano, T. II, p. 279.

que acontece en el momento inicial de la sociedad en el iter constitutivo de la sociedad; la segunda, la que aparece tardíamente, es decir, una vez que la sociedad ya está en funcionamiento, pero debemos remarcar que en el inicio de la vida del ente societario la relación capital social y objeto social era óptima.

La infracapitalización material, usualmente, es sobreviniente. Esta situación se presente como un fenómeno particular del derecho comercial. Este tipo de infracapitalización material sobreviniente hace su aparición, generalmente, a partir de una insuficiencia del patrimonio de la sociedad. La manda que establece que el patrimonio del deudor es la garantía del acreedor se constituye en principio rector del sistema (art. 242, CCyC). A partir de esta insuficiencia patrimonial, el acreedor, en pos de cobrar su acreencia, deberá recurrir al capital social que sobre la base de su función de garantía permitirá el cobro de la deuda. Al recurrir a aquel, se advierte que el capital social es exiguo frente al objeto de la sociedad. Aquí es el detonante a partir del cual se cae en la cuenta de que la sociedad está infracapitalizada. Uno puede preguntarse: ¿podría haber operado la sociedad infracapitalizada? La respuesta es afirmativa; y, de hecho, sucede constantemente. En contadas ocasiones las sociedades operan con escaso bajo capital social y bajo patrimonio, pero —independientemente de ello— cumplen fielmente el pago de sus obligaciones. Ningún acreedor podría protestar o negarse a recibir el pago por el hecho del capital social insuficiente o el escaso patrimonio. Es por ello que este tipo de infracapitalización es un fenómeno particular del derecho societario e insistimos en que el detonante se presenta frente al incumplimiento de las obligaciones asumidas y el escaso patrimonio de la sociedad, lo que conlleva una recurrente remisión al capital social que, a la vez, resulta insuficiente.

I.b.- ¿Conservación de la empresa a cargo de quién?

Conforme el Código unificado que entró en vigencia en 2015, el deber de prevención del daño surge como una obligación que toda persona debe respetar en el desarrollo de sus actividades sociales; y el límite a dicho deber es todo cuanto dependiere de esa persona, consecuentemente, lo que está más allá de su esfera de dominio queda excluido. El viejo adagio *alterum non laedere*, o deber genérico de no causar daños a los demás, se ha reafirmado. Se trata, típicamente, de un deber comprensivo con tres aristas:

a) evitar un daño no justificado;

b) adoptar, de buena fe y conforme las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño o disminuir su magnitud;

c) no agravar el daño, si ya se produjo.

Ante esto, debe hacerse la pregunta de rigor, ¿el socio tiene el deber de evitar la infracapitalización societaria? ¿Es su deber?

La respuesta afirmativa se impone, puesto que los socios tienen el deber de mantener la suficiencia del capital social y de prever su aumento, en caso de ser necesario, para que mantenga una correspondencia con el objeto social que desarrollan. Advertida la infracapitalización, los socios deberían procurar reestablecer el capital social. En el caso de tratarse de un administrador, quien advierta la infracapitalización debe convocar a una asamblea de socios a los fines de que estos doten del capital necesario para el giro comercial o bien adecuar la actividad (siempre que fuere posible), o bien disolverla. La jurisprudencia ha receptado este extremo; en tal sentido, el precedente "Arancibia" sostuvo expresamente que es responsabilidad de los socios mantener la relación razonable entre el giro real de la sociedad y el capital con el que esta se halle dotada, lo contrario sería mostrarse como una empresa sólida y próspera que no le permitiría hacer frente a las obligaciones contraídas en el momento en que deba responder[110].

En un fallo reciente de su Sala D, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial ha sostenido que la extensión de responsabilidad de la sociedad a los socios es procedente como expresión de la vulneración del deber general que estos tienen de mantener una capitalización adecuada[111]. El socio tiene la obligación de observar y mantener el capital social, conforme lo establecen los artículos 194 a 197, 234 y 235 de la ley 19.550. Además, surge como correlato de este deber el criterio de viabilidad económica y social prescripto en el artículo 100 LGS, parámetro que permitirá la remoción de las causales de disolución. En otras palabras, este criterio opera como una pauta que debe ser observada por el socio y es indicativa de la obligación de componer las variables objeto-capital que pesan en su cabeza.

De esta forma, queda claro que el deber de adecuada dotación del capital está a cargo de los socios, que informados por la administración resolverán en asamblea. Ahora bien, agotados todos los mecanismos para lograrlo —sea recurriendo al financiamiento externo, la emisión y colocación de deudas, la negociación con acreedores a efectos de capitalizar sus pasivos, entre muy diversas alternativas— podrá recurrirse a la vía concursal. El problema es que, normalmente, frente a la situación de cesación de pagos, las empresas que comienzan a verse con obstáculos para

110 CNTrab., Sala III, "Arancibia Nora y otro c/ Rodríguez Ricardo Marcos y otro s/ ejecución de créditos laborales", 22/09/2008, AR/JUR/10663/2008.
111 CNCom., Sala D, "Interindumentaria SRL (s/ Quiebra) c/ F. E. E. y otros s/ Ordinario", 04/02/2020, AR/ JUR/111/2020.

operar recurren directamente a las herramientas preventivas y logran de ese modo paralizar las acciones individuales de sus acreedores y, al mismo tiempo, "ganan tiempo" para cristalizar su pasivo y negociarlo con el conjunto de los acreedores. Esto implica una indebida traslación del riesgo a los acreedores que, si pueden probar que no se ha recurrido al cumplimiento de las disposiciones societarias, sea en ejercicio abusivo de la pretensión concursal, o por mal asesoramiento, o por cualquier causa, se podrá reclamar a los administradores y terceros que generaron o agravaron el estado de impotencia del patrimonio por los daños y perjuicios causados, incluso a la propia sociedad (art. 173 LCQ).

II. Cuestiones sobre el régimen actual de responsabilidad de los administradores en la quiebra

Una limitación muy importante existe en el régimen de los artículos 173 y siguientes. Es el plazo de prescripción de dos años que se establece para el mecanismo de recomposición. Este plazo es exiguo, puesto que —como todos sabemos— los procesos concursales implican —por diferentes circunstancias— varios años de trámite, y es posible que no pueda conocerse *a priori* el incumplimiento de los deberes legales impuestos por la legislación societaria. También puede suceder que los acreedores no hayan impulsado la acción por desconocer sobre el total del activo y del pasivo, y en su caso la prorrata que deberá efectuarse para atender a la totalidad de los créditos, aspecto que motivaría recurrir a estos mecanismos recién cuando se detecte una manifiesta insuficiencia para satisfacer los intereses económicos en el concurso liquidativo. El otro aspecto es que —sin perjuicio de los derechos de los acreedores— la legitimación para estas acciones corresponde al síndico, quien probablemente durante esos dos años desde la apertura de la quiebra el primer año del trámite está totalmente abocado a temas no poco complejos: la verificación de los créditos, la incautación de los bienes, la decisión de continuación de la empresa y, en su caso, el control periódico de dicha administración, la custodia de los bienes, el pronto pago de los créditos laborales, las observaciones e impugnaciones a los créditos, los diversos incidentes que se tramiten. En fin, una larga lista de cuestiones vinculadas a la determinación de la masa activa y pasiva, sumada a posibles intervenciones de la cooperativa de trabajadores que impiden un adecuado y detenido análisis de las conductas para iniciar de oficio las acciones correspondientes. En suma, es probable que, a esa fecha, el síndico no haya elaborado un proyecto de distribución o que, si lo hizo, sea provisorio. Puede que se estén tramitando incluso acciones de ineficacia, todo lo cual, cabe resaltar, implica que el síndico probablemente no haya podido imponerse de conocimiento acabado acerca de la conducta de los administradores, circunstancia que a mi juicio debe desembocar en una necesaria reforma,

la cual es eliminar el plazo de prescripción o extenderlo, cuanto menos, a cinco años.

Todas las quiebras en nuestro país tramitan en plazos que rondan esa cantidad de tiempo, y luce razonable dicha extensión. La eliminación de los plazos de prescripción podría generar un estado de incertidumbre jurídica que no sería razonable; pero una adecuada extensión sería una sana solución. Lo mismo vale también para las acciones de ineficacia concursal y de extensión de quiebra, por cuanto, para el ejercicio de todos estos mecanismos de recomposición patrimonial, es necesario contar con información adecuada, que se va volcando en sucesivos actos en el expediente y piezas de fundamental importancia —algunas que constan desde la presentación, donde deben acompañarse los estados contables— y otras posteriores, como por ejemplo el informe general del síndico.

III. Responsabilidad y acciones contra socios y terceros en el concurso preventivo

Un tema no regulado es el de la responsabilidad de los socios como consecuencia de los comportamientos referidos en el apartado anterior, pero en el marco del concurso preventivo. Si bien la finalidad de estos procesos no es la liquidación del activo, sino el logro de una renegociación de los pasivos, soy partidario de pensar que, si se llegó a la situación concursal evitando los mecanismos societarios o burlando los mismos, efectuando esa indebida traslación de riesgo social a los acreedores y terceros contratantes, la ley debería contemplar acciones de responsabilidad. En todos los casos, la indemnización por los perjuicios ocasionados a la sociedad —y en todo caso a los acreedores indirectamente— debería incorporarse al activo o al flujo de fondos para afrontar los créditos prontopagables o aumentar los recursos líquidos disponibles en el concurso. No encuentro razones que justifiquen trazar una diferencia fundamental entre el concurso y la quiebra en lo que respecta a las acciones de responsabilidad, sobre todo cuando el fundamento de las mismas es la conducta de haber generado o agravado ese estado de situación patrimonial —a lo que podríamos agregar hoy, en los términos del CCyCN, no haber prevenido o aminorado las consecuencias disvaliosas derivadas de dicha situación—.

IV. Conclusiones y propuestas.

De las consideraciones expuestas, concluyo con las siguientes propuestas.

1) Lo que nos interesa es la infracapitalización material, aquella que no es conocida por el común de los contratantes —sí por algunos que tienen

acceso a mayor información, como suele ser el caso de las entidades financieras—. Y entonces, las responsabilidades que se derivan de la inadecuada dotación de capital.

2) Es necesario revisar el régimen de atribución de responsabilidad a administradores y terceros, en virtud de los actos perjudiciales para el patrimonio social, considerando incluidos en tales los incumplimientos de obligaciones que la legislación societaria impone. Particularmente, extender a cinco años el plazo de prescripción para que estos mecanismos sean realmente factibles.

3) Debe incorporarse un régimen de responsabilidad o hacerse aplicable el regulado de manera general en la ley para los supuestos de quiebra, también aplicable para el concurso preventivo. Es que si bien, como manifestaba, la finalidad del concurso preventivo es la conservación de la empresa logrando una renegociación de los pasivos en el marco de un proceso judicial, no puede negarse que también en ese proceso encontramos reunidos los presupuestos que se exigen para su procedencia en la quiebra: estado de cesación de pagos, actos perjudiciales que generaron o agravaron la situación patrimonial, la adecuada relación de causalidad y el factor de atribución; además —por supuesto— de los daños al patrimonio social y, de forma derivada, a los terceros que contrataron con la sociedad.

LAS ACCIONES DE INEFICACIA CONCURSAL PREVISTAS POR LA LEY DE CONCURSOS Y QUIEBRAS SON APLICABLES A LOS PROCESOS DE LIQUIDACIÓN DE PATRIMONIOS FIDEICOMETIDOS

MIANI, Santiago J.

Ponencia

Con fecha 17 de noviembre de 2020, la Sala E de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial resolvió que las acciones de ineficacia concursal previstas por la Ley de Concursos y Quiebras son inaplicables a la liquidación del Fideicomiso De Administración Y Garantía Taxodium Vida. En la presente ponencia sostendré el criterio contrario al sostenido por el Tribunal de Alzada, propugnando la aplicabilidad de las acciones de ineficacia a los procesos de liquidación de patrimonios fideicometidos, dejando asentado que sostener un criterio diverso —tal como lo ha hecho la Sala E en el fallo comentado— resulta ser una interpretación contraria al régimen concursal y al propio artículo 1.687 del Código Civil y Comercial de la Nación.

I.- Introducción

Antes de la entrada en vigor del Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante, CCyCN), la doctrina entendía que la Ley de Concursos y Quiebras (en adelante, LCQ) no se aplicaba a la liquidación del patrimonio fideicometido, con el fundamento de que en la ley 24.441 no había remisión alguna a dicha ley[112]. El nuevo cuerpo normativo modificó la circunstancia antes referida, ya que su artículo 1.687, párrafo tercero, establece que la eventual liquidación estará a cargo del juez competente, quien debe fijar el procedimiento sobre la base de la LCQ, en lo que sea pertinente. Ahora bien, el precepto legal antes referido parecería —en principio— no brindar demasiadas precisiones sobre la forma en que las liquidaciones de los patrimonios fideicomitidos deben llevarse adelante y ello llevó a que tanto la doctrina como la jurisprudencia sostengan posturas contrarias a la hora de determinar que normas de la LCQ debían aplicarse al proceso de liquidación de los bienes fideicometidos.

112 Molina Sandoval, Carlos A., *El Fideicomiso en la dinámica mercantil*, Ed. Ábaco, Buenos Aires, 2004, pp. 310 y ss.

II.- Planteo de la cuestión

La presente ponencia fue motivada por el fallo dictado por la Sala E de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial en los autos "Fideicomiso De Administración Y Garantía Taxodium Vida Park s/Liquidación Judicial" con fecha 17 de noviembre de 2020. En el fallo en cuestión se confirmó la resolución de primera instancia, resolviéndose que las acciones de ineficacia concursal previstas por la LCQ son inaplicables a la liquidación del Fideicomiso De Administración Y Garantía Taxodium Vida Park y, por ende, tampoco correspondía fijar la fecha de inicio de cesación de pagos.

El fundamento de la Sala se basó en que el artículo 1.687 del CCyCN dispone que la LCQ es aplicada por el juez competente en lo que sea pertinente, y que únicamente se debía recurrir a la misma en lo que respecta a lo procedimental que tiende a la verificación de créditos, a la liquidación de activos y a las tareas distributivas[113]. Asimismo, el Tribunal de Alzada sostuvo que el precepto antes referido excluyó al patrimonio fideicomitido de la quiebra y que las acciones de ineficacia concursal previstas por la LCQ son propias de un decreto de falencia. De tal forma, concluyó el Tribunal que una de las consecuencias de que se encuentre prohibido decretar la quiebra de un patrimonio fideicomitido es que se encuentren vedadas tales acciones de recomposición patrimonial a los procesos de liquidación de dichos patrimonios. En la presente ponencia propugnaré, en forma contraria a lo resuelto por el Tribunal de Alzada, que las acciones de ineficacia de la LCQ son —sin lugar a duda— aplicables al proceso de liquidación del patrimonio fideicometido.

III.- Del análisis hermenéutico del art. 1687 CCyCN a la viabilidad de las acciones de ineficacia concursal en la liquidación del patrimonio fideicometido

III. 1.- El tercer párrafo del artículo 1.687 CCyCN sostiene: "*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*

113 Debe destacarse que, en caso de seguir el criterio de la Sala, no se aplicaría la LCQ para establecer la competencia ni para cumplir las formalidades para solicitar la liquidación del patrimonio fideicometido, tampoco se aplicarían las disposiciones de desapoderamiento ni pérdida de la legitimación procesal cuando se encuentren involucrados derechos y demás bienes del fidecomiso, ni fuero de atracción, entre otras cuestiones.

*sea **pertinente**"*[114]. Para iniciar con el análisis hermenéutico del artículo transcripto, debe señalarse, en primer lugar, que en el mismo se fijó como **base** del procedimiento liquidatorio del patrimonio fideicometido a la LCQ[115]. Según el diccionario de la Real Academia Española, la primera acepción de la palabra *base* es "fundamento o apoyo principal de algo". Por ello, fácilmente puede concluirse que, en conformidad con el artículo en análisis, el juez de la liquidación deberá tener como fundamento y principal apoyo a la LCQ[116]. Ahora bien, la normativa concursal se asienta en principios de orden público que intentan proteger los derechos e intereses del conjunto de los afectados por la situación particular de cesación de pagos en que se encuentra el deudor, y a cuyo fin ordena el ejercicio de las pretensiones contra el mismo y su satisfacción, mediante un procedimiento obligatorio para todos los acreedores, de carácter colectivo y universal, que atañe a la totalidad del patrimonio del deudor[117]. Uno de los principios que rige al proceso concursal es el principio de universalidad, que se encuentra contemplado en el artículo 1 de la LCQ, y mediante su faceta objetiva y subjetiva se posibilita la liquidación absoluta del patrimonio fideicometido conforme las reglas de distribución y con basamento en las pautas de preferencias y privilegios previstos por la LCQ[118]. A los fines de la operatividad de este principio, la ley procura la intangibilidad del patrimonio a través de acciones recuperativas o de integración patrimonial[119], mediante la declaración de ineficacia de determinados actos celebrados por el deudor cuando se ha lesionado el trato igualitario a los acreedores en plena zona de insolvencia (arts. 118, 119 y 120 LCQ) o al régimen de desapoderamiento (art. 109 LCQ). Conforme lo hasta aquí expuesto, el principio de la universalidad resulta plenamente aplicable a la liquidación de la fiducia, por cuanto a que frente a la insuficiencia de bienes la única manera de liquidar es con la participación de **todos** los acreedores y la realización de **todos** los bienes para tender a cancelar el pasivo habido, encontrándose allí también comprendidas a las acciones de ineficacia concursal y que permitirán reconstruir el patrimonio fideicometido a la fecha de inicio de la insuficiencia de bienes.

En apoyo a lo expuesto, Kiper y Lisoprawsky sostienen: "decretada judicialmente la liquidación no dudamos acerca de que correspondería apli-

114 El subrayado me pertenece.
115 Lisoprawski, Silvio, "Liquidación judicial de fideicomisos en el Código Civil y Comercial. Características y análisis de las liquidaciones en curso", publicado en: La Ley 08/05/2018, 08/05/2018, 1, La Ley 2018-B, 1179, cita *online*: TR LA LEY AR/DOC/821/2018.
116 Ídem nota 4.
117 Sala A, CNA Com, 21.2.2020, en autos "I.A.B. Compañía De Seguros S.A. s/ Quiebra".
118 David, Marcelo A., "Liquidación de patrimonios fideicomitidos insolventes. Cambios sustanciales o límites razonables a la autocomposición", *RDCO* 304, 13/11/2020, 43, cita *online*: TR LALEY AR/DOC/3213/2020.
119 Graziabile, Darío J., *Manual De Concursos*, Abeledo Perrot, 2017, p. 58.

car al proceso de liquidación el principio de universalidad, tanto con relación a la totalidad de bienes que integran el patrimonio fiduciario —incluyendo los que salieron fraudulentamente— como a sus acreedores. Asimismo, tampoco cabe dudas respecto de la vigencia del principio de 'igualdad de trato de todos los acreedores' (*par conditio creditorum*). Ello así, porque se trata de pagar a todos los acreedores en la mayor medida posible, de acuerdo con su grado y preferencia"[120]. De tal forma, en virtud de este primer análisis del artículo 1.687 CCyCN, es posible concluir que el juez de la liquidación deberá tener como fundamento y principal apoyo a la LCQ y, consecuentemente, también a los principios del proceso concursal —de insoslayable atención y que dan sustento estructural a la ley— puesto que el legislador marcó expresamente esa ley como "*base*". En segundo lugar, el artículo 1.687 CCyCN sostiene que el juez deberá **fijar el procedimiento** para la liquidación, teniendo como base a la LCQ[121]. Nuestro régimen concursal posee normas procesales y de fondo, las cuales se encuentran tan íntimamente imbricadas que son inescindibles, que atiende a derechos de fondo de los sujetos involucrados y organiza y regula los procedimientos de los concursos preventivos y las quiebras. A su respecto, considero que el legislador se refirió a ambos aspectos y no solo a las normas procesales de la LCQ, como consideró el Tribunal de Alzada. De tal forma, el proceso liquidatorio del patrimonio fideicometido debe ser desarrollado por el juez competente siguiendo como apoyo principal a la LCQ y a sus principios, y en caso de que se apliquen solo las normas procedimentales de la LCQ —sin advertir la vigencia de los principios—, tal interpretación resultará ser contraria al régimen concursal, por haberse omitido al principio de universalidad. Por ello, el criterio del Tribunal de Alzada de que las acciones de ineficacia concursal previstas por la LCQ se encuentran vedadas en la liquidación del patrimonio fideicometido, bajo los argumentos de que tales acciones son propias de un decreto de falencia y de que el patrimonio fideicomitido se encuentra excluido de la quiebra, resulta ser una interpretación contraria al régimen concursal y al propio artículo 1.687 CCyCN y, por ende, incoherente con nuestro ordenamiento jurídico por contrariar las pautas que establece el artículo 2 CCyCN para interpretar las leyes[122]. Por último, el artículo 1.687 sostiene que el juez deberá fijar el procedimiento para la liquidación, teniendo como base a la LCQ, en lo que sea "*pertinente*". Conforme lo sostiene Lisoprawsky, la "*pertinencia*" es la oportunidad, adecuación y conveniencia de una cosa. Es algo que vie-

120 Kiper, Claudio M. y Lisoprawski, Silvio V., "Insuficiencia del patrimonio fiduciario y su liquidación en el Proyecto de Código", *SJA* 16/07/2014, 29 • JA 2014-III.
121 Ídem nota 4.
122 El art. 2 CCyCN dispone: "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".

ne a propósito, que es relevante, apropiado o congruente con aquello que se espera. La palabra, como tal, proviene del latín *pertinencia*, que significa "correspondencia, conveniencia, aquello que pertenece a algo o alguien", de la cual también se deriva el término *pertenencia*[123]. De tal forma, el precepto analizado otorga al juez la facultad de emplear el criterio de pertinencia para establecer que determinadas normas de la LCQ —ley base de este proceso liquidatorio— no son aplicables a la liquidación del fideicomiso por ser "*impertinentes*". Sostener un criterio diferente convertiría al proceso liquidatorio en desordenado, arbitrario e impredecible, lo cual tengo la firme convicción de que no fue la voluntad del legislador[124]. Cuestión importante será determinar cuándo puede considerarse que la LCQ es "*impertinente*". Pues bien, la LCQ será "*impertinente*" para la liquidación del patrimonio fideicomitido cuando la estructura del fideicomiso no permita su aplicación, o bien cuando su aplicación en este tipo de procesos lleve a una solución que contraríe los principios concursales[125]. Por lo hasta aquí expuesto, debe concluirse que —conforme al artículo 1.687 CCyCN— la base sobre la cual corresponde liquidar el fideicomiso es la ley falimentaria y el juez debe aplicar estas normas, a menos que resulten impertinentes, ya que los principios concursales —entre los que se encuentra el de universalidad— resultan de aplicación a la liquidación del patrimonio fideicomitido.

III. 2.- En forma particular, cabe destacar que las acciones de ineficacia concursal constituyen herramientas tendientes a la recomposición del patrimonio del deudor —en el caso de análisis del patrimonio fideicometido— y permitirán la incorporación de activos a la masa de bienes que se liquidarán, garantizando la reconstrucción de la integridad patrimonial fideicometida, la confianza del crédito y la prenda común, morigerando el daño ocasionado a los acreedores y acarreando un beneficio para ellos[126].

Es evidente, entonces, que si las acciones de ineficacia tienen por objeto la recomposición del patrimonio del deudor, su finalidad debe necesariamente encontrarse en el principio de universalidad, que impone que la totalidad del patrimonio del deudor responda por la totalidad de sus obligaciones. Consecuentemente, siendo las acciones de ineficacia concursal remedios efectivos para garantizar el principio antedicho, no se aprecia que estas disposiciones puedan ser incompatibles con la estructura pro-

123 Ídem nota 4.
124 Ídem nota 4.
125 Bustamante, Eduardo, "La liquidación del patrimonio fideicomitido. Del texto legal a las soluciones jurisprudenciales", publicado en *RDCO* 299, 1477, cita *online* TR LALEY AR/DOC/3444/2019.
126 Ídem nota 14.

pia de los fideicomisos, por lo que debe concluirse que las mismas resultan plenamente aplicables y pertinentes a los procesos de liquidación de patrimonios fideicometidos[127].

IV.- Antecedentes jurisprudenciales

El criterio aquí propugnado se encuentra ratificado en diversos procesos de liquidación de patrimonio fideicometidos en trámite ante el fuero comercial del Poder Judicial de la Nación, en los que en la respectiva resolución que declaró la apertura de tales procesos liquidatorios se estableció que las disposiciones de la LCQ relativas a la recomposición del patrimonio resultaban aplicables a dichos procesos, procediéndose en alguno de ellos a fijar la fecha de inicio del estado de cesación de pagos y en otros se iniciaron acciones de ineficacia en los términos de los artículos 118 y/o 119 de la LCQ. En el caso del Fideicomiso Guise, por resolución del 21 de marzo de 2017, se estableció la fecha de inicio de cesación de pagos y el liquidador designado inició demandas de ineficacia en los términos del artículo 119 de la LCQ de actos celebrados durante el período de sospecha[128]. Por otro lado, en la liquidación del Fideicomiso Estrella del Sur por resolución del 28 de noviembre de 2018 se instó a la sindicatura a avanzar respecto de toda acción de recomposición patrimonial en los términos de los artículos 115 a 124, 160 a 161 y 172 a 173 LCQ[129]. Asimismo, en dicha liquidación, con fecha 21 de noviembre de 2018, se declaró la ineficacia de pleno derecho de ciertos pagos realizados por el fiduciario con posterioridad a la apertura de dicho proceso liquidativo, lo cual fue confirmado por la Sala D de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial con fecha 6 de junio de 2019[130]. Asimismo, en la liquidación de Fideicomiso Oil Trust, al decretarse la apertura del proceso liquidatorio con fecha 5 de julio de 2018, se dejó establecido que resultaban aplicables las diversas disposiciones relativas a lograr la recomposición del patrimonio fideicomitido de acuerdo con lo establecido por los artículos 118, 119, 120, 173 y 182 de la LCQ[131]. En igual sentido, en la liquidación Fideicomiso de Garantía las Cajas, al decretarse la apertura del proceso liquidatorio con fecha 26 de septiembre de 2018, se dispuso que la sindicatura se encontraba facultada a promover acciones de

127 Ídem nota 14.
128 Juz. Nac. Com. Nº 8 Secretaría Nº 16, "Fideicomiso Guise s/ Liquidación Judicial" (Expte. 023063/2015).
129 Juz. Nac. Com. Nº 12 Secretaría Nº 24, "Fideicomiso Estrella Del Sur s/Liquidación Judicial De Aseguradoras" (Expte. 024334/2017).
130 CNA Com, Sala D, 6.6.2019, "Fideicomiso Estrella Del Sur s/Liquidación Judicial De Aseguradoras" (Expte. 024334/2017/24).
131 Juz. Nac. Com. Nº 23 Secretaría Nº 46, "Fideicomiso Oil Trust s/Liquidación Judicial" (Expte. 016181/2017).

recomposición patrimonial que fueran pertinentes[132]. Del mismo modo, en la liquidación Fideicomiso de Administración Inmobiliaria Club Viñas de Cava Pampa, al decretarse la apertura del proceso liquidatorio con fecha 21 de junio de 2021, se dispuso que la sindicatura deberá denunciar la existencia de situaciones que justifiquen la promoción de acciones de responsabilidad, proponiendo las medidas cautelares conducentes a fin de asegurar el resultado de estas[133].

V.- Conclusión

A pesar de que el texto del artículo 1.687 del CCyCN pareciera —solamente en principio— no brindar demasiadas precisiones, conforme se expuso en los acápites precedentes, la LCQ y sus principios constituyen la base sobre la cual debe llevarse adelante la liquidación del patrimonio fideicomitido y su apartamiento debe ser la excepción a la regla. Por lo que, considerando que las acciones de ineficacia concursal tienen por objeto la recomposición del patrimonio fideicometido y que son remedios efectivos para garantizar el principio de universalidad, tales acciones resultan plenamente aplicables y pertinentes a los procesos de liquidación de patrimonios fideicometidos. Sostener un criterio diverso —tal como lo ha hecho la Sala E en el fallo comentado— resulta ser una interpretación contraria al régimen concursal, ya que no se respetan el principio de universalidad, el propio artículo 1.687 CCyCN, que expresamente sostiene que la LCQ debe ser la base del proceso de liquidación y, por ende, es incoherente con nuestro ordenamiento jurídico por contrariar las pautas que establece el artículo 2 CCyCN.

132 Juz. Nac. Com. Nº 9 Secretaría Nº 17, "Fideicomiso De Garantía Las Calas" (Expte. 021156/2017).
133 Juz. Nac. Com. Nº 29 Secretaría Nº 58, "Bettini, Carlos Antonio Bautista c/ Fideicomiso De Administración Inmobiliaria Club De Viñas Cava Pampa s/Liquidación Judicial" (Expte. 013496/2019).

ACCIONES DE RECOMPOSICIÓN PATRIMONIAL Y LIQUIDACIÓN DEL FIDEICOMISO: ANÁLISIS DE SU PROCEDENCIA

CHIAVASSA, Eduardo N., RUIZ, Sergio G. y BIMA M. del Carmen

Ponencia

En la liquidación judicial del fideicomiso, se debe proceder a determinar la fecha prevista por los artículos 115 y siguientes de la Ley de Concursos y Quiebras, siendo susceptible la aplicación de las normas relacionadas con las acciones de recomposición patrimonial concursales (arts. 109, 118, 119 y 17 LCQ), dejando a salvo el instituto de la extensión de quiebra (arts. 160 y 161 LCQ), supuesto que no consideramos aplicable.

1. Introito

La regulación disruptiva efectuada por el Código Civil y Comercial ha generado en estos años de vigencia del novel plexo normativo numerosos interrogantes, algunos de los cuales se han conformado con meridiana claridad. Desde el trámite previo para la declaración judicial de liquidación pasando por las diferentes etapas o estadios del procedimiento puesto en marcha, ha generado numerosas vacilaciones que, como dijimos, van encontrando adecuada respuesta por parte de nuestros tribunales. El primer temor relacionado con la idea de una especie de inseguridad jurídica en este tema debe ser rápidamente descartado.

2. El presupuesto objetivo: criterio amplio

La insuficiencia patrimonial como presupuesto objetivo debe interpretarse en sentido amplio, como imposibilidad genérica del cumplimiento del objeto del fideicomiso. Debe incluirse el vencimiento del plazo sin que se encuentre cumplimentado su objeto. En este aspecto, se podría decir que tiene contornos semejantes al estado de cesación de pagos, en el sentido de su generalidad y permanencia, que impide cumplir regularmente las obligaciones pactadas[134]. Por ello es que no corresponde efectuar parangón o relación directa de activo y pasivo del contrato.

134 Kiper, Claudio M. y Lisoprawski, Silvio V, "Insuficiencia del patrimonio fiduciario y su liquidación en el Proyecto de Código", LL 2014-E, 987.

A partir de allí, podemos interpretar que no se encontrará en tal insuficiencia:

I) Cuando las obligaciones emanadas del contrato hayan sido cumplidas en su casi totalidad.

II) Conflicto interno de la fiduciaria.

III) Investigar conductas contrarias al ordenamiento jurídico relacionadas con la gestión del fiduciario.

IV) Concentración de acciones judiciales en contra del fiduciario[135].

3. El art. 1.687 CCC y su remisión a la normativa concursal

La remisión que efectúa el dispositivo legal es clara y contundente: "*Quien debe fijar el procedimiento sobre la base de las normas previstas para concursos y quiebras, en lo que sea pertinente*". En este punto, la nueva codificación civil y comercial requiere del juez concursal interviniente la aplicación sistémica y coherente, que no se circunscriba al texto literal de un artículo aislado.

En efecto, el Código Civil y Comercial parte de la base de la descodificación, a diferencia del Código de Vélez (art. 22) y, en consecuencia, el juez debe acudir a todos los microsistemas, entre ellos, a la legislación concursal. En este punto, debe partirse de la coherencia del sistema, y por lo tanto se exige del magistrado una buena interpretación, es decir, coherente y armónica.

Esta interpretación coherente requiere comprender, en primer lugar, que la remisión del artículo 1.687 CCC para fijar el procedimiento "*a las normas previstas para los concursos y quiebras*" no solo apunta a las normas procesales de la ley concursal, sino a toda otra norma sustancial, fuera o dentro del ordenamiento concursal que resulte aplicable para esos procesos universales. En una palabra, en tanto proceso paraconcursal, deberán aplicársele no solo las normas procesales de los concursos y quiebras, como parece derivarse del tenor literal del artículo 1.687, sino principalmente las normas sustanciales imperativas y los principios propios del microsistema de la concursalidad.

135 CNCom., Sala D, Fideicomiso Erre s/liquidación judicial, 13/08/2017: "Habilitar un proceso de liquidación sin liquidación al solo fin de esclarecer la incertidumbre jurídica que genera la presencia de concurrentes reclamos sobre idénticas unidades funcionales, excede con creces la continencia de lo dispuesto por el art. 1687 del Código Civil y Comercial de la Nación". Las pautas descriptas surgen del interesante antecedente antes citado como de la resolución de primera instancia del Dr. Federico Güerri.

Pero además, en virtud del artículo 2 del CCC, la remisión no solo debe hacerse a las normas, sino también a los principios. Si bien el artículo 1.687 faculta al juez a "fijar el procedimiento" sobre la base de la normativa concursal, estamos convencidos de que las reglas procesales están enderezadas en el proceso concursal a garantizar el principio de concursalidad y de la universalidad, entre otros.

De esta manera, la liquidación de un fideicomiso insolvente configura un proceso judicial flexible, de construcción judicial, que se integra con previsiones contractuales y normas concursales, estas últimas en defecto de las primeras, a menos que se trate de normas imperativas emanadas del orden público concursal.

Pese a las críticas, entendemos que no hay inseguridad jurídica, porque la aplicación normativa "en lo que sea pertinente" encuentra su límite en la interpretación que se basa en la coherencia del sistema y sobre la base de los principios concursales.

Cabe destacar que no se requiere que el juez deba efectuar en su resolución de apertura de la liquidación un detalle inmodificable de reglas concursales que deberá seguir indefectiblemente a lo largo del procedimiento, sino que bastará la fijación de un cronograma elemental, tal como sucede en cualquier quiebra, fijando fecha hasta cuando los acreedores pueden solicitar la verificación de sus créditos, resolución del artículo 36 LCQ e informe general. Además, completará su resolución con los recaudos del artículo 88 LCQ.

4. Aplicación de las acciones de inoponibilidad de los actos realizados sobre los bienes desapoderados con anterioridad y posterioridad a la apertura de la liquidación judicial

Para algún sector doctrinario y jurisprudencial, la liquidación judicial del fideicomiso prevista en el artículo 1.687 CCC no permite hacer efectivos los efectos personales de la quiebra, como tampoco resultaría aplicable la normativa sobre ineficacia, responsabilidad especial ni extensión de quiebra. Para otro sector, tales acciones de recomposición resultan plenamente aplicables, con la salvedad de la extensión de la quiebra, al supuesto de la liquidación judicial del fideicomiso.

La problemática que gira en torno al ejercicio de las acciones de recomposición patrimonial en una liquidación judicial de un fideicomiso plantea, por una parte, la posibilidad de su ejercicio y, en segundo lugar, quién es el sujeto legitimado para promoverlas. Vaiser ha sostenido: "*No existen dudas desde mi punto de vista que la ineficacia concursal y las acciones de responsabilidad, en el caso contra el administrador-fiduciario, son procedentes en materia de fideicomiso. Y en cuanto a*

la legitimación activa, incluirá no solo al acreedor, sino también al fiduciario"[136].

Podemos comenzar el análisis por los actos perjudiciales realizados por el fiduciario con posterioridad a la apertura de la liquidación judicial. En este sentido, la aplicación de lo dispuesto por el artículo 109 de la ley 24.522, que estipula que los actos realizados por el fallido sobre los bienes desapoderados son inoponibles, al igual que los pagos que hiciere o recibiere, parece de innegable aplicación en la liquidación de un fideicomiso.

Así, resulta indudable que cualquier acto realizado por el fiduciario sobre los bienes a liquidar o los pagos que hicieran los terceros luego de la declaración de liquidación judicial cae bajo los efectos de este dispositivo legal, toda vez que es una norma que resulta de los efectos propios del desapoderamiento concursal, que también acontece en la liquidación por insolvencia del fideicomiso.

Ahora bien, en lo que respecta a la aplicación de las normas relativas a la retroacción y a la inoponibilidad concursal, la cuestión ha sido sumamente discutida.

Por nuestra parte, sostenemos que la idea de fijación de una fecha de inicio de este estado de insuficiencia patrimonial tampoco puede visualizarse como irrazonable, desde que el mismo es preexistente a su declaración y puede tener la virtualidad de incidir sobre las relaciones contraídas durante el lapso anterior.

Si se lee el artículo 1.686 del CCC, la norma establece que los acreedores del fiduciario y del fiduciante no pueden agredir los bienes fideicomitidos, "*quedando a salvo las acciones por fraude y de ineficacia concursal*". Es decir que, en el proceso falencial del fiduciante o fiduciario, es posible ejercer acciones de inoponibilidad respecto de los bienes fideicomitidos. Ahora bien, no parece ser allí donde se encuentre el fundamento para aplicar el plexo concursal alusivo a la inoponibilidad de los actos perjuiciales respecto de los acreedores del fideicomiso, pues nada dice la norma con respecto al ejercicio de las acciones en la liquidación del fideicomiso por parte de estos acreedores del fideicomiso o su liquidador judicial.

De todos modos, sostenemos que es en la remisión del artículo 1.687 CCC al sistema concursal en donde se encuentran los argumentos para viabilizar el ejercicio de dichas acciones de recomposición patrimonial. Como se dijo ya, la remisión al microsistema concursal que efectúa la normativa fondal no se circunscribe al procedimiento, sino también, sobre la base de una interpretación coherente y sistémica, a las normas concursales sustanciales y a sus principios.

136 Vaiser, Lidia, *Deconomi*, Año IV, Número 11, "Patrimonios de afectación e insolvencia".

Y en este punto, la protección del patrimonio como prenda común de los acreedores, al momento del inicio de la cesación de pagos, que se sustenta en el principio de universalidad desde un punto de vista activo, es un objetivo primordial de la liquidación judicial.

Es por ello que las acciones de inoponibilidad concursal, que apuntan a la retroacción de los efectos durante el período de sospecha, para asegurar la recomposición patrimonial, resulta plenamente aplicable durante el trámite liquidatorio de un fideicomiso con insuficiencia patrimonial.

No resulta óbice, al contrario de lo que sostiene algún fallo, la circunstancia de que no se haya declarado la apertura de una quiebra.

De esta manera, la necesaria determinación de la fecha inicial de la cesación de pagos, y por ende del período suspecto, es el puntapié para declarar ineficaces de pleno derecho aquellos actos enumerados en el artículo 118 LCQ; o bien, evaluar por parte del liquidador o de los acreedores eventuales acciones de inoponibilidad del artículo 119 LCQ.

Por otra parte, no podemos descartar en este examen las acciones de responsabilidad en contra de mandatarios o gestores de negocios, o terceros, tal como regula el artículo 173 LCQ[137].

Es que insistimos: la resolución que ordena la liquidación no debe ser considerada como una limitante, y el juez concursal aplicará las normas de concursos y quiebras que el desarrollo del procedimiento requiera.

Además, si bien es cierto que el fideicomiso no se incorporó al artículo 2 LCQ, ello tampoco puede interpretarse en contra de la aplicación de las normas concursales, pues la directiva del artículo 1.687 CCC puede ser observada como un primer paso hacia aquel reconocimiento, el cual es reclamado por parte de la doctrina.

Por ello, entendemos que esta solución legal "intermedia" dada para la liquidación del fideicomiso **no** repele las acciones de recomposición patrimonial concursal, pues la intención del legislador ha sido un acercamiento a la idea de la concursalidad del fideicomiso.

Por supuesto, es el mismo artículo 1.687 CCC el que determina la responsabilidad del fiduciario por aplicación de los principios generales[138], pero tal acción transita por una órbita diferente respecto de las acciones mencionadas anteriormente.

137 No hacemos mención a las acciones de extensión de quiebra, pues existe una imposibilidad absoluta de su articulación en la liquidación del fideicomiso.
138 CNCom., Sala E, Fideicomiso de Administración y Garantía Taxodium Vida Park s/ Liquidación Judicial, resolución de fecha 17/11/2020.

5. Conclusión

En la liquidación judicial del fideicomiso, se debe proceder a determinar la fecha prevista por los artículos 115 y siguientes de la Ley de Concursos y Quiebras, siendo susceptible la aplicación de las normas relacionadas con las acciones de recomposición patrimonial concursales (arts. 109, 118, 119 y 17 LCQ), dejando a salvo el instituto de la extensión de quiebra (arts. 160 y 161 LCQ), supuesto que no consideramos aplicable.

LOS GRUPOS ECONÓMICOS EN LA LEY DE CONCURSOS Y QUIEBRAS: CONCURSO PREVENTIVO Y EXTENSIÓN DE LA QUIEBRA

MAMBRIN CUNHA, Sabrina M. S.

Introducción

En nuestro ordenamiento jurídico no hay una regulación expresa, clara e integrativa de los "grupos empresarios", no obstante lo cual la Ley de Sociedades N° 19.550 y la Ley de Concursos y Quiebras N° 24.522 han previsto sanciones estrictas, pero solo ante la hipótesis de ciertas conductas que fracturan el normal desenvolvimiento del tráfico mercantil y que producen severos perjuicios en el tejido social. Así, mientras la legislación societaria sanciona al grupo *in bonis* en los casos de responsabilidad por culpa del socio o controlante, es decir, inoponibilidad de la personalidad jurídica por culpa del socio o controlante. Por su parte, la legislación falimentaria sanciona el accionar del grupo en la quiebra en los supuestos de extensión a la controlante, o a la socia aparente o en los supuestos de confusión patrimonial inescindible.

Por ello, no existe en nuestro ordenamiento una norma que regule qué habrá de entenderse por grupo económico, cuáles son los alcances del mismo, quiénes deberán o podrán integrarlo, cuál será el ordenamiento específico aplicable en razón de las específicas particularidades de este plurisujeto empresario. En fin, son muchas las cuestiones sobre el grupo en sí, que hoy se hallan en lo que se conoce como *lagunas del derecho* en nuestro sistema normativo. Por consiguiente, muchas son las implicancias que en el normal desarrollo de la actividad empresaria de los grupos económicos, al desarrollarse en el mercado nacional y desde este en relación al mercado global, generan dichas lagunas. Sin desmerecer la importancia de ninguna ni el amplio espectro de ramas jurídicas implicadas, dentro del derecho concursal, la falta de un ordenamiento que clarifique lo que nuestro sistema jurídico aunadamente entenderá como grupo económico, o al menos una clara definición de la propia ley falimentaria, significa una desprotección del crédito de los acreedores, al tiempo que implica una inseguridad jurídica en la protección de quienes negocian con estos grupos, cuando los mismos dejan de encontrarse *in bonis*, y en conjunto o separadamente se amparan en los remedios de la ley falencial.

Qué son los grupos económicos

Para conceptualizar a los grupos económicos, es menester recurrir a la doctrina, aunque al hacerlo nos encontramos con algunas dificultades, desde la enorme cantidad de definiciones que con el tiempo se han ido acumulando, la variación que respecto al elenco de las mismas hacen los autores, las dificultades interpretativas que pueden surgir de una definición en extremo escueta, así como de una que incorpora demasiados elementos al concepto, al mismo tiempo, dejando de lado la subjetividad que pueda imprimir el autor a su concepto, es de resaltar que será evidente la distinción en el acento que estos hagan según la rama jurídica o disciplina relacionada al mercado o a la empresa, desde la cual el autor se enmarque para realizar su definición. Las implicancias prácticas de esto se verán reflejadas, en lo atinente a nuestro derecho concursal, principalmente en la extensión de la quiebra y, más precisamente, en los sujetos a los que dicha extensión alcanzará.

Primeramente, habrá que recordar: "Los grupos no se tratan de una creación legislativa, sino de una realidad que el Derecho ha encontrado ya funcionando, resultado de la potenciación del uso de dos figuras jurídicas preexistentes: la libre autonomía contractual y el derecho de propiedad, aplicadas a las sociedades por acciones"[139]. Como bien explican Bareiro y Grazziabile[140], el fenómeno de los grupos económicos es producto de la creciente complejidad de la economía hacia la segunda mitad del siglo XIX, así como la aparición de la sociedad anónima, lo que transformó al siglo XX en el siglo de la concentración económica. Esto amplió el fenómeno societario individual al grupo o conjunto de sociedades, con la finalidad de dotar al capital de los instrumentos jurídicos y fácticos necesarios para permitir la plena utilización de los recursos humanos, físicos, de producción, financieros, económicos, etc. Ello tenía un marcado objetivo, que era intentar acaparar cada vez mayores porciones de mercados, complementándose e integrándose horizontal y verticalmente, en la búsqueda de reducir costos y ampliar horizontes y mercados. La persecución de ese objetivo llevó a los operadores mercantiles a entramar cada vez relaciones más complejas entre diversas sociedades, buscando alinear y concentrar en un único emprendimiento empresario la mayor cantidad de elementos. Estos nuevos emprendimientos empresariales operaban generalmente con una dirección común y respondiendo a un interés supraunificado, y por encima del de cada uno de los sujetos que integraban dicha agrupación.

139 Aguirre, Hugo A.; Chiavassa, Eduardo N.; Roitman, Horacio (2015). "Grupos, concurso y quiebra". En *Revista de Derecho Privado y Comunitario*. T. 2. Concursos. Actualización - I. Rubinzal.

140 Barreiro, Marcelo. (2012) . La crisis en los grupos de sociedades, en *Derecho Económico Empresarial*. T. III, p. 6. La Ley. Graziabile, Darío J. (2014). *Régimen concursal*. T. II, p. 675. Abeledo Perrot. Graziabile, Darío J. (2018) *Instituciones de derecho concursal*. T. III. La Ley.

Además, es menester tener presente el papel que ha jugado la globalización en esto, creando un entramado económico de compañías trans, multi o binacionales, *joint ventures* y otras formas de integración internacionales, de que lo resulta el surgimiento de grandes compañías capaces de planificar su desarrollo a escala mundial y desplegar estrategias a tal efecto, producto de la internacionalización de los mercados, impulsando megafusiones. Por ello, como señala Graziabile[141]: "La globalización es la madre de las concentraciones empresarias y de las megaempresas o como mínimo, ha acelerado en mucho el desarrollo de los grupos de empresas facilitando su propagación".

Los grupos económicos en la legislación argentina

La regulación del límite, es decir, la sanción, sin una normativa determinante del objeto de esta sanción, conlleva a una superposición normativa y una aún mayor dificultad en la conceptualización y en la determinación de los sujetos sancionados, que en la práctica implica un amplio margen de interpretación jurisprudencial que podrá ampliar o restringir el elenco de afectados y los efectos que sobre terceros esto genere, en razón de la inclinación del magistrado en cada caso concreto.

Durante mucho tiempo, nuestro derecho concursal asimiló al concursamiento de la empresa *lato sensu* el caso del agrupamiento, aunque esta signifique la de cada uno de los empresarios o sujetos que forman parte de ella. El origen concursal del grupo económico se encuentra en los casos de extensión de quiebra (art. 161 LCQ), donde se trata, más que de la situación falencial de la empresa, de la de cada uno de los sujetos que la componen. Sin embargo, ya con anterioridad a la norma, el fenómeno de los grupos económicos era entendido en los supuestos de extensión de quiebra como sanción por las ilicitudes cometidas por el grupo, desviando el interés social de la controlada en perjuicio de esta y en beneficio del grupo o alguno de sus integrantes o de un tercero. Como recuerdan Rivera, Roitman y Vítolo[142]: "A pesar de no haber estado previsto, durante el régimen de la ley 19.551 se habían producido determinados pronunciamientos judiciales estableciendo que, si bien la declaración de conjunto económico solo era procedente en caso de declaración de quiebra y no en el concurso preventivo, ello no resultaba impedimento para que los distintos procesos concursales tramitaran por ante un mismo juez; como tampoco se observaban inconvenientes para que se obstara a que las respectivas juntas se llevaran a cabo en igual día —evitando de este modo inútiles dispendios jurisdiccionales—, aunque respetándose la autonomía

141 Graziabile, Darío J. (2018). *Instituciones de derecho concursal*. T. III. La Ley.
142 Rivera, Julio C.; Roitman, Horacio y Vítolo, Daniel R. (2005). *Ley de Concursos y Quiebras*. T. II, pp. 144/145. Rubinzal-Culzoni.

de los procesos y la intervención de las distintas magistraturas". Lo que evidencia una clara acción pretoriana anterior a la norma y, como toda acción pretoriana, un latente peligro de inseguridad jurídica.

Es importante tener en cuenta que la Ley de Concursos y Quiebras vigente (ley 24.522) ha significado una ampliación del tratamiento normativo de la ley falencial respecto de los grupos económicos con la incorporación del "Concurso en caso de agrupamiento" regulado en el Título II, Capítulo VI, artículos 65 a 68, que a su vez, encuentra su correlato en el Título III, Capítulo III, Sección II, en el artículo 172, lo que implica, como señala Rouillon[143], la incorporación de un nuevo supuesto de extensión de la quiebra entre miembros de un grupo económico, cuando:

a) se configuré alguno de los supuestos del artículo 161 de la LCQ;

b) cuando se declare la quiebra indirecta de alguno de los integrantes del grupo económico, en el supuesto de haber hecho uso del concurso preventivo agrupado (art. 65 LCQ), optando a su vez, por la propuesta unificada de acuerdo preventivo (art. 67 LCQ).

La ley concursal, al no definir al grupo económico, determina la aplicabilidad de la norma en cada caso, admitiendo sí la integración de personas jurídicas y humanas, pero determinando a los sujetos integrantes del mismo a través de hechos externos que deben ser acreditados por el grupo que pretende acceder al "Concurso en caso de agrupamiento", que es un tipo especial o distinto del concurso preventivo con particularidades diferenciales. Con ello, la ley deja al juez un amplio margen para determinar la existencia o no de un grupo económico, ya sea ante el supuesto de relaciones intersocietarias de control, como en casos donde la integración de los sujetos sea económica, pero no societaria.

Por su parte, la Ley General de Sociedades N° 19.550 contempla dos supuestos de grupos económicos a través de las participaciones societarias: el supuesto de control, de hecho o de derecho (art. 33, 1 y 2, LGS) y el supuesto de vinculación (art. 33 *in fine*, LGS). Pero la norma se limita en su materia y nada dice respecto a la interacción de las sociedades en grupos económicos integrados por personas jurídicas (societarias y no societarias) y humanas.

Caso Correo Argentino: Grupo SOCMA y extensión de la quiebra

Tras el fallo del día 5 de julio de 2021, en la causa "Correo Argentino S.A. s/Concurso Preventivo" que decretará la quiebra del mismo, se abrió el debate sobre la posibilidad de la extensión de esta sentencia de quiebra al Grupo SOCMA y a su socios. Más allá de las insensateces y absurdos

143 Rouillon, Adolfo A. N. (2017). *Régimen de Concursos y Quiebras. Ley 24.522*. Astrea.

de aquellos que han opinado en distintos medios de comunicación con escaso o nulo conocimiento en la materia, el fallo también ha significado la oportunidad de reavivar un viejo debate doctrinario en torno a numerosos institutos concursales que se suscitaron en la causa. Entre los cuales, y uno de los más debatidos tras conocida la sentencia, se halla la "Extensión de la quiebra al Grupo SOCMA y sus socios".

Puesto que la extensión debe pedirla el síndico o cualquiera de los acreedores, a la Dra. Marta G. Cirulli (jueza que dispuso la quiebra), podría —con escaso margen de error— entonces afirmarse que el pedido es casi un hecho consumado, en virtud de las declaraciones del procurador Carlos Zannini, al adelantar que impulsará la misma en nombre del Estado en contra de SOCMA. Como ya se ha manifestado, la extensión de la quiebra en el caso de grupos económicos en nuestra ley, al ser de interpretación restrictiva, debe encuadrar en alguno de los supuestos contemplados por la norma falencial. De esta inteligencia se desprende que, al no haber existido un concurso agrupado como antecedente, pues el concurso de cuyo fracaso derivó la quiebra fue solo de la empresa Correo Argentino S. A., de ahí que el camino que le quedará al Estado como acreedor solicitante para que proceda la extensión es probar la existencia de alguno de los imperativos legales tipificados en la norma, principalmente los contenidos en el artículo 161 de la LCQ, pero sin poder descartar *a priori* la posible aplicación del caso de extensión contenido en el artículo 160 de la LCQ, dependiendo de la teoría en que se enmarque la jueza para determinar la base de la ilimitación de la responsabilidad de SOCMA y de sus socios, cuestión que —aunque de más interesante— excede a los fines del presente trabajo.

Conclusión

De la inteligencia de lo que aquí se desarrolla, es posible inferir que ante la inexistencia de una norma clara respecto de los grupos económicos en la legislación nacional surgen lagunas que afectan el funcionamiento del derecho concursal, la protección de los acreedores de los grupos económicos en los procesos concursales de estos, así como una inseguridad jurídica latente en el tráfico mercantil desarrollado por los mismos. Por ello es menester concluir:

1. La necesidad de una norma especial a la que se remita la ley falencial o la incorporación expresa a la norma falimentaria de una conceptualización del grupo económico que permita una clara e inequívoca identificación de los sujetos comprendidos.
2. Una necesaria armonización en relación al tratamiento de los grupos económicos en las normas societaria y falencial.

3. Una actualización de nuestro ordenamiento acorde a las realidades del comercio y la globalización, que han dejado los hechos más en manos de una interpretación pretoriana de los jueces que en el encuadre restrictivo que la ley exige en estos institutos concursales.
4. La incorporación a la norma falimentaria de supuestos de extensión *aggiornados* a los principios que imperan hoy el comercio internacional, tras los efectos que la creciente globalización y el avance tecnológico han impreso en el comercio actual.

INCIDENCIAS DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL EN LAS ACCIONES DE RESPONSABILIDAD DE TERCEROS. APLICACIÓN DE LAS CARGAS PROBATORIAS DINÁMICAS

DE CESARIS, Maria Cristina y BASUALDO, María Eugenia

Ponencia

En los procesos en los cuales se sustancian acciones de responsabilidad de terceros previstas en el Título III, Capítulo III, Sección III de la ley 24.522, es aplicable el artículo 1.735 del Código Civil y Comercial que autoriza a los jueces a imponer la carga de la prueba de los factores de atribución a la parte que se encuentre en mejor situación de aportarla.

I.- Introducción

El artículo 173 de la ley 24.522 (LCQ) regula una acción específicamente concursal de responsabilidad de terceros en general y también de los representantes legales, convencionales o funcionales de personas jurídicas y humanas. En relación con los administradores societarios, el régimen regular de su responsabilidad está consagrado en la ley 19.550 (LGS) —arts. 59, 276 a 279—, pero cuando la sociedad está en quiebra se agrega el régimen de responsabilidad concursal (art. 173, primer párrafo LCQ), de modo que hay dos caminos para hacer efectiva aquella responsabilidad (art. 175 LCQ). Ahora bien, la responsabilidad entendida como obligación de reparar el daño causado a otro u otra (art. 1.716 del Código Civil y Comercial de la Nación, en adelante CCyC) tiene un campo de aplicación amplio y complejo y es necesario compatibilizar las normas de las leyes especiales, en nuestro caso las leyes 24.522 y 19.550, con el régimen instaurado por el nuevo Código (citamos ahora los arts. 150 y 1.709, a los que nos referiremos más adelante). En efecto, hoy la responsabilidad civil está legislada en el Libro III, Título V, Capítulo 1, como "Otra fuente de las obligaciones" y se han incorporado cambios significativos. Hay un nuevo escenario y si bien la unificación del derecho privado patrimonial no fue total porque subsisten los "microsistemas jurídicos", la estructura básica del derecho de daños está en el CCyC. Así el concepto de antijuridicidad (art. 1.717), el concepto de daño (art. 1737), la caracterización de los factores de atribución y la relación causal impactan e influyen en los microsistemas.

Hoy tenemos un sistema legal de responsabilidad que se sustenta en cuatro principios generales del derecho que fueron incorporados como tales en el CCyC: la buena fe (art. 9), la prevención del daño impuesto como una obligación de seguridad impuesto a quien puede prever que un acto u omisión pueda provocar un perjuicio (arts. 1.708 y 1.711), el deber jurídico de no dañar (art. 1.717) y el principio de reparación plena que da contenido a la función resarcitoria (art 1.740)[144]. Con la sanción del CCyC, no quedan dudas de que los microsistemas societarios y concursales deben ser interpretados a la luz del título preliminar, con tendencia a que la solución judicial resulte una derivación razonablemente fundada del ordenamiento jurídico privado. Como explicitara el ministro Ricardo Luis Lorenzetti, presidente de la Comisión Redactora, el Código menciona una pluralidad de fuentes que exceden su propio texto, lo cual lleva a un necesario diálogo entre ellas. Por esta razón, se dispone que al momento de decidir se deben tener en cuenta la Constitución, las leyes, los tratados de derechos humanos y la finalidad de la norma (art. 1). Asimismo, se dispone que la ley debe ser interpretada (art. 2) teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, los principios y valores jurídicos de modo coherente con todo el ordenamiento. Finalmente, se establece que el deber del juez es resolver mediante una decisión razonablemente fundada (art. 3).

Con esta perspectiva y sobre la base de estas premisas, analizaremos si resulta aplicable la facultad judicial otorgada en el artículo 1.735 CCyC de distribuir la carga de la prueba en las acciones de responsabilidad de terceros en general, y contra representantes y administradores de sociedades en particular, previstas tanto en la legislación societaria como en la legislación concursal.

Para ello. en primer lugar hemos de considerar la cuestión vinculada con la prelación normativa entre el CCyC y las leyes 19.550 y 24.522; luego haremos una breve referencia a las reglas de la carga de la prueba en general y al ámbito de aplicación de las cargas probatorias dinámicas, para fundar nuestra opinión favorable a la vigencia de la norma en análisis en los procesos donde tramitan acciones enderezadas a determinar la responsabilidad patrimonial de terceros, representantes o no, de una persona fallida.

II.- Prelación normativa entre el Código Civil y Comercial y las leyes 19.550 y 24.522

El CCyC incluye en varios artículos reglas que establecen criterios para determinar el orden de prelación de sus normas cuando una situación

144 Marcos, Fernando "La responsabilidad societaria y concursal, frente al derecho de daños y los cambios generados por la unificación", en RCCYC 2016, 17/11/2016, 189.

o relación jurídica se encuentra regulada por disposiciones contenidas en leyes especiales que constituyen un "microsistema" autosuficiente, como las leyes 19.550 o 24.522. Así, el artículo 1.709 CCyC titulado "Prelación normativa" dispone que se aplican en primer lugar "*las normas indisponibles de este Código y de la ley especial*", luego la autonomía de la voluntad y después, en ese orden, las nomas supletorias de la ley especial y las normas supletorias del Código. A su vez, el artículo 150 CCyC trata de la prelación normativa en materia de "personas jurídicas privadas". Este artículo adquiere mucha importancia en el tema que estamos analizando pues, como lo hemos anticipado, las acciones de responsabilidad contra los administradores societarios están reguladas en dos leyes "especiales": 19.550 y 24.522. El mencionado artículo 150 es absolutamente preciso al indicar que, tratándose de personas jurídicas privadas, estas se rigen "*por las normas imperativas de la ley especial, o, en su defecto, de este Código*" (inciso "a"). Más debate ha generado el inciso "a" del artículo 1.709 pues, como explica con claridad Marcos[145], su redacción es confusa y contradictoria, pero coincidimos con él y con autorizada doctrina que debe entenderse que siempre se aplican primero los preceptos de la ley especial y luego los generales de cada materia, siempre que las normas sean de igual jerarquía. Dicho orden jerárquico entre las normas concurrentes de la legislación especial y del derecho común surge de una interpretación integrada de las palabras y fines de la ley, como indica el artículo 2 CCyC, y reglas clásicas de la hermenéutica, como son las tradicionales "la ley especial prevalece sobre la ley general" y "la ley nueva general no deroga la ley anterior especial".

En definitiva, consideramos que cuando la ley especial contiene un artículo que trata en forma directa una cuestión específica no corresponde apartarse de la norma allí contenida so pretexto de una mirada integradora que desconozca un claro orden de prelación. Por el contrario, si el supuesto fáctico, o sea "el caso", no está contemplado en el microsistema normativo o se trata de aspectos o presupuestos de la responsabilidad civil que solo están regulados en el CCyC e integran la teoría general del derecho de daños (*v. gr*. definición de daño, concepto de dolo, determinación de la extensión del resarcimiento), corresponde remitirse al ordenamiento común para resolver la cuestión planteada. Ello se ajusta a los parámetros señalados en el Título preliminar del CCyC y al orden de prelación establecido en los artículo 150 y 1.709 ya mencionados.

145 Marcos, Fernando Javier, "Las acciones de responsabilidad concursal: sus alcances y la aplicación preferente de la ley 24522" en *RDPC* 2019-3, 431; también Barreyro, Marcelo "Apuntes sobre la responsabilidad de los Administradores" en *RDPC* 2019-3, 11, quien sostiene con criterio que compartimos que solo podrá existir prevalencia del ordenamiento general sobre el especial del microsistema si nos encontramos frente a una norma de rango superior (Constitución Nacional y tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional).

III.- Las reglas de la carga de la prueba y la doctrina de las cargas probatorias dinámicas

La finalidad de la actividad probatoria es crear en el juez la convicción sobre la existencia de los hechos afirmados en las alegaciones procesales, incumbiendo dicha actividad probatoria a las partes, sobre quienes pesa la carga de incorporar al proceso, a través de medios correspondientes, los datos susceptibles de cotejarse con los hechos. Al dictar sentencia, el Magistrado puede encontrarse con dos situaciones: la primera, que la actividad probatoria de una o ambas partes le depare la convicción sobre la existencia o no de los hechos controvertidos, y la segunda, que uno o más de esos hechos no hayan sido suficientemente probados. Ante esta última, no puede abstenerse de emitir un pronunciamiento que concretamente actúe o deniegue la pretensión procesal, debe decidirse en uno u otro sentido y le está vedada la posibilidad de obviar tal decisión con fundamento en la incertidumbre que arroja la insuficiencia de la prueba. Y es en esa situación cuando cobran relevancia las reglas de la carga de la prueba porque, dicho en términos simples, el juez debe fallar en contra de quien debía aportarla y no lo hizo. De ahí que se diga que la regla de la carga de la prueba es de naturaleza sustitutiva, puesto que reemplaza a la prueba en el momento de la decisión o, expresado de otro modo, es un sucedáneo de la prueba que faltó o resultó insuficiente[146]. Ahora bien, en lo que hace a las específicas reglas de distribución del *onus probandi*, es regla consolidada que a cada parte le corresponde probar los presupuestos de la norma o del precepto jurídico que invoca como fundamento de su pretensión[147]. Ello no implica desconocer la buena recepción que ha tenido la teoría de las cargas probatorias dinámicas en la doctrina y la jurisprudencia, y tampoco que se postula una flexibilización del sistema al amparo de principios protectorios como el principio *pro damato*, la profesionalidad, etc., pero como dice Lorenzetti: "Flexibilizar el sistema no quiere decir desestructurarlo porque siempre será necesario saber a quién le incumbe probar"[148].

Coincidimos con Peyrano, quien afirma: "Las cargas probatorias dinámicas encierran una flexibilización de las reglas ortodoxas de distribución de la carga probatoria; aceptando así la validez de apartamientos excepcionales de las susodichas reglas clásicas que diseñara Chiovenda y que

146 De Santo, Víctor "La prueba judicial", p. 137, Ed. Universidad, 3ª ed., Buenos Aires, 2005.
147 Palacio, "Derecho Procesal Civil", T. IV, pp. 367 y ss., Abeledo Perrot, 1984; LORENZETTI, Ricardo. "Teoría General de distribución de la carga probatoria" en *RDPC*, N° 13, pp. 73, 75 y ss. Pto. 2, Rubinzal Culzoni Editores.
148 Peyrano, J. "Carga de la Prueba. Conceptos clásicos y actuales" en RDPC N° 13, pág. 97 y Lorenzetti en el trabajo citado en nota anterior, p. 86.

luego fueron mejoradas por Rosenberg"[149].

Más allá de los debates de la doctrina procesalista y que la carga probatoria dinámica se encuentra regulada en algunos códigos procesales provinciales[150] (recordamos también el *leading case* institucional "Pinheiro"[151]), dicha doctrina ha sido receptada en el CCyC —arts. 710 y 1.735—, por lo tanto, en palabras de Peyrano: "Le han impreso el crisma de legalidad". "En realidad, todo el Código Civil y Comercial constituye una muestra de fe en el activismo judicial y en la capacidad de los jueces para encontrar soluciones razonables, y así ponderar los valores en juego y no limitarse a subsumir automáticamente los hechos litigiosos en normas legales infraconstitucionales. Ponderar es también aceptar lo diferente y tenerlo en cuenta, así no aplicar ciegamente reglas del reparto probatorio pensadas para casos corrientes y no para hipótesis excepcionales de gran dificultad probatoria para la parte sobre la que, en principio recaería la carga de la prueba"[152].

Pues bien, el artículo 1.734 CCyC contiene la regla general en materia de carga de la prueba de los factores de atribución y las eximentes, y en ese sentido establece que ella pesa sobre quien los alega. Al actor en el proceso de daños corresponderá entonces, en principio, probar el factor de atribución, mientras que el demandado correrá con la prueba de las eximentes. Esta regla se complementa con la prevista en el artículo 1.735 CCyC, que faculta al juez para alterar en ciertos casos aquel principio general. En efecto, conforme el texto de dicho artículo 1.735, el juez puede, según las circunstancias, asignar el *onus probandi* de la culpa o de haber actuado con la diligencia debida a quien se encuentre en mejor situación para aportar la prueba respectiva. Sin embargo, cuando el juez considere pertinente ejercer esa facultad, deberá comunicarlo a las partes oportunamente para permitir al litigante, a quien impone la carga en cuestión, ofrecer y producir los elementos probatorios que hagan a su defensa.

Repárese que el artículo 1.735 CCyC se aplica solo en el ámbito de los factores de atribución y sus eximentes, no así con respecto a la prueba del daño (art. 1.744 CCyC) y la relación de causalidad (art. 1.736 CCyC), pues uno y otra deben ser acreditados por quien lo invoca o alega, excepto que la ley lo impute o la presuma.

149 Peyrano, Jorge W. "Las cargas probatorias dinámicas, hoy" L.L. RCCYC 2016 (marzo) 07/03/2016, p. 15.
150 La Pampa, Corrientes, Santiago del Estero y San Juan.
151 Conf. Resolución de la Corte Sup, 10/12/97, "Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Pinheiro, Ana María y otro v. Instituto de Servicios Sociales para el Personal Ferroviario", *Revista de Derecho Procesal*, n°. 3, Rubinzal Culzoni Editores.
152 Peyrano, Jorge W, en la obra citada en nota 6.

Como afirma Aida Kemelmajer de Carlucci el referirse al artículo 1.735 CCyC: "(I) la norma tiene naturaleza procesal; (II) recoge el criterio jurisprudencial mayoritario, por lo que nadie puede sorprenderse con su aplicación, especialmente, porque da al juez la posibilidad de convocar a las partes para advertir que aplicará este criterio"[153].

La doctrina especializada (derecho de daños) ha expresado su beneplácito en la inclusión de las cargas probatorias dinámicas en el Código Civil y Comercial y en especial en el ámbito de la función resarcitoria de la responsabilidad civil.

También entendemos que la norma en análisis, de contenido netamente procesal, es constitucional y por ende válida, pues el principio conforme al cual la materia procesal es materia reservada a las provincias admite excepciones, y así ha sido declarado en muchas ocasiones por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en pronunciamientos en los cuales ha expresado que si la norma procesal incluida en la legislación de fondo es necesaria para hacer operativos los derechos consagrados por la misma, es constitucional. El Código Civil y Comercial contiene numerosas normas de procedimiento, como la Ley de Defensa del Consumidor y nuestra Ley de Concursos y Quiebras. Hoy nadie cuestiona la constitucionalidad de las normas procesales de la ley concursal, indispensables para organizar un proceso que permita hacer operativos los principios en los cuales se sustenta aquella y sirva a los fines perseguidos por este.

Dichas normas procesales se encuentran a lo largo de todo el texto de la ley 24.522, pero en el Título IV, el artículo 273 contiene reglas o normas genéricas, y en el inciso 9 establece: "*La carga de la prueba en cuestiones contradictorias, se rige por las normas comunes a la naturaleza de la cuestión de que se trate*". Dice Prono que dicha norma, que se ha considerado a veces superflua o ambigua, está señalando que en los concursos es aplicable, de corresponder, la inversión de la carga de la prueba, *v. gr.* si se juzgan relaciones laborales[154]. Y más adelante opina que dicha regla no confronta con el carácter predominantemente inquisitivo del proceso concursal, pues el interés social comprometido en cierta clase de relaciones jurídicas impone, en los procesos en que aquellos se controvierten, la necesidad de hacer prevalecer los poderes del juez sobre las facultades dispositivas de las partes, y la autonomía privada debe ceder paso a una mayor injerencia del órgano judicial sobre el contenido formal y material del litigio.

153 Kemelmajer De Carlucci, Aída "La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes Segunda Parte" Rubinzal Culzoni Editores, 2016, Santa Fe, p. 239.
154 Prono, Ricardo "Derecho Concursal Procesal", pp. 550- 551, L.L., 2ª Edición 2018.

En definitiva, consideramos que la regla probatoria establecida en el artículo 1.735 CCyC es compatible con la norma genérica contenida en el inciso 9 del artículo 273 LCQ, con las facultades reconocidas a los jueces en materia de iniciativa probatoria en el proceso concursal y que perfilan, entre otras, el carácter predominantemente inquisitivo del mismo, y con la doctrina de la Corte Federal, que ha declarado: "Las disposiciones relativas a la carga de la prueba deben apreciarse según la índole y características de la controversia, dándole primacía a la verdad jurídica objetiva por sobre la interpretación de las normas procesales, pues lo contrario importaría incurrir en un excesivo rigor formal"[155]. Para arribar a esta conclusión, consideramos que tampoco puede soslayarse que las acciones de responsabilidad de terceros son promovidas generalmente por la sindicatura (arts. 174 y 175 LCQ), que, también de ordinario, toma conocimiento de los hechos generadores de responsabilidad mucho tiempo después de sucedidos. O sea que las y los síndicos deben "reconstruir un escenario" muchas veces sobre la base de pruebas indirectas y sin la colaboración del fallido o la fallida y de la contraparte, por la existencia de conductas elusivas y con ocultamiento de las fuentes de prueba.

IV.- Conclusión

Cuando se alude a la responsabilidad en materia societaria por aplicación del artículo 150 CCyC se debe recurrir en primer término a las normas imperativas de la ley especial, es decir, a los artículo 59 y 274/279 LGS. Cuando se promueven acciones concursales de responsabilidad, también se aplican en primer lugar las normas de la legislación falimentaria (arts. 173 y ss. LCQ). Tanto las acciones previstas en la ley general de sociedades como las acciones reguladas en la ley de concursos y quiebras son acciones de responsabilidad por daños.

Ambos ordenamientos contienen normas especiales que prevalecen sobre las normas del régimen general de la responsabilidad civil contenido en el CCyC. Sin embargo, las normas sobre la teoría general de la responsabilidad civil integran el marco normativo y proyectan su influencia, tanto para complementar la regulación societaria y concursal en aspectos no previstos como para interpretar sus preceptos. Por ello, afirmamos que, en los procesos donde se sustancian acciones de responsabilidad concursal contra terceros, representantes o no, rige la facultad judicial reglada en el artículo 1.735 CCyC de distribuir la carga de la prueba de la culpa o de haber actuado con la diligencia debida, excepcionando la norma general contenida en el artículo 1.734 CCyC.

155 Ver obra citada en nota anterior, p. 559.

CONVERGENCIA DEL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD SOCIETARIO Y CONCURSAL CON EL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL

JUNYENT BAS, Francisco y MACAGNO, Ariel A. G.

Ponencia

El régimen de responsabilidad societario y concursal no contiene todos los conceptos que articulan los presupuestos básicos que se sustenta en el esquema general establecido por el Código Civil y Comercial y, por ende, no cabe apartarse de los conceptos de daño, relación de causalidad, dolo y culpa reglados en los artículos 1.708 y siguientes. El esquema de prelación del artículo 150 del nuevo ordenamiento no torna a los microsistemas en "mundos impermeables", sino que corresponde realizar el correcto diálogo de fuentes para una adecuada hermenéutica, lo que se pone de relieve cuando se configuran los presupuestos de una alternativa concursal, sea preventiva o liquidativa. En rigor, las acciones de responsabilidad se disparan en el supuesto de falencia, pues en el concurso preventivo homologado no existe antijuricidad que pueda predicarse del acuerdo conformado por los acreedores y el deudor se ha limitado a hacer uso del ejercicio regular de un derecho (art. 1.718 CCCN). Asimismo, el concepto de dolo en las acciones de responsabilidad se corresponde con la caracterización reglada en el artículo 1.724 del CCCN, por lo que comprende la manifiesta indiferencia por los intereses ajenos.

I.- El régimen de responsabilidad societario y el CCCN

El régimen de responsabilidad de la Ley de Sociedades, articulado sobre los artículos 59 y 274 de dicho ordenamiento, implica que los administradores deben obrar con lealtad y diligencia de un buen hombre de negocios, y son responsables por las faltas y el mal desempeño del cargo.

Oportunamente señalamos[156] que el esquema de la Ley de Sociedades se integra necesariamente con la teoría general regulada en el Código Civil, donde se estipulan los presupuestos fundamentales, como son el daño, como elemento fundamental, al que debe sumarse una conducta antijurídica y culpable, vinculada por un nexo de causalidad con aquel resultado lesivo.

156 Junyent Bas, Francisco, Responsabilidad civil de los administradores, Córdoba, Advocatus, 1998.

Desde esta perspectiva, resulta prudente señalar que cuando se configuran los presupuestos de la concursalidad, la sociedad puede concursarse, pues constituye el ejercicio regular de un derecho plasmado en la ley 24.522 y no puede presumirse una actuación antifuncional de los administradores y/o socios sin contar con el informe general del síndico que se pronuncia al respecto, de conformidad al artículo 39, inciso 6, LCQ, que establece el deber el de informar (tratándose de una sociedad) si los socios realizaron regularmente sus aportes, y si existe responsabilidad patrimonial que se les pueda imputar por su actuación en dicho carácter.

Una interpretación tradicional de la norma del artículo 39, inciso 6, LCQ, llevaría a limitar este deber a los supuestos de integración y valuación de los aportes. Empero, innovando dentro de lo tradicional, coincido con la opinión de aquella doctrina que proyecto este presupuesto normativo al supuesto de aportes insuficientes, más puntualmente: cuando la suma de los aportes no se corresponda con la actividad concreta perseguida o desarrollada.

Ahora bien, y por aquello que toda manda legal no debe ser interpretada de manera aislada, sino sistemáticamente (art. 2, CCyC) entra a campear lo previsto en la norma del artículo 175, LCQ, que bajo el título: "Socios y otros responsables" reza: "*El ejercicio de las acciones de responsabilidad contra socios limitadamente responsables, administradores, síndicos y liquidadores, corresponde al síndico*", traduciendo en lenguaje de derecho concursal el esquema de responsabilidad regulado sobre las bases del sistema de derecho común, en el de derecho societario (arts. 274 y ss. LGS).

Cuando se alude a: "*socios limitadamente responsables*", inmediatamente viene a la mente el presupuesto normativo del artículo 54, párrafo 1, LGS. En efecto, y por imperativo legal: "*El daño ocurrido a la sociedad por dolo o culpa* ***de socios*** [...] *constituye a sus autores en la* ***obligación solidaria*** *de indemnizar*"[157], manda legal que si bien legisla un mecanismo protectorio a favor de la sociedad (legitimación sustancial) nada obsta a que por vía de subrogación (acción subrogatoria) pueda ser utilizado por aquellos que intenten componer (o recomponer) el patrimonio social[158].

157 El resaltado me pertenece.

158 En el derecho norteamericano la subcapitalización material se ha abordado desde la doctrina de la desestimación de la personalidad jurídica. En la doctrina alemana se han planteado otras posibilidades con distintos fundamentos de responsabilidad y distinto alcance (*v. gr.*: *Normandwendungstheorie; Theorie der Vermo genstrennunng*). Incluso, parte de la doctrina a la que he seguido en este tema ha sostenido: "El régimen de la responsabilidad extracontractual [...] ofrece un camino adecuado para llegar a la responsabilidad de los socios por infracapitalización material" (cfr.: Errarte Gpolpetxea Rosa O., *La responsabilidad de los socios por la infracapitalización de su sociedad*, Edit. Aranzadi, Navarra, año 2011, p. 27).

En efecto, partiendo de la premisa de que la garantía patrimonial de los acreedores no solo comprende las cosas que integran el patrimonio de su deudor, sino todos sus bienes y derechos susceptibles de apreciación pecuniaria, en tanto no se encuentren excluidos (arts. 15, 243 y 742, CCyC) cuando el deudor no activa los mecanismos tendientes a la protección de sus derechos, y con dicha inactividad (acción por omisión) afecta la garantía patrimonial de sus propios acreedores, el ordenamiento concede a estos últimos legitimación para ejercer judicialmente los derechos que su deudor deja abandonados, mediante la acción de subrogatoria (arts. 739 y ss. CCyC)[159].

Ahora bien, la regulación que introduce el Código Civil y Comercial en el artículo 160, y muy especialmente en los 1.708 y siguientes, viene a impactar en el esquema societario, pues reestructura los presupuestos fundamentales del régimen de reparación.

A su vez, la conceptualización del dolo, en cuanto incorpora la "manifiesta indiferencia para los derechos de terceros", también implica un cambio de factores de atribución que debe ponderarse.

Por su parte, no podemos dejar de ponderar el artículo 2543 del CCC, en cuanto en el inciso "d" establece como causal de suspensión de la prescripción entre las personas jurídicas y sus administradores la circunstancia de que continúen en ejercicio del cargo.

Por último, cabe debatir si ante la ausencia de plazo de prescripción en la ley 19.550, las acciones de responsabilidad prescriben a los tres años, de conformidad al artículo 2.561 del CCC, o están sujetas al plazo general del artículo 2.560, tal como sostiene alguna doctrina.

II.- El esquema concursal

Por su parte, el régimen de responsabilidad en la ley 24.522 constituye uno de los capítulos más importantes de dicho estatuto. Las acciones regladas en los artículos 173 a 176 habilitan el resarcimiento de los daños que los representantes, administradores, mandatarios o gestores de ne-

159 A través de esta acción, el sistema de derecho común, le concede a los acreedores la facultad extraordinaria de inmiscuirse en relaciones de obligación que le son absolutamente ajenas, emplazándolo en calidad de tercero interesado respecto a dichas obligaciones. Incluso, quedan habilitados para hacer lo propio en la gestión respecto de ciertos derechos patrimoniales de su deudor, con los que no tiene relación directa. Esto responde a una razón específica: "Si el *patrimonio* del deudor es la garantía de sus acreedores, los créditos que el deudor tiene respecto de terceros y los demás derechos patrimoniales forman parte de dicha garantía, pues integran la propiedad del deudor (art. 17 Const. Nac.) […] En este marco, es razonable que ante la *inacción* del deudor, conducta que *lesiona* el derecho de crédito del acreedor, se le permita a esta último suplir dicha inercia, con la finalidad antes enunciada" (cfr.: Ossola Federico A. *Obligaciones*; *ob., cit.*, pp. 848/849).

gocios del fallido le hayan infringido a la empresa insolvente. Asimismo, el esquema legal establece la responsabilidad de terceros, es decir, de aquellos que de cualquier forma hayan participado dolosamente en actos tendientes a la disminución del activo o exageración del pasivo.

La ley contiene dos tipos de acciones; una denominada "concursal" propiamente dicha, que es aquella que se endereza en contra de los administradores y/o terceros que con sus "conductas torpes" han provocado o facilitado el estado de cesación de pagos; y la otra, "asunción de la acción societaria", reglada en la ley 19.550 para perseguir también las "inconductas" de los administradores por el mal desempeño de sus cargos.

La acción concursal propiamente dicha requiere como factor de atribución el "dolo", y ello impone la consideración del sentido y alcance de este término, máxime luego de la unificación del Código Civil y Comercial, cuyo artículo 1.724 en su último párrafo expresa: "*El dolo se configura por la producción de un daño de manera intencional o con manifiesta indiferencia por los intereses ajenos*".

Cabe analizar si el precepto aludido puede ser aplicado en el ámbito concursal, atento el principio establecido en el artículo 150 del nuevo CCC.

III.- El impacto del nuevo ordenamiento en los microsistemas

Desde esta perspectiva, surge entonces el debate sobre si este "ensanchamiento" del concepto de dolo es aplicable a las leyes societaria y concursal. En una palabra, se pone en juego la integración y aplicación entre el régimen de responsabilidad del Código Civil y Comercial y el de las leyes especiales.

Alguna doctrina entiende que en función del orden de prelación establecido por los artículos 150 y 1.709 del CCC no es factible aplicar la nueva concepción de dolo en materia societaria y concursal, pues de los textos en estas materias, como microsistemas especiales, se derivaría que las conductas deben ser "intencionales" y que, consecuentemente, la "manifiesta indiferencia por los intereses ajenos" no deviene aplicable, pese a que el Código Civil y Comercial establece los presupuestos fundamentales del régimen de responsabilidad o del derecho de daños, por prevalecer la ley especial.

Por el contrario, otra corriente de opinión entiende que cuando la ley societaria y concursal hacen referencia al "dolo", no contienen conceptualización alguna y, consecuentemente, el nuevo régimen de responsabilidad del CCC resulta plenamente aplicable en orden a qué debe entenderse por actuación dolosa, pues no se trata de un problema de prelación de leyes, sino de integración del sistema.

En este sentido, cabe puntualizar que la doctrina especializada advertía la necesidad de ampliar el factor de atribución subjetivo y así debatía si era viable la aplicación del dolo eventual a las conductas descriptas en el artículo 173 de la ley 24.522.

Por su parte, y con relación a las acciones societarias, cabe destacar que, desde hace mucho tiempo, sosteníamos y mantenemos la opinión de que aquellas articulan un régimen de responsabilidad unitario, que se devenga del ejercicio del cargo, y por consiguiente superaba y supera cualquier distinción que se pretenda entre responsabilidad contractual y/o extracontractual y que abreva en el esquema general del Código Civil y Comercial en cuanto a los conceptos de dolo, abuso del derecho y culpa.

La responsabilidad de los administradores societarios se origina por el mal desempeño del cargo y no por las características de su designación, de allí que la distinción que supieron hacer la doctrina y la jurisprudencia entre el ámbito contractual y extracontractual no constituye una correcta hermenéutica del esquema legal.

Hoy, a la luz de la unificación que impone el nuevo ordenamiento Civil y Comercial —a partir de los artículos 1.708 y siguientes—, podemos descubrir que la Ley de Sociedades y el régimen concursal habían avanzado en esta misma línea.

IV.- El esquema societario

Desde esta atalaya, y en el ámbito societario, se puede afirmar que tanto la antijuridicidad material como el factor de atribución subjetivo surgen con meridiana claridad del artículo 59 de la ley 19.550, que hace responsable al administrador que viola el "deber de diligencia y lealtad" del buen hombre de negocios.

Por ello, le asiste razón a Dobson[160] cuando afirma que la diligencia requerida del administrador se adecúa al tiempo y lugar, pues el estándar del "buen hombre de negocios" debe conjugarse con el artículo 512 del CC, hoy 1.724 del CCC.

Por su parte, Rivera[161] señala que en el caso de la Ley de Sociedades la distinción con el régimen de apreciación de la "culpa in concreto" es solo aparente, pues —en los sistemas que siguen la apreciación en abstracto— no puede omitirse la consideración a las circunstancias concretas de la actuación del sujeto.

160 Dobson, Juan I., El interés social como protección del objeto social, LL suplemento especial "Sociedades Comerciales", dirigido por Julio C. Rivera, diciembre 2004, p. 54.
161 Rivera, Julio C., Responsabilidad de administradores y síndicos, Daños en la actividad comercial, *Revista de Daños* 2001-3, Santa Fe, Rubinzal Culzoni.

En definitiva, el administrador societario deberá obrar con la diligencia de un buen hombre de negocios, tomado como modelo, diligencia que deberá apreciarse según las circunstancias de las personas, tiempo y lugar, y la actuación presumible de un comerciante experto ante la misma.

En igual línea de pensamiento, se advirtió que las bases normativas de la responsabilidad por daños regladas en el Código Civil servían de sustento al régimen especial de la ley societaria, y así Mosset Iturraspe[162] señaló que existía un factor de atribución "tornasolado", es decir, que no podían dejarse de lado las consideraciones concretas de cada caso, según la naturaleza de la obligación y las circunstancias de las personas, tiempo y lugar.

V.- El ámbito concursal

Desde la perspectiva del régimen concursal, la circunstancia de que el artículo 173 requiera que las conductas regladas sean a título de dolo, de ningún modo permite afirmar que dicho concepto responde al viejo artículo 1.072 del CC, es decir, la intención de dañar.

En efecto, la nueva comprensión que establece el artículo 1.724 del CCC, cuando refiere también a la manifiesta indiferencia por los derechos del otro, implica claramente una conducta que permite representarse el daño que se puede ocasionar y, pese a ello, no se toman las medidas preventivas y funcionales para ajustar la conducta a los parámetros legales.

Dicho derechamente, no puede argumentarse que los artículos 150 y 1.709 del CCC impiden la aplicación del nuevo concepto de dolo incorporado por el ordenamiento civil y comercial.

VI.- La necesidad de una hermenéutica que respete la correcta télesis del sistema

En una palabra, el régimen de responsabilidad societario y concursal no contiene todos los conceptos que articulan los presupuestos básicos que se sustenta en el esquema general establecido por el Código Civil y Comercial.

Así, no cabe apartarse de los conceptos de daño, relación de causalidad, dolo y culpa reglados en los artículos 1.708 y siguientes. El esquema de prelación del artículo 150 del ordenamiento no torna a los microsistemas en "mundos impermeables", sino que corresponde realizar el correcto diálogo de fuentes para una adecuada hermenéutica, lo que se pone de

162 Mosset Iturraspe, Jorge, Responsabilidad por daños, Tomo II, Buenos Aires, Ediar, 1981, Nº 42.

relieve cuando se configuran los presupuestos de una alternativa concursal, sea preventiva o liquidativa.

En rigor, las acciones de responsabilidad se disparan en el supuesto de falencia, pues en el concurso preventivo homologado no existe antijuricidad que pueda predicarse del acuerdo conformado por los acreedores y el deudor se ha limitado a hacer uso del ejercicio regular de un derecho (art. 1.718 CCCN).

Asimismo, el concepto de dolo en las acciones de responsabilidad se corresponde con la caracterización reglada en el artículo 1.724 del CCCN, por lo que comprende la manifiesta indiferencia por los intereses ajenos.

Todos estos aspectos merecen un abordaje desde el denominado "diálogo de fuentes", que hemos esbozado en la presente comunicación, con la finalidad de introducirnos en un tema complejo, pero que merece una respuesta adecuada a los nuevos tiempos, y donde la interpretación del bloque de juridicidad del Código Civil y Comercial con los microsistemas de la ley societaria y la concursal resulte una derivación "razonable" del derecho.

SUBCAPITALIZACIÓN CALIFICADA Y QUIEBRA DE LA SOCIEDAD —EXTENSIÓN DE RESPONSABILIDAD A LOS SOCIOS DE RESPONSABILIDAD LIMITADA QUE LA HICIERON POSIBLE O QUE NO LA EVITARON—

MACAGNO, Ariel A. G.

Ponencia

En aquellos tipos societarios en los que la responsabilidad de los socios está limitada al capital social, de acreditarse que la persona jurídica (sociedad) está incursa en una situación de subcapitalización calificada (sea esta de origen o devenida en su desarrollo funcional), debe quedar así reflejado en el informe general que elabore el síndico por aplicación al caso de lo previsto en la norma del artículo 39, inciso 6, LCQ. Luego, para el caso de quedar demostrado que a causa de la mentada situación se produjo o se agravó la situación de insolvencia al punto de haberse constituido en la causa etiológica de la declaración de su quiebra, quedará expedita la posibilidad de imputar derechamente a los socios que la hicieron posible o que no se ocuparon de evitarla (cuando estaban en condiciones de hacerlo) la responsabilidad por los daños causados a los acreedores por efecto de esa contingencia llamada *subcapitalización calificada*.

Fundamentos

La concesión de la responsabilidad limitada al capital aportado representa un beneficio, entendido como esa ventaja traducida en el derecho de responder frente a las deudas de la sociedad hasta el límite de ese aporte, y se aísla así (como regla) su patrimonio personal.

Esta realidad se vuelve más patente en las sociedades de capital en las que predomina un tinte personalizado[163]. En este esquema, queda en claro que la limitación de la responsabilidad apareja que los socios solo

163 De hallar un motivo que lo justifique, de seguro radicaría en la indisoluble vinculación entre poder de dirección y riesgo, por un lado, y del vínculo entre el derecho a obtener beneficios y la obligación de soportar las pérdidas, por el otro —cfr.: Manovil, Rafael M. Responsabilidad de los socios por insuficiencia del capital propio (el modelo alemán); trab. pub. en: Gómez Leo, Osvaldo R. (coordinador), *Derecho Empresario Actual*, Edit. Depalma, Bs. As., año 1996, pp. 601/630—.

soportan parcialmente el riesgo que depara el desarrollo de la empresa (hasta el límite de su aportación). Luego, si al fracaso del proyecto le sigue la extinción de la persona jurídica (sociedad), los acreedores habrán de soportar la porción de las pérdidas, pues el desenlace más probable es el de que sus créditos no san completamente satisfechos[164].

Esta realidad que se configura a partir del esquema en el que aparece diagramada la persona jurídica (sociedad) en el sistema de derecho societario necesariamente debe conjugarse (en cuanto a su alcance objetivo) con lo previsto en la norma del artículo 2 LGS, manda legal a partir de la cual es dable colegir que la limitación de la responsabilidad **no debe** constituirse **exclusivamente** en un medio de traslación unilateral del riesgo de la empresa económica a los acreedores sociales, distorsionándose su propia finalidad (art. 1, LGS)[165].

Desde esta perspectiva de ponderación, la personalidad jurídica (centro de imputación diferenciado) y la limitación de la responsabilidad en los tipos societarios que así lo prevean son técnicas que funcionan mientras se configuran (y se mantienen constantes) sus presupuestos.

Los socios son libres para determinar la cuantía del capital con el que constituyen la persona jurídica (sociedad), pero ello no los libera de la responsabilidad de los efectos que acarrea la mentada decisión cuando de ella derivasen daños que afectan a los acreedores de la persona jurídica (sociedad)[166]. Y aclaro: es irrelevante que la falta de que se trata existiera desde su fundación o que proceda de pérdidas imprevistas o de una ampliación de actividades desarrolladas sin reforzar al mismo tiempo los fondos de capital (propio)[167].

El sistema de derecho de sociedades no ha previsto una norma expresa que contemple una solución para la situación descripta. Empero, y sobre la base del abuso del derecho (art. 10, *ibid.* —ex art. 1.071, CC—), vale imputar a los socios en forma personal los daños causados por subcapitalización (o lo que es lo mismo: ampliando su responsabilidad más allá de los aportes que integran el capital social)[168].

164 Coincido en que de esta manera los socios reciben todas las ganancias de la actividad de riesgo realizada, pero no soportan todos los costes, que se trasladan parcialmente a los acreedores o, al menos, en aquellos que carecen de capacidad para exigir la constitución de garantías adicionales (cfr.: Sánchez Rus, Heliodoro, *El capital social. Presente y futuro*. Edit. Civita, Madrid, año 2012, p. 70).

165 Halperin, Isaac, El concepto en el proyecto de ley de sociedades comerciales; *RDCO*, 1960, 2, núm. 9, p. 265.

166 Paz Ares C. La infracapitalización. Una aproximación contractual. *RDS*, año II, 1994, pp. 262 y ss.

167 Ulmer, Peter, *Principios fundamentales del Derecho alemán de sociedades de responsabilidad limitada*. Edit. Civitas, Madrid, año 1998, p. 94.

168 Nissen, Ricardo A. La infracapitalización de sociedades y la responsabilidad de los socios. *Rev. Soc. y Conc.*, N°. 1, nov.-dic. 1999, p. 18. En contra: López Tilli, Alejandro.

Esta responsabilidad personal que les cabe a los socios por subcapitalización material calificada presupone la insuficiencia de los fondos propios de la sociedad para hacer frente a las necesidades que plantea el objeto social[169]. Frente a ello aparece el problema de la equitativa distribución del riesgo entre los socios y los terceos que contratan con ella[170], cuya solución primera trasunta en la necesidad de un equilibrio entre la libertad de financiación (más allá del capital mínimo legalmente exigido) que se les reconoce a los socios y la imperiosa y recíproca finalidad de proteger los intereses de los acreedores sociales[171]. Y dicha contingencia no se corrige con el financiamiento externo (aunque este lo fuera por parte de los mismos socios), pues la sustitución del capital propio por estos medios alternativos de financiación traslada una porción directamente proporcional del riesgo empresario a los acreedores[172]. Tampoco con el esquema de autoprotección que se les reconoce a los acreedores, pues no todos están en las mismas condiciones frente a su deudor para asegurarse[173].

Financiamiento de la empresa. Edit. Astrea, Bs. As., año 2010, pp. 91 y ss.; Fernández de la Gándara. *Tradición y reforma en el nuevo Derecho de Sociedades de Responsabilidad Limitada*; trab. cit. por: Baldó Roda, Carmen. *Levantamiento del velo y persona jurídica en el Derecho privado español*. Edit. Anzadi, Navarra, año 2000, p. 427, nota 256.

169 La doctrina judicial terminó definiendo a la subcapitalización o infracapitalización real o material como la situación que se presenta cuando el capital propio de la sociedad no es suficiente para satisfacer, de acuerdo con el tipo y dimensión de la actividad económica efectiva o propuesta, las necesidades financieras de mediano y largo alcance, no susceptibles de ser normalmente cubiertos por créditos de terceros (cfr. CNCom. Sala A, 29/12/2014, *in re*: "Shirley SA c. Ruderman, Shirley Ivette"; 26/11/2015, *in re*: "Isabella, Pascual y otro c. Bingo Caballito SA y otro sobre ordinario"; en doctrina: Méndez, Juan J. Responsabilidades emergentes de la infracapitalización societaria; *RDCO*, 2005-A, pp. 666, 675 y 676).

170 Por lo general, el incumplimiento responde a una decisión meditada del incumplidor que transfiere su problema a su acreedor, no satisfaciendo su acreencia, permitiéndose la posibilidad de que su empresa siga en marcha pese a la falta de capital o medios financieros suficientes para la continuidad de su giro.

171 Vale aclararlo: cuando se alude a subcapitalización, me estoy refiriendo a la material (y no a la nominal), o sea: cuando el capital propio de la sociedad no es suficiente para satisfacer, conforme el tipo y dimensión de la actividad económica efectiva y propuesta para desarrollar su objeto, las necesidades financieras de mediano y largo plazo no susceptibles de ser normalmente cubiertas por créditos de terceros (cfr. Ulmer, Peter. *Gesellschafterdarlehen und Unterkapitali-sierung bei…*; cit. por Manóvil, Rafael M. *Responsabilidad de…*; *ob. cit.*, p. 621, nota 56).

172 No obsta lo que vengo exponiendo el hecho de que los socios sustituyan el mentado capital con financiamiento externo, aunque fueran provistos por ellos mismos. Y ello así porque, tal como lo ha puesto de relieve la doctrina a la que sigo en este tema: "En lugar de capital propio, inexigible por definición, en el pasivo aparecerán créditos exigibles de sujetos acreedores. A la hora de la liquidación o del concurso querrán participar *pari passu* con los demás para distribuirse en primer término el activo social" (cfr. Manóvil, Rafael M. *Responsabilidad de…*-; *ob, cit.*, pp. 610 y ss.).

173 La sanción de imputar la responsabilidad derivada de la subcapitalización encuentra más sentido en los casos de los acreedores no contractuales (extracontractuales, cuasicontractuales y legales) y de los pequeños acreedores (acreedores comerciales y trabajadores), quienes carecen de las posibilidades de los acreedores institucionales y financieros para protegerse contra los riesgos de la infracapitalización. Con relación al tema,

Todo me lleva a sostener como premisa basal que la limitación de responsabilidad no significa que los socios se desentiendan de manera unilateral del entramado de relaciones jurídicas que la sociedad hubiera concertado.

Tratándose de un tipo en los que se limite (o excluya) la responsabilidad de los socios, cuando el estado de subcapitalización de la sociedad sea calificado, evidente y tenga relevancia jurídica[174], de producirse algún perjuicio hacia los terceros que se vincularon con la sociedad, debe repararse. Para ello, vale echar mano a lo previsto en la norma del artículo 54, párrafo 1, LGS, manda legal que si bien legisla un mecanismo protectorio a favor de la sociedad (legitimación sustancial), nada obsta a que pueda ser utilizado por aquellos que intenten componer (o recomponer) el patrimonio social vía acción subrogatoria (arts. 739 y ss., CCyC).

Incluso, podría lograrse un resultado similar a partir de la aplicación de lo previsto en la norma del artículo 54, último párrafo, LGS, cuando se acreditan sus presupuestos[175]. Eso sí: con mirada restrictiva para evitar expandir a cualquier costa las causales de responsabilidad y el elenco de

la doctrina se ha ocupado por sostener: "En el supuesto de los acreedores no contractuales, puesto que el carácter voluntario de la relación impediría el ajuste contractual. En el de los pequeños acreedores, porque tendrían que incurrir en grandes costes de inversión para obtener la información necesaria que les permitiera calibrar el grado de infracapitalización de la sociedad y, por consiguiente, su nivel de riesgo. En todo caso, la aplicación de dicha sanción quedaría restringida a caos excepcionales, por la vía del levantamiento del velo, y a favor de este segundo tipo de acreedores: los extracontractuales y los llamados 'ignorantes'" (cfr. Baldó Roda, Carmen. *Levantamiento del…*; *ob. cit.*, pp. 428/429).

174 Comparto con la doctrina que la relevancia jurídica estará dada en la medida en que dicho estado o situación en la que se encuentra la sociedad: "a) produzca una transferencia ilícita de riesgo propios del negocio societario a terceros; b) se trate lógicamente de sociedades cuyos accionistas responden en forma ilimitada; c) sea generado como consecuencia de algún incumplimiento —en el caso de los accionistas o socios de responsabilidad limitada— a las obligaciones asumidas en virtud del 'estado de socio'; —y en el caso de los administradores— una violación a los dispuesto en los artículos 59 y 274, de la ley de sociedades; y d) se cumpla con los presupuestos de la responsabilidad civil" (cfr. Méndez, Juan J. *Infracapitalización*; *ob. cit.*, p. 250).

175 Si los socios no dotan a la sociedad de un capital adecuado para el desarrollo de la actividad que sea necesaria para la consecución del objeto social, se desnaturaliza por omisión el rol que desempeña (o debe desempeñar) el capital propio para proteger a los terceros que se relacionan con aquella. Frente a ello, la limitación de la responsabilidad en aquellos tipos que así lo prevean cede al quedar sin fundamento y, por lo tanto, responderán ilimitadamente respecto de los acreedores por los daños derivados de dicha situación antifuncional o disfuncional. La doctrina que comparte esta línea argumental ha puesto de relieve: "Corresponderá a los tribunales, mediante *la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo*, decretar dicha responsabilidad ilimitada"; y se aclara: "Se trata de un remedio excepcional al que debe recurrirse 'en aquellos casos límite en que se observe que la capitalización de la sociedad es manifiestamente y sin asomo de duda desproporcionada al nivel de riego de la empresa programada para la explotación del objeto social'" (cfr.: Baldo Roda, Carmen. *Levantamiento del…*; *ob. cit.*, pp. 447/448).

sujetos pasivos a quien imputarlas[176]. Puede suceder que los socios no se ocupen por controlar la suficiencia del capital social y adoptar los mecanismos necesarios para su aumento (arts. 194 a 197, 234, 235, LGS). Esta situación, a su vez, puede ser el disparador de un estado de insolvencia definitiva. Ya en el marco de un proceso de quiebra, esta realidad deberá reflejarse en el informe general (art. 39, inc. 6, LCQ) proyectando su presupuesto normativo al caso de aportes insuficientes (cuando la suma de los aportes no se corresponda con la actividad concreta perseguida o desarrollada para satisfacer el objeto).

Frente a ello, los socios deberán responder frente a la masa concursal hasta la integración de la diferencia entre el capital efectivamente aportado y aquel necesario para el desarrollo de la concreta actividad emprendida[177]. Para llevar adelante tal cometido, entra a campear lo previsto en la norma del artículo 175 LCQ. Y, cuando se alude a "*socios limitadamente responsables"*, inmediatamente me viene a la mente el presupuesto normativo de la norma del artículo 54, párrafo 1, LGS[178].

Incluso, en un todo de acuerdo con la doctrina, la referencia que hace a los socios limitadamente responsables (sin distinción alguna) amplía la interpretación que las circunscribe al daño producido a la persona jurídica (sociedad) por dolo o culpa de los socios controlantes, para abarcar los daños sufridos por los terceros[179].

176 Manóvil, Rafael M. Algunas incidencias del Código Civil y Comercial sobre la responsabilidad de los directores de sociedades anónimas; *Acad. Nac. de Derecho*, Buenos Aires, 2016 (septiembre) 5. Cita *on* line: AR/DOC/3449/2016. En un sentido, similar: Rivera, Julio C. *Estudios de Derecho Privado*. Edit. Rubinzal Culzoni, Sta. Fe, año 2006, pp. 610/611.

177 La doctrina a la que adhiero en este punto aclara que la sanción para la infracapitalización manifiesta individualizada en la responsabilidad de los socios será en particular en todos cuando el déficit sea originario, y solo respecto de los socios de control o controlantes para el caso de que sea sucesiva (cfr.: Badolá, María C. y Jelonche, Paola H. Responsabilidad de los socios con responsabilidad limitada por infracapitalización de la sociedad en quiebra; *Derecho Concursal Argentino e Iberoamericano*. Tomo **III. Edit. Ad-Hoc, Bs. As.,** año **1997; pp. 351 y ss.** *Responsabilidad de…*; *ob. cit.*, pp. 352/353).

178 En el derecho norteamericano, la subcapitalización material se ha abordado desde la doctrina de la desestimación de la personalidad jurídica. En la doctrina alemana se han planteado otras posibilidades con distintos fundamentos de responsabilidad y distinto alcance (*v. gr.*: *Normandwendungstheorie; Theorie der Vermo genstrennunng*). Incluso, parte de la doctrina a la que he seguido en este tema ha sostenido: "El régimen de la responsabilidad extracontractual […] ofrece un camino adecuado para llegar a la responsabilidad de los socios por infracapitalización material" (cfr. Errarte Gpolpetxea, Rosa O. *La responsabilidad de los socios por la infracapitalización de su sociedad*. Edit. Aranzadi, Navarra, año 2011, p. 27).

179 En este sentido se ha pronunciado la doctrina sobre la base de la trascendencia que tiene la responsabilidad asumida por los socios con relación a dichos terceros que contrataron con la persona jurídica (sociedad). Y así, a través de esta acción (art. 175 LCQ) podría imputarse responsabilidad a los socios limitadamente responsables cuando no han efectuado los desembolsos necesarios para el desarrollo de la concreta y real actividad comprendida. Es que la omisión de capitalizar a la sociedad y el desprecio de la función de garantía que frente a terceros cumple el capital social constituye culpa grave de los socios, en la medida

Conclusión

La imposibilidad material de hacer frente a un pasivo de la sociedad la coloca en un estado o situación de subcapitalización que (de darse los presupuestos condicionantes) engastaría en el presupuesto normativo descripto.

En efecto, cuando en la persona jurídica (sociedad) el capital propio y la actividad que ha desarrollado durante su faz activa muestran una desproporción (o desfasaje) evidente (subcapitalización calificada) y dicha situación o estado no es subsanado, su actuación en adelante termina comprometiendo la viabilidad de la propia forma, pues queda afectada la finalidad que se tuvo en mira para reconocer a la sociedad como sujeto de derecho (art. 2).

El beneficio de la responsabilidad limitada se mantiene incólume mientras se corresponda con la forma (persona jurídica) y en tanto su financiamiento (capital propio) guarde una razonable actualización en comparación con el patrimonio de la persona jurídica (sociedad) que le permita afrontar durante toda su vida activa el desarrollo de la actividad que constituye su objeto[180].

Cuando media entre ellos una desproporción evidente (subcapitalización calificada), la limitación de la responsabilidad puede ser revisada en el caso concreto[181]. Y, en su caso, los socios podrían responder por la diferencia entre el capital efectivamente aportado y el que hubiera sido realmente necesario para desarrollar la actividad contenida en el objeto[182].

---

que dicha actuación permite, facilita y prolonga la disminución de la responsabilidad patrimonial de la sociedad deudora (cfr. Nissen, Ricardo A. La infracapitalización de sociedades y la responsabilidad de los socios; *Panorama actual de derecho societario*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000, p. 32).

180 El tema de la adecuada financiación se alza como cuestión importante para el reconocimiento del pleno efecto de la personalidad societaria a los fines de limitar la responsabilidad de los accionistas (cfr. Rovira, Alfredo. *Temas de Derecho Comercial Moderno*. Edit. Depalma, Bs. As., año 1998, p. 220).

181 El beneficio de la limitación patrimonial del que gozan los socios en los tipos societarios que así lo prevén cobra sentido cuando el capital propio es proporcional al nivel de gastos o al pasivo. Como lo ha puesto de relieve la doctrina, a nadie debe sorprender que, en el marco de una interpretación sistemática de la Ley de Sociedades, se imponga la necesidad de contar con un capital adecuado a esos gastos, con la consiguiente obligación de los socios de efectuar los desembolsos que sean necesarios para alcanzar tales topes. Caso contrario, aquel beneficio se pierde y responderán en forma solidaria e ilimitadamente (cfr. Nissen, Ricardo A. *Curso de derecho societario*. Edit. Hammurabi, Bs. As., año 2015, p. 55).

182 Frente a la aparición de un pasivo que fuera omitido en el procedimiento de liquidación tras la cancelación de la inscripción del contrato de sociedad en el Registro Público, de acreditarse la situación o estado de subcapitalización calificada, para lo cual no se puede prescindir de que el hecho que no se hubiera repartido activo remanente (o que de haber mediado cuota de liquidación, ella no alcanza para cubrir la obligación insatisfecha) se alza como un elemento de prueba objetivo (fuerte indicio) los socios responderán solidariamente hasta la integración de la diferencia existente entre el capital efectivamente aportado y

Si contingencias acaecidas durante la vida activa de la sociedad determinasen que el contravalor patrimonial de la cifra capital (capital propio) cayese por debajo del valor expresado por dicha cifra, los socios deberían responder (sin distinción de tipos) en forma solidaria e ilimitada hasta su reintegración (art. 54 LGS).

Si los socios responden por la integración de los aportes al tiempo de la constitución (arts. 37, 146, 150 y 163 LGS) en la misma medida deberían soportar las contribuciones debidas frente a un supuesto de subcapitalización calificada.

Así como los socios se obligan a realizar aportes para participar de las ganancias, no es ilógico exigirles que soporten las pérdidas en la misma proporción, pues de admitirse algo diferente, habría que convalidar que se traslade el riesgo por el desarrollo de la actividad empresaria hacia los acreedores de la sociedad.

el necesario para llevar adelante el desarrollo de la concreta actividad emprendida. La doctrina se ha mostrado conteste con este pensamiento (cfr. Badolá, María C. y Jelonche, Paola H. Responsabilidad de los socios con responsabilidad limitada por infracapitalización de la sociedad en quiebra; *Derecho Concursal Argentino e Iberoamericano*. Tomo **III. Edit. Ad-Hoc, Bs. As.,** año **1997, pp. 351 y ss.).**

EL SÍNDICO CONCURSAL ANTE LAS ACCIONES DE RESPONSABILIDAD SOCIETARIAS INICIADAS DEFICIENTEMENTE

CASADÍO MARTÍNEZ, Claudio A., LÓPEZ RADITS, Ivan G. y LÓPEZ LAVOINE, Federico

Ponencia

En las quiebras de sociedades, el síndico puede incoar acciones de responsabilidad contra los administradores, sea las previstas por la LCQ o bien la LGS, las cuales guardan diferencias entre sí. No obstante, en ocasiones puede ocurrir que se encuentre con que existen acciones societarias en trámite, entonces cabe preguntarnos cómo puede actuar ante las mismas.

A partir del análisis de las previsiones legales de ambos cuerpos, interpretamos de *lege data* que el síndico que ha reemplazo a la sociedad debe requerir autorización al juez para poder desistir de la acción en trámite y *lege ferenda* proponemos que el síndico debería estar facultado para desistir de las acciones en curso entabladas por la sociedad cuando advierta que las mismas se encuentran planteadas deficientemente y poder iniciar nuevas, sin autorización judicial precedente, pero sujeto al cumplimiento de los recaudos previstos en el artículo 119 LCQ, es decir, con la previa aprobación de la mayoría simple del capital quirografario.

A tales fines, el síndico deberá presentar un informe en el expediente para poner en conocimiento de los acreedores los siguientes temas: 1. una correcta evaluación de las etapas procesales cumplidas previas al dictado de la sentencia, estableciendo ventajas y desventajas de culminar mediante este modo anormal del proceso; 2. la posibilidad de inicio de la misma acción fundada en nuevo aporte de pruebas y desarrollo jurídico; y 3. crítica fundada a la acción en curso.

I.- Normativa legal

La ley societaria (en adelante LGS) regula acciones contra los directores de las sociedades anónimas, que resultan aplicables analógicamente a los directivos de otros tipos sociales. En doctrina se las ha considerado divididas en dos grupos: las individuales, que pueden iniciar los socios, accionistas o terceros (art. 279), y societarias propiamente dichas, que puede

incoar la sociedad, previa resolución del órgano de gobierno (art. 276). Además, estas últimas también podrán ser iniciadas por los socios cuando no lo haga la sociedad (art. 277) o se hubieran opuesto formalmente a la gestión de los administradores y dicha oposición importe el 5% del capital social (276 *in fine*)[183].

Por su parte, la Ley de Concursos y Quiebras (en adelante, LCQ) prevé dentro del género de las acciones de recomposición patrimonial las acciones de responsabilidad contra quien dolosamente hubieren producido, facilitado, permitido o agravado la situación patrimonial del deudor o su insolvencia (art. 173 LCQ) y, paralelamente, se refiere a las societarias en caso de quiebra, pero debe quedar claro que no crea nuevas acciones, sino que, como indicásemos, se refiere a las societarias, previstas en la ley 19.550, en el artículo 175 LCQ, adaptándolas a la nueva situación falencial.

II.- Acción de responsabilidad concursal vs. acciones de responsabilidad societaria

Ambos tipos de acciones son independientes entre sí y hasta pueden promoverse en forma conjunta y acumulada[184], y encuentran en sus regulaciones diferencias sustanciales.

Las acciones sociales de responsabilidad que regula la LGS son medidas que procuran la defensa del interés social, mientras que la acción de responsabilidad en la quiebra como acción de recomposición patrimonial tiende a reconstruir el patrimonio a liquidar (interés directo de los acreedores).

En efecto, para la LGS las conductas antijurídicas previstas son varias, entre otras, el mal desempeño (arts. 59 y 274 LGS), violación de la ley, estatuto o reglamento (art. 274 LGS), violación de la prohibición de contratar (art. 271 LGS) realización de actos contrarios al interés social (art. 272 LGS) o en competencia (art. 273 LGS), abuso de control o de la personalidad jurídica (art. 54 LGS)[185]. Por el contrario, las acciones de responsabilidad concursal sancionan el haber producido, facilitado, permitido o agravado de la situación patrimonial del deudor o su insolvencia.

En cuanto al factor de atribución, también varía, ya que mientas la LCQ exige el dolo, la LGS solo requiere la culpa de no actuar como buen hombre de negocios (art. 59 LGS). En la responsabilidad societaria no existe una atribución objetiva de responsabilidad, la subjetividad nace de la

183 Graziabile, Darío, *Régimen Concursal*, Abeledo Perrot, T. III, pág. 911.
184 CNCOm. A, 14-5-09, Compañía Financiera Del Plata S.A. s/ Quiebra c/ Carlino Reynaldo F. y otro s/ Ordinario, MJ-JU-M-50236-AR|MJJ50236|MJJ50236.
185 Graziabile Dario, *Régimen Concursal*, Abeledo Perrot, T. III pág. 910.

culpa o dolo del sujeto pasivo que puede eximirse demostrando que su conducta estuvo ajustada a los parámetros previstos en el art. 59 LGS. En materia falencial se condenan los actos dolosos, ya que la ley no puede amparar el delito.

Además, en las acciones concursales debe resarcirse el daño causado al producir, facilitar, permitir, prolongar o agravar la situación patrimonial de la deudora, por lo cual el límite del reclamo será el pasivo (más gastos). Por el contrario, en una acción societaria se indemnizan los daños irrogados por los directores por mal desempeño de su cargo, sea con culpa o dolo, en este caso como su obligación es de medios (y no de resultados), la mera violación a la ley o estatuto genera responsabilidad, por lo tanto el daño resarcible no es ya el que se le produzca a los acreedores (por la insolvencia), sino a la sociedad, y si prospera y se obtienen más fondos que el pasivo, ese exceso se reintegrará a los socios de la sociedad[186].

III.- Las acciones societarias en la quiebra

Por un lado, la LGS prevé en su artículo 278: "*En caso de quiebra de la sociedad, la acción de responsabilidad puede ser ejercida por el representante del concurso y, en su defecto, se ejercerá por los acreedores individualmente*", y por el otro, el artículo 175 LCQ establece respecto de las acciones nuevas: "*El ejercicio de las acciones de responsabilidad contra socios limitadamente responsables, administradores, síndicos y liquidadores, corresponde al síndico*", y en el segundo párrafo —al regular sobre las acciones en trámite— estipula: "*Si existen acciones de responsabilidad iniciadas con anterioridad, continúan por ante el Juzgado del concurso. El síndico puede optar entre hacerse parte coadyuvante en los procesos en el estado en que se encuentren o bien mantenerse fuera de ellos y deducir las acciones que corresponden al concurso por separado*".

Cabe acotar que en este último supuesto el síndico solo podrá ser coadyuvante si la acción la está ejerciendo un socio. De hacerlo la sociedad, directamente lo reemplazará[187].

Dos cuestiones dudosas dividen las aguas de la doctrina y jurisprudencia.

En primer lugar, se debate si debe requerirse la conformidad de los acreedores para el ejercicio de las acciones societarias. Por la afirmativa

186 Graziabile Dario, *Régimen Concursal*, Abeledo Perrot, T. III pág. 913.
187 Graziabile Dario, *Régimen Concursal*, Abeledo Perrot, T. III pág. 914.

tenemos las opiniones de Rouillon[188], Graziabile[189] y Ribichini[190] en el tratado. En contra, se ha resuelto: "Si bien […] la cuestión es ciertamente opinable, puesto que prestigiosa doctrina sostiene que tal exigencia no constituye presupuesto de la acción de responsabilidad societaria ejercitada por el síndico en el marco del art. 175 de la LCQ. Se ha señalado, en tal sentido que dicha inaplicabilidad se justifica por cuanto al remitir la LCQ 176 a la aplicación supletoria de la LCQ en su art. 119 lo hace en lo pertinente, y que puesto que tal autorización es un recaudo excepcional debe interpretárselo con criterio restrictivo"[191]. La realidad es que no se terminan de comprender las razones de la limitación que nace del pedido de autorización previo, y el recaudo del último párrafo del artículo 176 debería derogarse.

Además, resulta controvertido si un acreedor puede sustituir al síndico e iniciar la acción societaria en la quiebra ante la inacción de aquel. Entendemos que la respuesta afirmativa a tal interrogante se impone, porque si bien el artículo 175 LCQ informa que tal legitimación "corresponde al síndico"; empero el ordenamiento concursal en el artículo 278 le otorga a los acreedores la facultad residual, ante la inacción del representante del concurso, a los acreedores individuales a ejercer la acción de responsabilidad ante la quiebra de la sociedad, posibilitando en consecuencia tal cuestión, tomando en consideración la remisión que formula el artículo 176 LCQ último párrafo.

IV.- El síndico ante las acciones societarias en trámite

Como quedo dicho, conforme la previsión concursal, ante la situación con que rotulamos este párrafo, el síndico puede desistir e iniciar la acción concursal o continuar el trámite de la ya entablada.

Al respecto, nos preguntamos qué acontece si el síndico al analizar la acción en trámite al momento de decidir el curso de acción más conveniente, advierte que la misma no ha sido planteada convenientemente o bien no se ofrecieron pruebas conducentes, en síntesis, fue planteada deficientemente.

188 Rouillon Adolfo, *Régimen de Concursos y Quiebras*, Astrea, 15 Edición, pág. 287.
189 Graziabile Dario, *Recomposición Patrimonial en la Insolvencia*, Erreius, pág. 516.
190 Ribichini Guillermo, Acciones de Recomposición Patrimonial, en *Tratado del Síndico Concursal*, Abeledo Perrot, pág. 492.
191 CNCom. D, 11-6-07, Confortar Hogar S.A. c/ Serrano Ernesto Lorenzo y otros s/ quiebra MJ-JU-M-13791-AR|MJJ13791|MJJ13791, En contra se resolvió: "Si la finalidad que ha inspirado al legislador ha sido asegurar que sean los propios acreedores de la masa quienes juzguen sobre la conveniencia de promover acciones en función del mayor o menor riesgo de soportar el concurso las costas, no cabe recurrir por vía de hipótesis a una interpretación restrictiva que lleve a obviar tal recaudo para las acciones contempladas en el art. 175 de la normativa falencial" CNCom. A 4-9-12, Genteamar S.A. s/ s/ Quiebra c/ Gentile Juan Carlos y otros sobre Ordinario MJ-JU-M-75681-AR|MJJ75681|MJJ75681.

V.- Inicio de nuevas acciones y, en su caso, desistimiento de la acción en trámite

Si la acción hubiera sido entablada por un socio, compartiendo la opinión de Alberti —citado por Nissen— estamos frente a una "apropiación por el concurso de la llamada acción de responsabilidad", motivo por el cual no debe interpretarse de manera contraria a la acción iniciada por la sociedad contra los directores antes de la quiebra, pudiendo el síndico optar por ser parte coadyuvante en dicho proceso o iniciar las acciones de responsabilidad que estime procedente —societaria o concursal—, ya que la legitimación de sindicatura para el inicio de cualquiera de ella nace con la quiebra de la sociedad y en el supuesto de análisis la acción entablada por el socio en los términos del artículo 278 LGS no puede ser óbice en tal sentido.

Ahora bien, si sindicatura advierte la deficiencia en la promoción de la acción de responsabilidad entablada de manera previa a la quiebra, ¿puede iniciar una nueva acción societaria? En nuestra opinión, habiendo sido ejercida la acción por la sociedad, como se dijo, el síndico actuará en su reemplazo en el carácter de parte actora y entonces deberá decidir directamente continuar o no el proceso tal como está planteado, ya que el principio de procesal de preclusión deviene inquebrantable.

¿Puede en estos supuestos desistir del proceso e iniciar uno nuevo con idéntico objeto? Siempre y cuando solo desista de la acción, la respuesta es afirmativa, pero surge de la cuestión de quién cargará con las costas del proceso desistido, ante la previsible oposición de los accionados, que obviamente pretenderán que continúe el proceso (que por hipótesis al estar mal planteado, discurre en forma favorable a sus intereses).

Debe tenerse presente que si la sociedad de manera orgánica "decidió" iniciar previo a la inexorable quiebra una demanda dolosamente dirigida al fracaso en protección de los administradores infieles, impedir que el síndico pueda iniciar un nuevo proceso en la forma propuesta es —sin duda alguna— avalar y proteger el accionar antijurídico de los directores, ya que los limitantes de la acción de recomposición falencial del artículo 173 y siguientes requieren requisitos de procedencia y prueba sumamente más complejos que los exigidos por la norma societaria.

Por otra parte, estimamos que el síndico en el actual marco legal no podrá desistir del derecho *per se*, por cuanto para ello estimamos que se requiere autorización judicial conforme la previsión del artículo 182 LCQ segundo párrafo, que expresamente dispone: "*Se requiere autorización del juez para transigir, otorgar quitas, esperas, novaciones o comprometer en árbitros*".

Empero, ¿resulta esta norma aplicable al desistimiento de la acción que estamos analizando? Estimamos que sí, ya que desistir no solo puede implicar la imposición de costas a la sociedad fallida, sino que pueden derivar otras cuestiones, tales como la prescripción, que deben sopesarse y analizarse.

VI. Conclusión

Interpretamos de *lege data* el síndico que ha reemplazo a la sociedad debe requerir autorización al juez para poder desistir de la acción en trámite.

De *lege ferenda* proponemos que el síndico debería estar facultado para desistir de las acciones en curso entabladas por la sociedad cuando advierta que las mismas se encuentran planteadas deficientemente y poder iniciar nuevas, sin autorización judicial precedente, pero sujeto al cumplimiento de los recaudos previstos en el artículo 119 LCQ, es decir, con la previa aprobación de la mayoría simple del capital quirografario y sin pago de tributo previo.

A los fines de requerir y obtener la aprobación señalada, sindicatura deberá presentar un informe en el expediente que contenga:

1. una correcta evaluación de las etapas procesales cumplidas previas al dictado de la sentencia, estableciendo ventajas y desventajas de culminar mediante este modo anormal del proceso;
2. la posibilidad de inicio de la misma acción fundada en nuevo aporte de pruebas y desarrollo jurídico; y
3. crítica fundada a la acción en curso.

La aprobación para desistir de la acción en curso y la autorización para deducir una nueva demanda por responsabilidad se vincula derechamente con la posibilidad de que la masa deba cargar con las costas ante el eventual rechazo de la acción. Las que se generaron en la etapa previa —es decir por efecto de la acción desistida— son a cargo de la quiebra — previa concurrencia de sus legitimados— y serán parte del daño a resarcir en la demanda que se inicie.

LIQUIDACIÓN JUDICIAL DEL FIDEICOMISO. RECOMPOSICIÓN DEL PATRIMONIO FIDUCIARIO INSUFICIENTE Y LA EVENTUAL RESPONSABILIDAD DE SUS ADMINISTRADORES Y TERCEROS (ART. 173 LCQ)

VAZQUEZ GARCÍA, Federico

Ponencia

Resulta viable recurrir a las acciones de responsabilidad concursal (art. 173 LCQ) a fin de recomponer el patrimonio fiduciario en liquidación, dado que así se respetan los principios que rigen al proceso universal, sin que se adviertan incompatibilidades con la estructura propia del fideicomiso.

I.- Introducción

El presente trabajo intentará abordar la viabilidad de las acciones de responsabilidad concursal (art. 173 LCQ) en el caso de la liquidación judicial de un fideicomiso ante la insuficiencia de los bienes fideicomitidos para afrontar las obligaciones asumidas para su cumplimiento. Se analizarán las características particulares del contrato de fideicomiso, regulado por el Código Civil y Comercial. Asimismo, la procedencia de su liquidación judicial y, ante dicha instancia, la pertinencia en general de los preceptos concursales y, en particular, de la acción antes mencionada, ello de conformidad con lo dispuesto por el artículo 1.687 CCivCom. Finalmente, se intentará cotejar la aplicación de los principios que sustentan las normas concursales frente a la estructura particular del fideicomiso, ello para arribar a la procedencia de las acciones de responsabilidad reguladas por el artículo 173 LCQ frente a la liquidación judicial fiduciaria.

II.- Cuestiones preliminares

En primer lugar, resulta pertinente conceptualizar al fideicomiso, para luego describir la regulación legal de su liquidación ante una eventual insuficiencia del patrimonio afectado a su objeto y, finalmente, analizar la viabilidad de las acciones de responsabilidad ante dicha insuficiencia. El artículo 1.666 CCivCom establece: "*Hay contrato de fideicomiso cuando*

una parte, llamada fiduciante, transmite o se compromete a transmitir la propiedad de bienes a otra persona denominada fiduciario, quien se obliga a ejercerla en beneficio de otra llamada beneficiario, que se designa en el contrato, y a transmitirla al cumplimiento de un plazo o condición al fideicomisario". Del artículo transcripto se desprenden las características del instituto en estudio, a saber: la transferencia de bienes por parte del fiduciante; la afectación de dichos bienes a un fin determinado contractualmente, dando lugar a un patrimonio separado del de quienes intervienen en el fideicomiso; una parte (fiduciario) recibe la titularidad de los bienes y los administra para cumplir con el objeto contractual; y otra parte (beneficiario) recibe los beneficios de dicha administración.

De esta forma, serán partes del contrato de fideicomiso: el fiduciante (quien entrega los bienes), el fiduciario (quien recibe la titularidad de los mismos y los administra), el beneficiario (quien recibe los réditos de la administración) y el fideicomisario (a quien se transmite la propiedad al concluir el fideicomiso).

Entre los caracteres que definen al contrato de fideicomiso, encontramos a la creación de un patrimonio independiente y afectado al cumplimiento del objeto contractual. Este resulta el principal efecto del instituto en cuestión y encuentra expresa recepción normativa en el artículo 1.685 CCivCom, que dispone: "*Los bienes fideicomitidos constituyen un patrimonio separado del patrimonio del fiduciario, del fiduciante, del beneficiario y del fideicomisario*". La consecuencia directa del mencionado patrimonio de afectación es que las partes no responden con su patrimonio frente a las obligaciones asumidas para el cumplimiento del objeto contractual, sino que las mismas solo podrán ser satisfechas con el patrimonio fiduciario, afectado a tal fin.

En otras palabras: "*con el fideicomiso se constituye un "patrimonio autogestante" con una finalidad específica en orden a satisfacer a los beneficiarios y, en caso de remanente, retornar al fiduciante o en su caso al fideicomisario si se hubiese designado en el contrato*"[192].

III.- Liquidación judicial del fideicomiso

Mencionamos que —ante la insuficiencia de los bienes fideicomitidos— las partes no responden con su patrimonio, pero ¿cómo se liquida el patrimonio fiduciario incapaz de afrontar sus obligaciones? El artículo 1.687 CCivCom dispone: "*Los bienes del fiduciario no responden por las obligaciones contraídas en la ejecución del fideicomiso, las que solo son*

192 Junyent Bas, Francisco y Giménez, Sofía I., "La "insuficiencia" del patrimonio fideicomitido", cita online: AR/DOC/1394/2019, p. 3.

satisfechas con los bienes fideicomitidos. Tampoco responden por esas obligaciones el fiduciante, el beneficiario ni el fideicomisario, excepto compromiso expreso de estos. Lo dispuesto en este artículo no impide la responsabilidad del fiduciario por aplicación de los principios generales, si así corresponde. 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". Mediante dicho artículo, el legislador receptó las críticas que recibió la ley 24.441 respecto de la liquidación extrajudicial, dado que era el propio fiduciario —administrador de los bienes, luego insuficientes— el encargado de la liquidación y posterior distribución del producido[193].

De la lectura del artículo transcripto surge una serie de pautas que caracterizan al procedimiento liquidatorio: las obligaciones contraídas en la ejecución del contrato de fideicomiso solo serán satisfechas con los bienes fideicomitidos, con lo que se reafirma la separación de los patrimonios ya mencionada; el fideicomiso no es susceptible de una declaración de quiebra; la liquidación judicial procede ante la insuficiencia del patrimonio fideicomitido para atender a las obligaciones contraída y la inexistencia de otros recursos para superar dicha situación; el procedimiento liquidativo se realizará en base a las disposiciones de la ley de concursos y quiebras que resulten pertinentes, "pertinencia" que depende del/la juez/a competente.

El presupuesto objetivo de la liquidación del fideicomiso recae sobre la insuficiencia de los bienes fideicomitidos —y la falta de otros recursos provistos por el fiduciante o el beneficiario— para afrontar las obligaciones contraídas. Existe bastante acuerdo en lo relativo a que dicha insuficiencia puede asimilarse al estado de cesación de pagos requerido en los procesos concursales[194], por lo que podemos entenderla como el estado general y permanente de desequilibrio del patrimonio fideicomitido que coloca al fiduciario en la imposibilidad del hacer frente, de manera regular, a las obligaciones inmediatamente exigibles[195].

193 Zavala, Gastón A. y Weiss, Karen M. en Rivera, Julio C. y Medina Graciela, "Código Civil y Comercial de la Nación", 1ª ed., La Ley, 2014, p. 948.

194 Junyent Bas, Francisco y Giménez, Sofía I., *ob. cit.*, p. 3; Lorezentti, Ricardo, L., "Código Civil y Comercial de la Nación Comentado", 1ª ed., Rubinzal Culzoni, 2015, p. 230; Lisoprawski, Silvio V., "Fideicomiso en el Código Civil y Comercial", cita online: TR LALEY AR/DOC/1073/2015, p. 10.; en contra, David, Marcelo A., "Liquidación de patrimonios fideicomitidos insolventes. Cambios sustanciales o límites razonables a la autocomposición", cita online: AR/DOC/3213/2020, p. 7.

195 Dictamen N°. 156.786 de la Fiscalía Gral. ante la CNCOM, en autos "Bettini, Carlos Antonio Bautista c/ Fideicomiso de Administración Inmobiliaria Club de Viñas Cava Pampa

Seguidamente debemos decir que el fideicomiso no quiebra, sino que —ante la insuficiencia en los términos descriptos— procederá su liquidación, la que estará a cargo del juez o jueza competente, "*quien debe fijar el procedimiento sobre la base de las normas previstas para concursos y quiebras,* ***en lo que sea pertinente***". El subrayado me pertenece.

Llegamos a la cuestión controversial, o al menos una de ellas, en el proceso liquidativo en estudio. ¿Cuáles disposiciones de la ley 24.522 resultan pertinentes para su aplicación en este tipo de liquidaciones? ¿Solo cuestiones procesales o también principios e institutos propios de la LCQ?

Creo que debemos inclinarnos por la segunda respuesta.

Se encuentra fuera de discusión que la insuficiencia patrimonial del fideicomiso no da lugar a su quiebra, lo que supone que la ley falencial no pueda aplicarse indiscriminadamente. Dicha aplicación conllevaría, quizás, una armonización del procedimiento liquidativo con los principios que basan el proceso concursal, sin embargo, esa interpretación colisionaría de lleno con la propia letra del artículo 1.687 CCivCom.

Sin perjuicio de lo anterior, las normas del proceso falencial tienen su razón de ser en los principios que rigen dicho proceso. En palabras de David: "*Las pautas de procedimiento del proceso de quiebra existen y tienen sentido solo por los principios rectores de la liquidación universal, los que gobiernan y direccionan su viabilidad*"[196]. Entre los referidos principios se encuentran: el de universalidad, entendida como la convergencia entre las pretensiones de todos los acreedores sobre todo el patrimonio del deudor; el de igualdad entre los acreedores; el de oficiosidad, plasmada en las facultades del/la magistrado/a como director/a del proceso universal.

Concluimos que estas características, propias del proceso falencial, deberían ser aplicadas por el/la juez/a a cargo de la liquidación del fideicomiso, dado que —como ya se mencionó— no podemos limitarnos a la aplicación de disposiciones concursales sin incorporar los principios que le dan sustento. Así se ha sostenido: "*Decretada judicialmente la liquidación no dudamos acerca de que correspondería aplicar al proceso de liquidación —como anticipamos— el principio de 'universalidad', tanto con relación a la totalidad de bienes que integran el patrimonio fiduciario —incluyendo los que salieron fraudulentamente— como a los acreedores del mismo (arts. 125 y ss., LCQ). Asimismo tampoco cabe duda acerca de la vigencia del principio de 'igualdad de trato de todos los acreedores' (*par conditio creditorum*). Ello así porque se trata de pagar a todos los acreedores en la mayor medida posible, de acuerdo a su grado y prefe-*

s/ Liquidación Judicial", 25/11/19.

196 David, Marcelo A., *ob. cit.*, p. 9.

rencia"[197]. En conclusión, los principios antes mencionados deberían regir, en la medida de su compatibilidad con la estructura del fideicomiso, los procesos liquidativos fiduciarios.

IV.- Acciones de responsabilidad

Habiendo realizado un breve análisis de la regulación del procedimiento de liquidación del fideicomiso ante la insuficiencia de los bienes fideicomitidos y la pertinencia de la aplicación de los preceptos de la ley 24.522, corresponde revisar —bajo los parámetros delineados— la viabilidad de las acciones de responsabilidad concursal reguladas por los artículos 173 y siguientes de la LCQ. Dichas acciones pueden incluirse dentro de aquellas que buscan recomponer el patrimonio insolvente. Es que, si bien no implican propiamente la restitución de bienes que han salido de él, a través de ellas —y la correspondiente indemnización— se persigue la reparación de los daños sufridos por el patrimonio y que desembocaron en su insolvencia.

Por ello, "*Las sumas que ingresen en concepto de indemnización sustituyen los bienes excluidos del patrimonio, reconstituyéndolo para mantener, de alguna manera, su intangibilidad, y como sostenimiento de la igualdad entre los acreedores*"[198].

Resta mencionar que las acciones de responsabilidad concursal se asientan sobre los presupuestos básicos de la responsabilidad civil, contenidos en el Código Civil y Comercial. Es decir que procederán siempre y cuando haya mediado una conducta antijurídica dañosa, que sea atribuible a quien se pretende responsabilizar, que se haya generado un daño o perjuicio concreto y que exista relación de causalidad entre este y la conducta reprochada.

1. Su viabilidad en la liquidación judicial del fideicomiso

Realizada una introducción, cabe revisar si las acciones de responsabilidad resultan aplicables (o pertinentes) en el marco de la liquidación judicial del fideicomiso. Vale reiterar que dicha liquidación estará regida —en la medida de su pertinencia— por los principios concursales antes mencionados.

De acuerdo a lo expuesto precedentemente, las acciones de responsabilidad concursales persiguen el resarcimiento del daño causado al patrimonio, propiamente a los acreedores, como consecuencia de su insuficien-

197 Lisoprawski, Silvio V., *ob. cit.*, p. 11.
198 Graziabile, Darío J., "Recomposición patrimonial de la insolvencia", 1ª ed., Erreius, 2017, p. 11.

cia. El artículo 173 LCQ establece: "*Responsabilidad de representantes. Los representantes, administradores, mandatarios o gestores de negocios del fallido que dolosamente hubieren producido, facilitado, permitido o agravado la situación patrimonial del deudor o su insolvencia, deben indemnizar los perjuicios causados. Responsabilidad de terceros. Quienes de cualquier forma participen dolosamente en actos tendientes a la disminución del activo o exageración del pasivo, antes o después de la declaración de quiebra, deben reintegrar los bienes que aún tengan en su poder e indemnizar los daños causados, no pudiendo tampoco reclamar ningún derecho en el concurso*".

La norma habla de "fallido" y "declaración de quiebra" y el artículo 1.687 expresamente veda la posibilidad de que el fideicomiso "quiebre", por lo cual la acción contemplada por el artículo 173 LCQ resultaría improcedente[199]. Sin embargo, tal interpretación —a nuestro entender— colisionaría con la intención del legislador de que la liquidación judicial del fideicomiso se realice en el marco de la pertinencia del ordenamiento concursal. No estamos frente a una quiebra, pero no se advierte una incompatibilidad de las acciones de responsabilidad del artículo 173 LCQ con la estructura del fideicomiso.

Por un lado, porque si postulamos la inaplicabilidad, se vulneraría el principio de universalidad que rige el proceso falencial, como también, en los términos ya mencionados, el proceso liquidativo. Ello impediría el resarcimiento de los eventuales daños sufridos por el patrimonio y los acreedores a causa de la insuficiencia de los bienes fideicomitidos. Por otro, por el artículo 173 LCQ no contiene una sanción originada en la condición de fallido ni otra situación relacionada necesaria o estrictamente con un decreto de quiebra, sino que se trata de una acción dirigida a resarcir el daño injustificado provocado por quienes hayan incurrido en alguna de las conductas descriptas por el artículo, a saber: "producir, facilitar, permitir o agravar la situación patrimonial", en este caso, del patrimonio fideicomitido, o sea, de esa insuficiencia patrimonial que tornó imposible el cumplimiento del objeto fijado en el contrato[200].

Volvamos al artículo 1.687 CCivCom. La liquidación del fideicomiso procede ante la insuficiencia de los bienes fideicomitidos para afrontar las obligaciones asumidas para el cumplimiento del objeto del contrato. En dicho contexto, parece razonable que respondan —en la medida de comprobarse los requisitos de procedencia— quienes hayan intervenido en la provocación, agravamiento, facilitación de la insuficiencia o la disminución del activo o exageración del pasivo y los daños que dicha situación

199 CNCOM, Sala E, "Fideicomiso de Administración y Garantía Taxodium Vida Park s/ liquidación judicial", 17/11/20.
200 Marcos, Fernando J., "Acciones concursales de ineficacia y de responsabilidad en la liquidación judicial del fideicomiso", cita online: AR/DOC/4107/2020, p. 9.

provoca al universo de acreedores del fideicomiso. Así resultaría viable responsabilizar al fiduciario en los términos del primer párrafo del artículo 173 LCQ, toda vez que no solo detenta la titularidad de los bienes fideicomitidos, sino que además los administra y su actuación puede tener incidencia directa en la mencionada insuficiencia[201]. Asimismo, también resulta posible responsabilizar a aquellos terceros que de cualquier manera participen en la disminución del activo o la exageración del pasivo (art. 173 LCQ, segundo párrafo). En el marco descripto, entendemos que las acciones de responsabilidad concursal (art. 173 LCQ) —en tanto buscan la recomposición del patrimonio, en el caso, fiduciario a liquidar— resultan de pertinente aplicación en el procedimiento liquidatorio en los términos del artículo 1.687 CCyCN[202].

2. Concurrencia con acciones "extra" concursales

Resta mencionar que lo anterior no impide la procedencia de acciones reguladas por el Código Civil y Comercial, entre las que se mencionan la acción de simulación (arts. 333 y ss. CCivCom), la acción por fraude (arts. 338 y ss. CCivCom) y de responsabilidad civil en general contra todo aquel que hubiese causado un daño injustificado (arts. 1708, 1716 y ss. CCivCom)[203]. Téngase presente que el propio artículo 1.687 CCivCom determina, en caso de corresponder, la responsabilidad del fiduciario por aplicación de los principios generales.

201 Bustamante, Eduardo, "La liquidación del patrimonio fideicomitido. Del texto legal a las soluciones jurisprudenciales", cita online AR/DOC/3444/2019, p. 47.
202 Dictamen nro. 554/2020 de la Fiscalía Gral. ante la CNCOM, en autos " Fideicomiso de Administración y Garantía Taxodium Vida Park s/ liquidación judicial", 17/09/20.
203 Rouillon, Adolfo, A. N., "Régimen de concursos y quiebras", 16ª ed., Astrea, 2012, p. 287.

LEGITIMACIÓN DEL LIQUIDADOR PARA PROMOVER ACCIONES CONCURSALES DE INEFICACIA Y DE RESPONSABILIDAD EN LA LIQUIDACIÓN JUDICIAL DEL FIDEICOMISO

MARCOS, Fernando J.

I. El problema a considerar[204]

1. Me propongo analizar, en esta ocasión, si en el marco de una liquidación judicial fiduciaria (art. 1687, CCivCom.), es pertinente admitir la aplicación de las denominadas *acciones concursales de ineficacia* (arts. 118 y 119, LCQ y 1.687, CCivCom.) y *de responsabilidad* (art. 173 y ss., LCQ), legitimando para ello al liquidador, al margen de la acción de responsabilidad que se desprende de 1674 y 1675 CCivCom, de la acción de simulación (art. 333 y ss., CCivCom), de la acción por fraude (art. 338 y ss., CCivCom.) y de responsabilidad civil en general contra todo agente responsable (arts. 1708, 1716 y ss., CCivCom.). Nada nuevo digo al afirmar que no existe una norma jurídica "que no deba su origen a un fin, es decir, un objetivo práctico que constituye el eje de interpretación"[205]. Desde ese punto de partida, al enfrentar el análisis del art. 1687 del CCivCom., norma donde el legislador no se animó a definir con claridad la naturaleza de esa liquidación fiduciaria creando un verdadero "híbrido", surge con claridad que se está ante un proceso universal y colectivo —concursal— dirigido a liquidar los bienes fideicomitidos y distribuir su producido entre los acreedores, para cuya activación se exige la acreditación de un presupuesto *subjetivo y uno objetivo*, a saber: *un patrimonio especial* integrado por los bienes antes referidos —aunque el fideicomiso no es un sujeto— y la *insuficiencia de estos bienes* para atender las obligaciones contraídas en la ejecución del fideicomiso cuando es definitiva, respectivamente. Para justificar lo que entiendo que corresponde sostener, es decir, a pertinencia de las acciones mencionadas y, en consecuencia, la legitimación activa del liquidador para promoverlas, se debe tener especialmente presente que el legislador eligió como soporte normativo para llevar a cabo esta especial liquidación el que brinda la

204 Esta ponencia reconoce como antecedente un artículo de mi autoría titulado "Acciones concursales de ineficacia y de responsabilidad en la liquidación judicial del fideicomiso", publicado en la *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, Buenos Aires, Ed. Abeledo Perrot, 2021, nº 307, pp. 75 y ss.

205 Gagliardo, Mariano, *Interpretación en el Código Civil y Comercial*, Buenos Aires, Ed. Zavalia, 2018, p. 95. Con cita de Ihering efectuada por el autor.

ley 24.522, a pesar de la desafortunada redacción del art. que plantea un final abierto que deja en manos del juez definir qué normas considera "pertinentes".

2. Como se sabe, el fideicomiso en sí es un "contrato" que da origen a un patrimonio separado (arts. 242 y 1685, CCivCom.) que, como un "centro de imputación sin personalidad jurídica", posibilita "dinamizar activos y excluir las acciones singulares y colectivas de las partes firmantes del *pactum fiduciae*"[206]. Si bien es administrado por el *fiduciario* —titular del dominio fiduciario— el patrimonio propio de aquel no se confunde con el que se forma a partir del fideicomiso[207], al extremo que no responden por las obligaciones contraídas para la ejecución del último (art. 1687, 1º parte, CCivCom.). No obstante, al día de hoy, el fideicomiso no es "concursable"[208] de *lege lata* —aunque en mi opinión debería ser incluido de forma expresa en el ordenamiento concursal—, es *liquidable* judicialmente ante su insuficiencia definitiva pero "no quiebra" —liquidación forzosa, universal y colectiva, sin quiebra— y se le aplican las reglas de la ley 24.522 en lo que resulte "pertinente", como ya se dijo. Salvando las diferencias, el fideicomiso se toca en varios puntos con la situación del *patrimonio del fallecido que se encuentra en estado de indivisión*, el cual puede ser sometido a los procedimientos y reglas de la ley de Concursos y Quiebras, a pesar de que su titular ha dejado de ser una "verdadera entidad subjetiva"[209], demostrando que la ausencia de personalidad no es un obstáculo. A su vez, la delimitación de ese patrimonio fiduciario posibilita la aplicación, por ejemplo, de los arts. 106 a 124 LCQ.

3. Ahora bien, la razón del planteo de esta ponencia está relacionado con el debate que existe en torno a la viabilidad o no de las acciones de recomposición patrimonial en la liquidación de un fideicomiso y la consiguiente legitimación del liquidador para promoverlas. Al respecto, se ha sostenido que la ausencia de una declaración de quiebra, tal como lo prevé el art. 1687 CCivCom., obsta a la aplicación de las acciones de recomposición patrimonial propias de aquella[210], criterio que no considero acertado, pues no se debe confundir la viabilidad de estas acciones dirigidas a integrar precisamente el patrimonio a liquidar con, por ejemplo, las sanciones patrimoniales y personales que se derivan de una

206 Junyent Bas, Francisco y Giménez, Sofía, "La insuficiencia del patrimonio fideicomitido", *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, Buenos Aires, Ed. Abeledo Perrot, 2019, nº 296, p. 645.

207 Kiper, Claudio M. y Lisoprawski, Silvio V., *Tratado de Fideicomiso – Código Civil y Comercial de la Nación*, Buenos Aires, Ed. Abeledo Perrot, 2017, T. I, p. 71.

208 Graziabile, Darío J., *Instituciones de Derecho Concursal*, Buenos Aires, Ed. Thomson Reuters – La Ley, 2018, T. I, pp. 223 y 225.

209 Junyen Bas, Francisco y MOLINA SANDOVAL, Carlos A., *Ley de Concursos y Quiebras – Comentada*, Buenos Aires, Ed. Abeledo Perrot, 2009, T. I, p. 51.

210 C.Nac.Com., sala E, autos "Fideicomiso de Administración y Garantía Taxodium Vida Park s/ liquidación judicial" (Expediente nº 21733/2016), 17/11/2020.

declaración de quiebra. Sin duda, las acciones de ineficacia y de responsabilidad lejos están de poder ser asimiladas a sanciones patrimoniales, porque su objetivo es otro. En la primera, declarar la inoponibilidad a la masa pasiva de ciertos actos que son susceptibles de ser impugnados para que los bienes reingresen al patrimonio, en este caso, del fideicomiso, a los fines de su realización, mientras que en la acción de responsabilidad del art. 173 y ss. LCQ el fin perseguido es reparar el daño causado por quienes dolosamente produjeron, facilitaron, permitieron o agravaron la situación patrimonial del deudor —en el caso, del fideicomiso— o su insolvencia —insuficiencia sin que existan otro recursos—, o por aquellos que realizaron actos dolosos dirigidos a disminuir o exagerar el pasivo.

O sea, en ningún caso existe un objetivo sancionatorio sino de recomposición, recuperando bienes que salieron del fideicomiso u obteniendo la reparación de los daños y perjuicios causados, para luego incorporar a la liquidación los bienes y/o fondos correspondientes para que su producido responda por las deudas que gravan el patrimonio fideicomitido. Sostener lo contrario significaría dar al término "pertinente" con el que termina el texto del art. 1687 CCivCom. un contenido sesgado y limitado que contradice el fin de la norma. Me explico: si el objetivo es liquidar los bienes del fideicomiso, es obligación primordial de los liquidadores velar por ese patrimonio, lo que involucra ineludiblemente recomponerlo cuando advierten la existencia de actos que caen dentro de las previsiones de los arts. 118 y 119 LCQ, o cuando existen elementos para promover la acción de responsabilidad (art. 173 y ss., LCQ), especialmente porque estas forman parte del conjunto de herramientas específicas previstas por el legislador para posibilitar la recomposición del patrimonio *in malis* y luego proceder a su posterior liquidación y distribución entre los acreedores. Solo así se puede dar cumplimiento con la manda legal de tutelar la integridad del patrimonio, de proteger el crédito y el interés de los últimos (arts. 16, último párrafo, 107, 159 y conc. LCQ), dado que si no fuera de esta manera, cuál sería la razón de ser de la remisión a la ley concursal que realiza el Código en el art. 1687.

Además, se estaría limitando el accionar del liquidador quien debe, insisto, proteger con su accionar el patrimonio especial que conforman los bienes fideicomitidos para salvaguardar los derechos de los acreedores del fideicomiso. Reitero, nada razonablemente permite sostener que el ejercicio de estas acciones por el liquidador no es pertinente. Si la existencia de una declaración de quiebra fuera necesaria para ello, también debería serlo para abrir un proceso de verificación ante los liquidadores, o para presentar un informe general, o para promover incidentes de verificación tardía, o para aplicar el régimen de privilegios, entre otros tantos trámites y normas de fondo, pues estos, no mencionados por el art. 1687 CCivCom, se aplican sin dudarlo en la liquidación fiduciaria a pesar

de que también exigen —al igual que las acciones de recomposición— la apertura de un concurso preventivo o la declaración de la quiebra del deudor. Nótese qué poco sentido tendría que se decida por la aplicación de la ley 24.522 para liquidar un patrimonio fiduciario y, que a su vez, se impida la aplicación, nada más y nada menos, que de las acciones que están pensadas para recomponer el patrimonio insuficiente o insolvente. Es un hecho que, un temperamento distinto al que propongo contradice el objetivo final o teleológico del precepto (art. 1687, CCivCom.), donde claramente se tomó partido por el régimen legal sustancial y procesal por excelencia destinado a liquidar la totalidad de un patrimonio, que no es otro que el previsto por la ley 24.522. Esta inexorablemente comprende las normas de procedimiento y de fondo que están direccionadas a tutelar los bienes que lo conforman, para integrarlo, recomponerlo si fuere menester, para obtener el resarcimiento de los daños y, posteriormente, para liquidar y distribuir el producido de la realización de los mismos entre los acreedores.

Afirmar lo opuesto es sostener que el Código ordena liquidar según la ley de Concursos, pero no identificar, integrar y recomponer totalmente el patrimonio que es objeto de tutela, cuando lógicamente estas últimas acciones —cuando se requieren— son previas a la realización de los bienes alcanzados por el desapoderamiento o contemporáneas a la liquidación de los bienes oportunamente incautados, algo que no parece calificar como una postura razonablemente fundada y fruto de una interpretación de la ley coherente con todo el ordenamiento jurídico (arts. 2 y 3, CCivCom.), pues se estarían discriminando varias acciones inescindibles una de otra a cargo del liquidador: identificar, cuidar e integrar, para luego liquidar y distribuir. Lo expuesto importa el desapoderamiento y la incautación de los bienes, así como también la recomposición de ese patrimonio insolvente mediante la utilización de acciones de ineficacia —inoponibilidad para ser más precisos (art. 382, CCivCom.)— y de responsabilidad previstas por la ley 24.522 ya citadas. No se puede perder de vista que si el Código direccionó esta específica liquidación hacia un sistema legal previsto para tratar la insolvencia —y la insuficiencia definitiva de los bienes fideicomitidos lo es, por más vueltas que se le quiera dar a tema—, está significando que el fin de esa norma (art. 1687, CCivCom.) es encausar la mentada liquidación dentro del marco de este esquema legal de forma integral, salvo aquellas cuestiones relacionadas con aspectos sancionatorios y efectos personales sustanciales propios de la quiebra, más allá de la prohibición legal de quebrar. Evidentemente, ni las acciones de ineficacia —de pleno derecho o por conocimiento del estado de cesación de pagos—, ni la de responsabilidad concursal tienen carácter sancionatorio, sino integrativo o de recomposición del patrimonio a liquidar y, en lo pertinente, para obtener el resarcimiento del daño injustificado causado a la masa.

4. A su vez, existen otros fundamentos que demuestran la similitud que existe entre la quiebra y la liquidación fiduciaria, para lo cual, se debe establecer en qué consiste la insuficiencia patrimonial que menciona el mentado art. 1687, la naturaleza del proceso, el rol del liquidador y su función y, además, los alcances que se debe dar a la remisión que el codificador hizo a las reglas de la ley 24.522 para llevar a cabo la liquidación judicial del fideicomiso.

5. En cuanto al primer aspecto, decir que esta insuficiencia patrimonial solo habilita la promoción de la liquidación judicial cuando es *definitiva*, conclusión que se desprende del texto del art. 1687 cuando hace expresa referencia a "*la falta de otros recursos provistos por el fiduciante o el beneficiario según previsiones contractuales*". Y cuando esta se presenta, habilita la promoción de una *liquidación forzosa, universal y colectiva, sin quiebra* —en lo que hace a sus aspectos y efectos sustanciales—, que como tal, es gobernada por las normas que conforman el plexo legal concursal. A tal extremo, que nada impediría el pedido de liquidación por un acreedor del fideicomiso ante la inacción, por ejemplo, del fiduciario. Evidentemente, cuando se presenta este *requisito o presupuesto objetivo*, su similitud, por no decir directamente su identidad con la insolvencia económica —léase, "cesación de pagos"—, que regula la ley 24.522 en su art. 1 es indiscutible, por más de que se quieran forzar las interpretaciones y análisis, lo que ha permitido señalar a la doctrina que tal "insuficiencia de bienes debe ser interpretada como estado de cesación de pagos en los términos de la ley concursal"[211].

6. Pues bien, para dar cauce a esta verdadera patología jurídica, pero también económica y financiera, que es la insuficiencia mencionada a la que hace mención el Código para activar la liquidación del fideicomiso, el ordenamiento legal vigente, como ya fue visto, se orientó por un sistema idóneo como el que contiene la ley 24.522, regido esencialmente —entre otros— por tres principios "concursales" fundamentales, a saber: *universalidad, concursalidad y de colectividad*, que resultan plenamente aplicables al caso bajo estudio, por sus implicancias y relevancia para establecer el marco legal "pertinente" al que hace mención el art. 1687, párrafo 3 del CCivCom. Vale destacar que el no ser un sujeto concursable, no le quita a la liquidación fiduciaria la "impronta concursal" —paraconcursal[212]—, aunque no sea un concurso liquidatorio *stricto sensu* (quiebra), razón por la cual ello no es óbice para "*aplicar los principios*

211 Lorenzetti, Ricardo L. (Dir.) Márquez, José F., *Código Civil y Comercial de la Nación - Comentado*, Santa FE, Rubinzal-Culzoni Editores, 2015, T. VIII, p. 230. Lo resaltado en negrita es nuestro. En esa misma línea de interpretación se encuentran Alterini, Jorge H., Aicega, María V. y Gómez Leo, Osvaldo R. (Dirs. del tomo), *Código Civil y Comercial Comentado - Tratado Exegético*, Buenos Aires, Ed. Thomson Reuters La Ley, 2016, T. VII, p. 1.158.

212 Junyent Bas, F. y Giménez, S., *op. cit.*, p. 658.

generales de la legislación concursal a la liquidación judicial del patrimonio fiduciario"[213] en plenitud, salvo, claro está, aquellos aspectos relacionados íntimamente con la declaración falencial que tienen alcances más específicos y personales. Estos principios de universalidad, concursalidad y colectividad, aplicables a esta liquidación especial, conforman verdaderos criterios o pautas orientadoras que deben guiar al juez en el momento de decidir sobre la "pertinencia" de las normas que integran el estatuto concursal regido por la ley 24.522, agrego, sin perder de vista la finalidad tutelar del patrimonio como garantía que deja expuesta el art. 1687, a la que ya me he referido. Ello es así porque es una realidad que la liquidación del fideicomiso afecta y propaga sus efectos sobre todo el patrimonio especial compuesto por los bienes fideicomitidos, todos los acreedores deben presentarse a verificar sus acreencias para poder participar de la liquidación y distribución, a partir de la necesaria y obligatoria participación del liquidador designado.

Luego, mal puede sustraerse la liquidación del fideicomiso de las normas que contiene el sistema legal que prevé la ley 24.522 para proteger, integrar y liquidar el patrimonio a ser realizado y distribuido, por lo que carece de todo sustento jurídico atendible limitar el uso de estas acciones de recomposición y responsabilidad y el accionar del liquidador.

II. Algunas conclusiones

1. Todo lo que he expuesto —limitadamente, por cierto— a lo largo de esta ponencia permite concluir, a partir de la perspectiva desde la que se abordó la problemática, que es admisible y, por lo tanto, "pertinente" en el supuesto aquí bajo estudio, la aplicación al caso de las *acciones de ineficacia y de responsabilidad*, ambas concursales, dirigidas estas de una forma u otra, a recomponer el patrimonio insolvente, sea mediante el recupero de bienes que salieron del mismo en las condiciones previstas por los arts. 118 y 119 de la ley 24.522 en el caso de las primeras, o mediante la reparación del daño causado en los supuestos regulados por el art. 173 y ss. de la ley antes mencionada. Los argumentos que he presentado hacen que solo bajo una lectura muy lineal del texto legal y prescindente de todo análisis teleológico del precepto se pueda interpretar que la referencia a la *pertinencia* de las normas concursales que se efectúa en el art. 1687 del Código, y la imposibilidad de declarar la quiebra del patrimonio del fideicomiso que se dispone en esa norma, son un impedimento para aplicar a la liquidación del mismo las acciones previstas por la ley especial elegida y designada por el legislador, no como un grupo de normas aisladas y desconectadas entre sí, sino como un sistema legal que da cauce y tratamiento a la insolvencia patrimonial.

213 Alterini, Jorge H., Aicega, M. V. y Gómez Leo, O. R., *op cit.*, T. VII, p 1.160.

Al decidir la apertura de una liquidación fiduciaria, el juez debe desapoderar al fiduciario de todos los bienes que integran el fideicomiso, perdiendo aquel la administración y disposición sobre estos, así como también su representación legal y la legitimación procesal para actuar en juicio en relación a los bienes desapoderados, facultades que desde ese momento van a ser ejercidas por el liquidador designado. Ello, a raíz de naturaleza universal, concursal y colectiva que exhibe este proceso especial. Este liquidador, entre otros deberes, tiene que velar por el patrimonio alcanzado por la liquidación y va a ser parte necesaria en todas las acciones de contenido patrimonial vinculada al fideicomiso (art. 275, ley 24.522), comprendiendo esto la obligación de interponer todas las acciones que el ordenamiento legal en especial —y también en general, según el caso y la necesidad— regula y prevé para tutelar el patrimonio *in malis*, tarea que se cumple indefectiblemente realizando diversas tareas propias de esa función y objetivo legal a la vez: desapoderar y materializar este desapoderamiento mediante los actos de incautación, integrar el patrimonio, recomponerlo si fuera necesario recuperando bienes que salieron en violación de las normas legales vigentes —léase, por ejemplo, arts. 118 y 119 de la ley 24.522, cuya pertinencia no puede razonablemente negarse dada la orientación dada por el legislador a la liquidación fiduciaria— y obtener el resarcimiento del daño injusto causado a la masa.

Su similitud con el *patrimonio indiviso del fallecido* demuestra que en relación al fideicomiso —al margen de no poder ser declarado en quiebra— tampoco existen impedimentos para su utilización en la liquidación del fideicomiso, sobre la viabilidad de las acciones de ineficacia concursal y la de responsabilidad del art. 173 y ss., de la ley 24.522. (arts. 1, 2 y 3, CCivCom.). Abona especialmente lo expuesto, reitero, el giro que significó la incorporación del precepto contenido en el citado art. 1687 del CCivCom., el cual, interpretado en clave de *proceso liquidatorio forzoso universal y colectivo*, despeja toda duda o inquietud en torno a la efectiva aplicación de estas acciones reguladas por la ley concursal.

Otro dato relevante es la determinación de la fecha de inicio de la insuficiencia patrimonial o de la cesación de pagos. Su identificación no es incompatible con la liquidación fiduciaria, porque hace a la revisión de los actos celebrados y a la calidad de fallido, algo que también tiene importancia en la quiebra de la persona humana a la hora del cese de su inhabilitación y de los efectos de desapoderamiento en cuando a sus alcances temporales, temas estos dos últimos ajenos a la liquidación de los bienes fideicomitidos.

Para concluir, solo deseo señalar que una postura distinta a la propuesta en esta ponencia significaría colocar irrazonablemente a los acreedores quirografarios del fideicomiso en una situación de inferioridad y vulne-

rabilidad que no se advierte coherente luego de efectuar una detenida lectura de las normas que regulan este contrato a las que nos hemos referido, bajo las directrices y reglas hermenéuticas que se desprenden de los arts. 1, 2 y 3, todos del Código Civil y Comercial de la Nación (conf. arts. 16, 17, 18, 19, 28, 75 inc. 22, todos de la Constitución de la Nación).

Es así que decir que las acciones de ineficacia —y de responsabilidad concursal— "son consecuencia propia del estado de quiebra" y que estas "acciones de recomposición patrimonial" se activan a consecuencia de la declaración de falencia", representa una visión parcial de los alcances y fines del texto del art. 1687 del Código Civil y Comercial que, obviamente, no comparto porque, a mi entender, desnaturaliza el proceso liquidatorio que prevé este último precepto.

DERECHO Concursal / PERSPECTIVAS ACTUALES

TOMO III: INSTITUCIONES CONCURSALES LIQUIDATIVAS

EBOOK

SISTEMA PATRIMONIAL FALENCIAL

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

EL SISTEMA DE PRIVILEGIOS CONCURSALES FRENTE A LA INCORPORACIÓN DE CRÉDITOS DE PERSONAS HIPERVULNERABLES, A LA LUZ DE LOS FALLOS DE LA CSJN

DI LELLA, Nicolás J.

I.- Introducción

Es sabido, que en el actual "Estado de Derecho Constitucional" los jueces deben ser conscientes de que el conjunto de materiales normativos con los que dispone para resolver conflictos no solo cuenta con reglas, sino también con principios; que la aplicación de esas reglas debe compatibilizarse con los principios constitucionales, y que el razonamiento realizado resultará valorativo y, por tanto, no será mera y exclusivamente formal. En este contexto, el juez debe arribar a una solución que se encuentre dentro de la nueva cosmovisión jurídica, en la cual la persona humana es el centro de protección, debiendo amalgamar —y no excluyendo, como lo proponían los viejos principios de resolución de conflictos legales— las diferentes normas que se ubican dentro del ordenamiento jurídico nacional e influencian el "caso" que se presenta a su conocimiento.

La lectura del artículo 274 de la ley 24.522 (LCQ), al ocuparse medular y específicamente de las facultades del juez concursal, es demostrativa de que se está frente a un enjuiciador con fuertes poderes de impulso procesal y de investigación de la causa, es decir, ante un judicante que resulta calificado de "activista". Y a este rol activo, el Código Civil y Comercial de la Nación lo ha acentuado, por el proceso de constitucionalización del derecho privado, hoy comprensivo de los tratados de derechos humanos (arts. 1 y 2, CCyCN), que llama al juzgador no solo a subsumir los hechos en las reglas, sino a ponderar principios y valores; y por el método de interpretación, más centrado por los fines protectorios de la ley que por la intención del legislador.

Como muestra de lo expuesto precedentemente pueden citarse fallos en los cuales se ha ponderado entre la aplicación liminar de las normas de la LCQ y principios de tutela de personas en situaciones de vulnerabilidad, concluyendo en la salvaguarda de estas últimas (*v. gr*. personas mayores

de edad[214], enfermos[215], trabajadores[216], menores[217]). Y, en ese escenario, se vislumbran dos fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) —en materia de verificación tardía de un crédito (originado en la mala praxis médica en el establecimiento fallido que dejó a un menor una discapacidad del 100%) cuyo titular es una persona hipervulnerable— que concluyen, con distinta integración, de un modo diametralmente opuesto.

El primero de ellos, "Asociación Francesa Filantrópica y de Beneficencia"[218], en donde los vocales, Dres. Ricardo L. Lorenzetti, Elena I. Highton de Nolasco y Rosenkratz, votaron por mantener la constitucionalidad del régimen de privilegios concursales y no hacer lugar al pedido de verificación en ese carácter por parte de un menor de edad discapacitado (producto de una mala praxis médica en el establecimiento fallido). Se apeló a los principios de legalidad y excepcionalidad que caracterizan a los privilegios, tanto en materia de ejecución individual (arts. 743 y 2.574 CCyCN) como colectiva (arts. 16 y 239 LCQ). Se sostuvo que la concesión de los privilegios crediticios responde a la causa o naturaleza del crédito, con independencia de la condición del sujeto, y que el reconocimiento judicial de derechos preferentes no previstos en la ley concursal traería aparejados serios inconvenientes que excederían el ámbito propio de los concursos, con un fuerte impacto negativo para la seguridad jurídica en general. Se argumentó que de los tratados que resultan de aplicación al caso no se deriva el reconocimiento de un privilegio crediticio como el reclamado. Concluyó que los pactos señalados están dirigidas al Estado para que implemente políticas públicas tendientes a que los niños y las personas con discapacidad puedan alcanzar el más alto nivel de vida posible, en particular en lo relativo a salud, rehabilitación, desarrollo individual e integración social, pero de ningún modo tienen virtualidad para alterar el régimen de preferencias establecido por la ley, so pena de generar caos e inseguridad jurídica. Se reitera que ello debe provenir del Poder Legislativo, mas no del Judicial.

El segundo de ellos, "Institutos Médicos Antártida S.A."[219], con un mismo

214 CS, Buenos Aires, 05/04/2006, "González, Feliciana c/ Microómnibus General San Martín S.A.C.", LLBA, 2006-904.

215 CNCom., Sala B, 02/05/2003, "Correo Argentino SA s/ Concurso Preventivo s/ Incidente de verificación y pronto pago por Segura Carlos".

216 CSJN, 26/03/2014, "Pinturas y Revestimientos Aplicados S.A.", LL, 2014-C, 191.

217 CNCom., Sala D, 01/10/2013, DJP, 2014 (diciembre), 19 y en LL, cita online: AR/JUR/84364/2013.

218 CSJN, 06/11/2018, "Asociación Francesa Filantrópica y de Beneficencia (AFFyB) s/ Quiebra s/ Incidente de verificación de crédito por L.A.R. y otro", La Ley, cita online: AR/JUR/56326/2018.

219 CSJN, 26/03/2019, "Institutos Médicos Antártida S.A. s/ Quiebra s/ Incidente de verificación de crédito promovido por Ricardo A. Fava y Liliana R. Harreguy de Fava", La Ley, cita online: AR/JUR/1632/2019.

contexto fáctico y jurídico que el señalado en el caso anterior (incidente de verificación tardía, crédito cuyo titular es un menor de edad con 100% de discapacidad producto de una mala praxis médica en el establecimiento fallido, pedido de reconocimiento de privilegio y pronto pago, con base constitucional y convencional, Juez en lo Comercial nº **20 que lo admite y** CNCom., Sala A que lo rechaza), la CSJN (con voto de los Dres. Juan C. Maqueda y Horacio Rosatti, junto a la Dra. Graciela Medina), el 26/03/2019, se pronunció favorablemente a los incidentistas cuando —revocando la decisión de la Alzada— declaró la inconstitucionalidad del régimen de privilegios concursales —arts. 239, párr. 1, 241, 242, parte general, y 243, parte general e inc. 2, de la ley 24.522— y verificó a favor de B.M.F. un crédito con privilegio especial prioritario de cualquier otro privilegio. Parte de la consideración de que los derechos del insinuante están contemplados expresamente en la Convención de los Derechos del Niño y en la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, que alcanzan a personas de extrema vulnerabilidad como es B.M.F., lo que determina el deber de velar por el interés superior del niño, para que pueda gozar de una vida plena y asegura su dignidad. Asimismo, los Sres. Vocales recordaron el antecedente dictado por la Corte en otra causa concursal "Pinturas y Revestimientos aplicados S.A." donde se sostuvo que el régimen de privilegios previsto en la ley 24.522 debía ser integrado con las disposiciones previstas en los instrumentos internacionales que fueron incorporados en nuestro sistema jurídico con rango superior a la leyes, conforme a lo normas en el artículo 75, inciso 22 CN. En aquel caso, por tratarse de los derechos de un trabajador, se aplicaron las normas de la OIT para verificar el crédito laboral con el carácter de privilegiado. Y sostuvieron que si bien son situaciones no asimilables, ya que aquí las normas internacionales en juego no aluden en forma explícita a una prioridad de pago ni otorgan privilegio a estas acreencias en las cuales el daño ocasionado es en la vida, la salud y la integridad física de una persona, no por ello no deben ser contempladas. Argumentaron que el eje del debate y análisis es la operatividad de los derechos humanos contenidos en las convenciones internacionales frente a la normativa concursal, otorgándole aquí prioridad a estos instrumentos internacionales que tutelan especialmente los derechos del niño y de las personas con discapacidad a fin de que puedan gozar de una vida digna. Concluyeron que se está frente a derechos humanos esenciales y es deber de los jueces hacer que estos derechos resulten efectivos y no ilusorios.

II.- Reflexiones sobre los fallos de la CSJN

La cuestión de la incorporación de acreedores hipervulnerables al proceso concursal tiene una complejidad especial en nuestro medio, atento a que el ordenamiento falencial, en principio, no les otorga privilegios o,

cuando lo hace, no en forma suficiente. Surgen así las contradicciones que, en determinadas situaciones concretas, puede generar ese sistema de privilegios respecto de ordenamientos de jerarquía más elevada —Constitución Nacional, tratados internacionales de derechos humanos— en materia de derechos esenciales.

De los fallos dictados por nuestro más alto Tribunal Nacional, reseñados precedentemente, el que ha recibido mayor aprobación por la doctrina es el segundo, dado que de la ponderación de los derechos en punga —propiedad de los acreedores vs. reparación integral ante el daño generado a un menor discapacitado—, la Corte Suprema, con una nueva integración, dio primacía al crédito del menor hipervulnerable, aplicando al caso tratados de derechos humanos y efectuando un control de constitucionalidad y convencionalidad del régimen de privilegios concursales.

Por mi parte, considero que este segundo caso —Instituto Médico Antártida— es el que más se ajusta a lo normado por los tres primeros artículos del Código Civil y Comercial de la Nación, que ordena a los jueces a:

I. *interpretar las leyes* teniendo en consideración las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento; y

II. *resolver los casos*, razonablemente, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte.

Y de su lectura, pueden resaltarse tres cuestiones, a saber:

a) reafirma la irradiación de nuestra Carta Magna y de los tratados internacionales de derechos humanos hacia todo el ordenamiento jurídico, aun en aquellas materias que tradicionalmente han sido ajenas a esa perspectiva, como la concursal;

b) pone de manifiesto la conveniencia de asumir la tarea judicial en toda su complejidad, la cual debe hacerse cargo de una infinita cantidad de particularidades, valores y normas que singularizan cada causa;

c) asegura esta sentencia, en cuanto modifica a su similar anterior, que el Estado no se convierta a través de su Poder Judicial en un segundo agresor[220].

220 Cfr. Medina, Graciela, "Vulnerabilidad, control de constitucionalidad y reglas de prueba. Las "categorías sospechosas": Una visión jurisprudencial", La Ley, cita online: AR/DOC/3479/2016.

A priori, la primera reacción de cualquier lector del fallo sería que el carácter restrictivo y origen legal de los privilegios concursales debe ceder ante el bloque de constitucionalidad, que impone el deber del Estado de proteger a los niños y personas con discapacidad, de manera preferente y con un plus reforzado de actuación. Nadie desconoce que la protección especial que requieren los niños con discapacidad implica el deber, por parte del Estado, de adoptar todas las medidas de acción positivas que tornen efectivos los derechos reconocidos por los tratados y convenciones internacionales de derechos humanos, brindando a todos los sujetos hipervulnerables (en el caso, menor de edad, discapacitado y de bajos recursos) una atención y trato en igualdad de condiciones y sin discriminación, orientada al desarrollo integral de su personalidad.

Ahora bien, si se lo analiza desde sus consecuencias inmediatas, la valoración de este fallo varía y me lleva a apoyar la decisión adoptada por la Corte en el primer caso: "Asociación Filantrópica de Beneficencia". Supuesto este en donde se privilegió la seguridad jurídica y se interpeló al Estado, a través del poder ejecutivo y legislativo, a reformar la legislación vigente. Es que la seguridad jurídica es uno de los principios fundamentales y básicos del ordenamiento constitucional democrático, a los fines de que todo ciudadano sepa a qué atenerse en sus relaciones con el Estado y los demás particulares. Se traduce en la confianza de todo individuo en la observancia y respeto de las situaciones derivadas de la aplicación de normas válidas y vigentes. Este principio básico se asienta sobre el concepto de predictibilidad, en el sentido de que cada uno conozca, *a priori*, las consecuencias jurídicas de sus comportamientos, promoviendo, en el orden jurídico, la justicia y la igualdad en la libertad. En los países desarrollados, una sólida seguridad jurídica ha permitido y permite inversiones importantes a largo plazo, como créditos amplios sin elevada tasa de interés. Entonces, una fuerte seguridad jurídica es indispensable en todo Estado y se erige en un presupuesto básico y esencial, para el desarrollo económico y social. Es por ello que sin una acción positiva que provenga del Estado encaminada a dar una solución a la problemática de los acreedores involuntarios vulnerables en los procesos de crisis, ante el rígido régimen de privilegios concursales, que cualquier juez, acudiendo al fallo "Institutos Médicos Antártida", pueda declarar en una quiebra privilegiado y prontopagable el crédito de sujetos vulnerables, considero que podría llegar a desestabilizar bases y cimientos estructurales, no solo de la legislación concursal, sino de todo el ordenamiento jurídico argentino, con afectación de la seguridad jurídica.

De ese modo, una solución como la apuntada, en un contexto en donde el Estado no evalúa esta situación y no reforma la legislación concursal, desencadenaría, además, graves repercusiones en el régimen de garantías, considerando que en aquellos casos en los que puedan estar com-

prometidos los derechos de un menor de edad, quien otorgue el crédito verá su garantía desplazada y disminuida, ocasionando inconvenientes a la circulación del crédito e inseguridad jurídica en el tráfico mercantil. Difícil sería, con la proliferación de fallos en este sentido, imaginar el financiamiento de los medios de transportes (principalmente empresas de ómnibus, ferroviarias, aéreas) o bien la construcción, modernización o financiación de establecimientos médicos, en donde por desgracia constantemente ocurren siniestros, y lamentablemente, un porcentaje no menor de ellos involucran menores de edad. En este sentido, evaluando las circunstancias fácticas del caso, surge la preocupación de que, en caso de llegar a ser un criterio preopinante en la Corte Nacional, qué persona u entidad con fines de lucro o bajo qué condiciones conferirá un crédito importante para financiar estas actividades mencionadas, si nuestro ordenamiento no reconocerá preferencia cuando se vean involucrados los derechos de los menores de edad, quienes tendrían un privilegio especial prioritario absoluto a cualquier otro sujeto o profesional represente a las partes involucradas en el asunto.

En este marco, el fallo citado, en cuanto protege y da primacía a los derechos del menor hipervulnerable, es loable. Pero no puede desconocerse que se está haciendo sopesar en los demás acreedores (que no cobrarán sus créditos y que, seguramente, también puede encontrarse en situaciones de vulnerabilidad —desconocidas por el magistrado—) y de los profesionales intervinientes (cuyos honorarios tienen naturaleza alimentaria) la obligación del Estado de articular mecanismos óptimos de tutela de los derechos humanos básicos de sujetos vulnerables. Es el Estado el sujeto pasivo de las obligaciones consagradas en las convenciones internacionales y, por ende, el que debía asegurar el pleno goce de los derechos en cuestión, sin que correspondiera trasladar esa obligación a los demás acreedores concurrentes que contaban con un privilegio legalmente reconocido, como sucedería en el caso con los acreedores hipotecarios que verían postergado el pago de sus créditos.

En este escenario, considero que el fallo "Institutos Médicos Antártida" responde al nuevo paradigma de interpretación constitucional y convencional del Derecho (arts. 1 a 3 del CCyCN y art. 75, inciso 22, CN) y pondera la satisfacción del crédito de un menor hipervulnerable, que será destinado a intentar mejorar su calidad de vida. Esta resolución debe servir como un mecanismo de exhortación a nuestro Estado para que, de un modo inmediato, se avoque a reformar la legislación vigente y prever mecanismos de reparación rápida e integral de los créditos de menores vulnerables en los procesos de insolvencia, conjugando los derechos de los demás acreedores concurrentes.

Ahora bien, si el Estado no toma ese compromiso, asumido en el art. 2 de la CADH, y de proliferarse este tipo de sentencias, primará la pérdida

de la dimensión formal e institucional del derecho con una fuerte inseguridad jurídica en las transacciones comerciales, con la consecuente disminución del crédito a este tipo de establecimientos médicos o, en su defecto, un extremo encarecimiento del mismo.

Por otra parte, el argumento que la doctrina emplea para aprobar el segundo y más reciente fallo de la CSJN, que se vincula a que gracias a su dictado la Argentina se exime de responsabilidad internacional ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, no es acertado. Basta con leer la doctrina sentada en la resolución del caso "Furlán"[221] para evidenciar que, en los juicios tratados en este apartado, el Estado argentino ha violado el derecho humano a obtener una decisión judicial en un plazo razonable —por incumplimiento de sus recaudos: a) complejidad del asunto; b) actividad procesal del interesado; c) conducta de las autoridades judiciales y d) afectación jurídica de la parte interesada e impactos en la integridad personal—, dado que la fecha del siniestro fue en 1990 y la decisión judicial en comentario es dictada a principios del 2019. Dada la situación inflacionaria de nuestro país, el derecho de propiedad del menor vulnerable también se ha visto conculcado en este caso. En esta línea de pensamiento, la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso "Institutos Médicos Antártida" —segundo caso—, sea que confirmara el criterio sentado en "Asociación Filantrópica de Beneficencia" —primer caso— o que resolviera del modo en que lo hizo —privilegiando el crédito del menor hipervulnerable y declarando inconstitucional el régimen de privilegios concursales—, igualmente nuestro Estado puede ser pasible de responsabilidad internacional ante los organismos protectorios interamericanos de los derechos humanos.

Finalmente, y más allá de lo expuesto, este reciente fallo será de gran utilidad a los fines de abrir un cauce dentro del derecho judicial y permitir la convocatoria a los legisladores a una serena y profunda reflexión sobre el tratamiento de este tipo de créditos, en armonía y sin conculcar derechos de terceros, igual de legítimos que aquellos. Deberán encontrarse y conjugarse, entonces, medidas y herramientas idóneas, de diversa naturaleza, para la satisfacción íntegra de los derechos del menor y otros sujetos vulnerables, sin violentar derechos legítimamente reconocidos a terceros ni alterar el equilibrio fundamental otorgado por la igualdad estricta que debe primar en toda relación de derecho privado, inspirada por los lineamientos de la justicia conmutativa.

221 Corte IDH, 31/08/2012, "Furlán y Familiares vs. Argentina", LL, RCyS, 2013-II-276.

LA TRANSVERSALIDAD DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DDHH EN EL RÉGIMEN DE PRIVILEGIOS DE LA LCQ

BASTEIRO, Maximiliano, GALLARDO, Rocío y JALIF, Kalanit Nayla

Ponencia

Nuestra jurisprudencia ha empezado a tomar un camino evolutivo hacia la aplicación no solo del cuerpo normativo local, sino también del internacional, teniendo como objetivo priorizar los derechos humanos y a las personas humanas que componen los procesos concursales por los derechos de contenido económico o patrimonial. Es necesario continuar este camino y humanizar al derecho comercial y, en particular, el derecho concursal, ya que no solo afecta a relaciones comerciales, sino que también, indirectamente, lo hace con las personas humanas. Es por este motivo que el rol de los jueces debe ser activo y no pasivo, en pos de garantizar el cumplimiento de los derechos que se les han ido otorgando a personas vulnerables. Asimismo, el Estado Nacional es el que debe renunciar a su privilegio o preferencia en un proceso de quiebra, cuando se enfrente a un acreedor que resulte ser una persona vulnerable, con la finalidad de garantizar la protección del mismo.

Desarrollo

La reforma de la Constitución Nacional efectuada en 1994 trajo aparejada la incorporación de los tratados internacionales con jerarquía constitucional y, en consecuencia, la superioridad de estos sobre ciertas leyes ya legisladas. De allí surge que cuando exista una discrepancia entre una ley local y un tratado internacional, es este último el que debe prevalecer.

La Ley de Concursos y Quiebras N° 24.522 (LCQ) establece un sistema cerrado. Este sistema está compuesto por el principio de legalidad, en cuanto indica que los privilegios solo pueden ser creados por la ley; el principio de accesoriedad del crédito, en el cual se establece que el privilegio sigue la suerte del crédito; el de indivisibilidad, que establece que el privilegio recae sobre toda la cosa; y el de interpretación restrictiva. Este último es el que nos atañe al tema de esta ponencia.

Ahora bien, el sistema establecido en la LCQ no deja lugar a dudas sobre cuál es el orden de prelación de cada uno de los créditos. Sin embargo,

en los últimos años ha surgido la cuestión del acreedor involuntario, que es aquel que no negoció ni transó con el deudor y se encuentra siendo acreedor de este. Un ejemplo muy claro de esto es un caso de mala praxis médica.

Partiendo de esta base, nos encontramos con los acreedores llamados "vulnerables", en los cuales podemos incluir a: menores de edad, personas con discapacidad, adultos mayores, empleados, entre otros. La protección a dichos "sujetos vulnerables" se encuentra intrínsecamente ligada al principio de igualdad, atento a que no puede existir igualdad si las personas que se encuentran en este supuesto no cuentan con una protección especial, y de allí la importancia de la especial tutela de sus derechos. Por tal motivo, estos acreedores son los que traen aparejados derechos incluidos en los tratados internacionales con jerarquía constitucional, y es allí donde se produce el quiebre del sistema establecido en la LCQ, ya que el privilegio recae sobre la persona y no así sobre el crédito de esta.

Hasta hace unos años atrás, parecía ser que nuestro Poder Judicial no tenía en cuenta aquellos tratados que habían sido incorporados a la legislación, ya que los créditos de las personas vulnerables en procesos de quiebra eran considerados siempre como "quirografarios".

En el fallo "Pinturas y Revestimientos Aplicados SA S/ quiebra", nuestro Máximo Tribunal estipula que los instrumentos internacionales ratificados "*no son de carácter meramente programático, 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*". Le otorga así a un trabajador, una preferencia en el cobro en su indemnización por un accidente de trabajo, por ante el Estado Nacional, ya que este se encontraba en una situación de inferioridad. Interpreta así a la Recomendación N° 180 y el Tratado de la OIT N° 173 y torna su aplicación operativa y entiende que a partir de ello se lo debe hacer de manera automática.

De esta manera, la Corte pregona los beneficios que allí se regularon para los trabajadores, es decir, que los créditos laborales no pueden estar desprotegidos, como tampoco los derechos de primera necesidad de las personas vulnerables.

Consecuentemente, la Sala C de la Cámara Nacional de Apelaciones Comercial el 10 de mayo del año 2018, en "La Economía Comercial S.A. de Seguros Generales y otros s/ quiebra s/ incidente de verificación de crédito por Tules Yolanda Herminia", enlazó las disposiciones de la ley concursal y creó un derecho al pronto pago de un crédito que no debía contar con dicho beneficio —no era acreedor labral— fundándose en la edad que tenía este acreedor y su condición de salud y, principalmente,

en que ese crédito era necesario para satisfacer una necesidad básica. En base a ello, entiende que el acreedor se encontraba dentro de lo que conocemos como personas vulnerables.

Por otro lado, la Corte fue más allá de lo dictaminado en el fallo "Pinturas y Revestimientos Aplicados SA S/ quiebra", al tratar su voto minoritario en el fallo "Asociación Filantrópica Francesa y de Beneficencia S/ Quiebra" y en la sentencia de "Institutos Médicos Antártida". La composición de la Corte Suprema de Justicia de la Nación se encontraba compuesta por diferentes personas —situación ya sabida y que por la brevedad de este trabajo no se explicará— y dio lugar a la inconstitucionalidad del sistema de privilegios creando lo que se denominó un "Super privilegio especial y de primer orden" para que se le pague el crédito a un menor discapacitado que hacía más de veinte años luchaba por ello, priorizando el derecho a la salud y a la vida digna del niño discapacitado receptados en múltiples instrumentos internacionales ratificados por nuestro Estado.

En otras palabras, lo que se trata de demostrar en estos fallos es que los privilegios establecidos en la ley pueden verse modificados para alterar su orden de pago o pueden crear nuevos, siempre y cuando sea para beneficiar a una persona vulnerable o que se encuentra ante una inferioridad o perjuicio. Así pues, entendemos que si bien la ley comercial trata a todos los acreedores por igual, no todos estarían en una misma igualdad. No nos referimos a la diferencia que podría darse entre un particular o acreedor laboral y una empresa que sea acreedora, sino a cada caso en concreto que podría ocasionar un mal mayor en caso de seguir con un sistema taxativo que no pondera situaciones especiales como en los casos explicados.

En base a lo expuesto, notamos que el Poder Judicial tomó una participación más activa e interpretativa, sin que la ley concursal se haya visto reformada. Las sociedades evolucionaron y el tratamiento que se le dio a ciertas cuestiones cobró una mayor importancia que no se encuentra reflejada en la normativa local.

De esta forma, podemos ver cómo nuestra jurisprudencia ha empezado a tomar un camino evolutivo hacia la aplicación no solo del cuerpo normativo local, sino también del internacional, teniendo como objetivo priorizar los derechos humanos y a las personas humanas que componen los procesos concursales por los derechos de contenido económico o patrimonial.

En nuestra consideración, el Estado Nacional es el que debe renunciar a su privilegio o preferencia en un proceso de quiebra, cuando se enfrente a un acreedor que resulte ser una persona vulnerable, ya que con todos los instrumentos que este cuenta para poder afrontar los tiempos que un proceso judicial de este tipo conlleva, hasta el pago de su crédito,

perjudicaría a un acreedor que no posee las mismas herramientas que él. Creemos que con todos estos cambios que se han iniciado, se logrará humanizar al derecho comercial y, en particular, el derecho concursal, ya que no solo afecta a relaciones comerciales, sino que también, indirectamente, lo hace con las personas humanas. Es por este motivo que el rol de los jueces debe ser activo y no pasivo, en pos de garantizar el cumplimiento de los derechos que se les han ido otorgando a personas vulnerables.

PRIVILEGIOS CONCURSALES FRENTE A LOS PROCESOS CON SUJETOS VULNERABLES DEL NUEVO CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL Y COMERCIAL DE LA PROVINCIA DE CORRIENTES. UN GRAN AVANCE

MARTINEZ, Miguel G.

I.- Introducción

La igualdad en el tratamiento de los acreedores de parte del deudor en un concurso preventivo es uno de los principales principios que caracterizan a los procesos concursales, y es el juez quien debe velar por su aplicación irrestricta. Es decir que, por regla general, todos los acreedores han de soportar igualitariamente el efecto del acuerdo preventivo o resolutorio homologado, dando las mismas quitas, esperas u otras estipulaciones al deudor común, en la quiebra participa *pari passu* en la distribución del producido de la liquidación de los bienes del deudor común, y cuando el resultado de esa liquidación sea insuficiente para atender a la totalidad de los créditos, se repartirá a prorrata del sobrante de los créditos[222].

Pues bien, la excepción al referido principio se encuentra en la determinación de rangos en consideración a las características de los créditos que se establece a través del régimen de los denominados "privilegios concursales". Estos, como es sabido, solo pueden nacer del acuerdo de partes o de una disposición legal. En la ley de concursos y quiebras este orden de prioridades de cobro se encuentra establecido en los arts. 239, siguientes y concordantes.

Ahora bien, este régimen absoluto y cerrado, de aplicación e interpretación restrictiva, en donde el orden de cobro solamente surge de lo estipulado por la ley de concursos, con el correr de los años fue puesto en tela de juicio como consecuencia de casos puntuales y concretos que fueron receptados por la jurisprudencia. En "Privilegios Concursales, la corte que viene y va"[223], se detalla alguno de los procesos donde se dejó de lado el orden establecido para excepcionalmente disponer el cobro prioritario de esta clase de acreedores.

222 Rivera, Julio Cesar, *Derecho Concursal*, Tomo I, La Ley, 2010, p. 345.
223 Vítolo, Daniel R., *PRIVILEGIOS CONCURSALES, Doctrina Societaria y Concursal*, ERREPAR (DSCE), XXXI, marzo, 2019.

Se destacó el caso "González Feliciana", donde se dispuso el cobro prioritario en virtud de la avanzada edad del acreedor. "Fava", conocido también como "Institutos Médicos Antártida SA", donde se tuvo en cuenta la Convención de los Derechos del Niño y el Pacto de San José de Costa Rica —Convención Americana de los Derechos Humanos—, tratados reconocidos constitucionalmente, otorgando prioridad a un niño que debió ser indemnizado por una mala praxis médica. En "La Economía Comercial SA de Seguros Generales y otro s/quiebra, Incidente de verificación de crédito de Tules, Yolanda Erminia", la Sala C, de la Excelentísima Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, el 10/5/2018, dispuso beneficiar con el pronto pago a una mujer de más de 80 años.

II.- La Corte Suprema de Justicia y sus fundamentos en la vulnerabilidad del sujeto

Como se podrá apreciar, la igualdad de acreedores como principio es dejado de lado excepcionalmente frente al orden de los privilegios, resultando que ahora también estos son dejados de lado. Justifica esta realidad el hecho de que todos los acreedores a los cuales se les ha aceptado su cobro de manera prioritaria apartándose de las escalas de los privilegios tienen un denominador común, que es la vulnerabilidad del sujeto.

Destaco esta denominación pues es la utilizada por la Corte Suprema para calificar y darle entidad al cobro prioritario por sobre el ordenamiento de los privilegios, teniendo como base las convenciones internacionales que se violan en virtud de los casos concretos.

En **"Pinturas y Revestimientos aplicados SA"**, si bien se trató de un rango de cobro otorgado específicamente por el Convenio Nº173 de la OIT, que no se encuentra entre los previstos por el orden establecido por la ley concursal, la Corte Suprema destacó que el régimen de privilegios previsto en la ley 24.522 debe ser integrado con las disposiciones previstas en los instrumentos internacionales que fueron incorporados a nuestro sistema jurídico con rango superior a las leyes. Allí el Tribunal consideró que las normas internacionales invocadas por el apelante —Convenio N° 173 de la OIT—, para verificar su crédito laboral con el carácter de privilegiado, establecían expresamente que los créditos adeudados a los trabajadores en razón de su empleo debían quedar protegidos por un privilegio en caso de insolvencia del deudor y que, como consecuencia, desplazaban a las reglas de la ley concursal que se opongan a sus disposiciones.

Pues bien, en "**Asociación Francesa Filantrópica y de Beneficencia s/ quiebra. Incidente de verificación de crédito por L. A. R. y otros**", entre otros fundamentos se expresó que la calificación del crédito derivado

de una indemnización por mala praxis al tiempo del nacimiento del hijo de los reclamantes, como quirografario y no privilegiado, no lesionaba derechos de raigambre constitucional, pues ni las Convenciones sobre los Derechos del Niño y sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad invocadas, ni la ley 26.061 contienen referencias específicas a la situación de los niños o personas con discapacidad como titulares de un crédito en el marco de un proceso concursal. 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 (votos por la mayoría).

Por la minoría (Dr. Maqueda) dispuso que la extrema situación de vulnerabilidad de un joven con discapacidad total desde el nacimiento derivada de una mala praxis y el pedido que tiene por objeto satisfacer sus derechos esenciales, llevaban a concluir que el crédito en cuestión debía estar resguardado por un privilegio, que lo colocara en un plano superior al de los demás créditos privilegiados en la quiebra de la demandada, con el fin de garantizar -en alguna medida- el goce de su derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud y de una vida plena y decente en condiciones que aseguraran su dignidad.

Ahora bien, en marzo de 2019 la misma Corte, en **"Institutos Médicos Antártida s/quiebra s/inc. de verificación (R.A.F. y L.R.H. de F.)"**, fijó el criterio un tanto distinto a lo anterior estableciendo que la extrema situación de vulnerabilidad y la falta de recursos económicos suficientes para afrontar los tratamientos médicos adecuados para que el incidentista lleve el nivel más alto posible de vida digna, sumado a la especial protección que los instrumentos internacionales incorporados a nuestro sistema jurídico con igual rango constitucional (art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional) le otorgan a su persona, conducen a considerar inconstitucionales las normas concursales en juego -arts. 239, primer párrafo; 241; 242, parte general; 243, parte general, e inc. 2 de la ley 24.522-, habida cuenta de que no dan una respuesta adecuada, definitiva y acorde con la situación descripta al no prever privilegio o preferencia de pago alguno que ampare y garantice el goce de los derechos constitucionales involucrados. Recordemos que se trató de un crédito originado de una indemnización concedida por la mala praxis médica que le produjo sufrimiento fetal agudo con afección de todos los órganos y especialmente del cerebro y le implicó una incapacidad total e irreversible del orden del 100% (cuadriplejia y parálisis cerebral).

III.- El nuevo Código de procedimiento de la Provincia de Corrientes y

la vulnerabilidad

En la provincia de Corrientes, jurisdicción donde ejerzo la profesión y desarrollo mi actividad profesional, se ha sancionado la ley 6559/2021 que aprueba el nuevo y moderno Código Procesal Civil y Comercial local, cuya entrada en vigencia está prevista para el primer día del mes de diciembre del presente 2021. Entre los objetivos trazados por la Comisión redactora se encuentra el de "lograr la armonización de las estructuras, instituciones y técnicas procesales con el sistema trasnacional de los derechos humanos que conforma el bloque de constitucionalidad federal en virtud de lo previsto en la Constitución Nacional (art. 75, inc. 22), y los preceptos adjetivos con marcada dosis de activismo judicial del Código Civil y Comercial de la Nación" y "dotar a los justiciables de procesos efectivos y eficaces, fácilmente accesibles, rápidos y económicos que, con igualdad real y sin desmedro alguno de las garantías del debido proceso, les brinden un servicio de calidad que se concrete en una sentencia justa y en plazo razonable".

Sobre la base de preceptos contemplados por tratados internacionales de jerarquía constitucional (CN, art. 75, inc. 22) y las Reglas de Brasilia; con la finalidad de hacer operativo el principio de igualdad real de oportunidades (que impone remover los obstáculos que coloquen a ciertos justiciables en inferioridad de condición), los artículos 46 y siguientes del CPCC de Corrientes regulan sobre procesos (cuales quiera sean sus tipos y procedimientos) en los que intervengan personas en "condición de vulnerabilidad"[224].

Con estos propósitos en miras, se incorpora en el LIBRO I. PARTE GENERAL – TÍTULO I, un capítulo sexto dedicado a los **procesos con sujetos vulnerables**. En este se establece en su art. 46 que las "normas de este Capítulo se aplicarán de oficio en los actos y procesos judiciales, de cualquier instancia, donde intervengan personas en condición de vulnerabilidad, siguiendo las normas, principios y directivas de garantía del acceso a la jurisdicción contenidas en la Constitución Nacional, la Constitución Provincial, los Tratados Internacionales con jerarquía constitucional, las 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de Personas en Condición de Vulnerabilidad, y demás normas vigentes".

En el art. siguiente (47) se incorpora la definición de qué persona se considera en condición de vulnerabilidad, siguiendo el concepto de las 100 Reglas de Brasilia, cuya adhesión de parte de la Corte Suprema se efectuó por Acordada Nº05/2009, siendo aquellas que por razón de edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas, y/o culturales, encuentran dificultades para ejercitar con plenitud

224 Midón, Marcelo Sebastian, *NUEVO CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y COMERCIAL de la provincia de Corrientes – Ley Nº6556/2021*, ConTexto, p. 32, año 2021.

ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico. A su vez, establece la forma de acreditación de dicha condición (art. 48), como de la conformación de un equipo técnico interdisciplinario (art. 49).

Es tan protagónica esta institución en nuestro nuevo Código de Forma, que entre los deberes de los jueces, art. 56, inc. "h", se establece realizar aun de oficio, los ajustes razonables necesarios y tomar las acciones positivas a su alcance, a los efectos de proteger a las personas en condición de vulnerabilidad; para continuar en el art. 57, inc. "d" con el deber de controlar el cumplimiento de las sentencias, que reconocen los derechos de personas en condición de vulnerabilidad, ya sea por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas, y/o culturales.

IV.- Conclusiones

Por lo tanto, es clara la intención de modernidad que le ha impreso el legislador a la hora de sancionar el nuevo Código Procesal Civil y Comercial, al introducir este tipo de institutos como son las personas en condiciones de vulnerabilidad, siguiendo la línea de nuestra Constitución Nacional y los tratados internacionales. Considero que estamos en presencia de un Código de avanzada que intenta equilibrar los derechos existentes tan desiguales entre las partes, de manera rápida y efectiva.

Para algunos podría ser cuestionada su constitucionalidad, habida cuenta la prelación de las leyes, pero, sin dudas, servirá como antecedente normativo para el juez concursal a la hora de dictar sentencia, ya que se aplica de oficio en cualquier tipo de proceso, y donde un sujeto se encuentre en situación de vulnerabilidad, evitando tener que discutir eternamente la prioridad en el cobro, incluso hasta esperar una decisión de nuestro más Alto Tribunal.

Coincido plenamente cuando se dice que, aunque suene antipático e insensible, ante las situaciones sometidas a debate, esto es una cuestión de Estado y no de los acreedores concursales, es una cuestión de justicia y no de caridad[225], pero tampoco podemos dejar de tener en cuenta que la armonización del Derecho Concursal con las otras ramas del derecho, sobre todo el constitucional, es evidente y esto ya no se puede evitar. Sumando también la aplicación supletoria de la ley concursal a las normas procesales del lugar del juicio que sean compatibles con la rapidez y economía del trámite concursal, en cuanto no esté expresamente dis-

225 Graziabile, Darío J., Necesaria ratificación de la constitucionalidad de los privilegios concursales (a propósito del antecedente de la CSJN "asociación francesa filantrópica"), *Doctrina Societaria y Concursal ERREPAR (DSCE)*, XXXI, febrero 2019.

puesto. En efecto, el Estado otorga otra herramienta más al juez en su rol de director del proceso para que imparta justicia de la manera más equitativa y razonable posible.

Por ello, la incorporación de este capítulo en la normativa procesal, al ser aplicado a todo tipo de proceso, incluso de oficio, podría impactar de lleno en un proceso concursal y más, si se llegara a tener que dilucidar una cuestión como la de un acreedor que encuadre en este tipo de condiciones.

Estamos en presencia, entonces, de un gran avance.

PROCESO CONCURSAL, VULNERABILIDAD E HIPERVULNERABILIDAD

FUSHIMI, Jorge F.

Ponencia

Creemos que las resoluciones judiciales que otorgan una superprivilegiada a los hipervulnerables, están cometiendo un gran error al socializar entre los acreedores concursales la responsabilidad por los daños irrogados a tales personas humanas. Tratándose de situaciones de acreedores involuntarios víctimas de diversos actos dañosos de las personas jurídicas fallidas o concursadas, no deben ser los acreedores los que deban soportar el costo adicional de actos vinculados con la culpa, dolo o preterintención del deudor. Lejos, consideramos que la responsabilidad primera cabe a los socios o responsables, y el costo del siniestro trasladarse a las aseguradoras (si existieran y correspondiera), o a los mismos responsables directos, administradores y controlantes. Subsidiariamente, también el Estado es el responsable final de la protección y amparo de estas personas. El traslado de esta responsabilidad a los acreedores, a mediano plazo, tiene como efecto el aumento del costo argentino.

1. Introducción

La humanización del derecho y la constitucionalización del derecho civil y comercial han sido fenómenos bienvenidos por la doctrina nacional, en pleno. La introducción de la problemática de la vulnerabilidad económica y/o social a la que están expuestas las personas humanas por razones de sexo, edad, salud, orientación o elección sexual, religión, pobreza, marginalidad, discriminación, etc., son cuestiones que deben ser atendidas por el Estado, que es el agente que debe actuar como redistribuidor de recursos para evitar el daño a los vulnerables. La Real Academia Española define al término *vulnerable* como “Que puede ser herido o recibir lesión, física o moralmente”. Y cuando vemos la expresión *lesionar*, recordamos que desde hace mucho tiempo el viejo Código de Vélez Sarsfield protegía o amparaba a quien se encontraba en una situación desventajosa respecto de otra, en razón de su inexperiencia, ligereza o necesidad. No era necesario que el lesionado fuera incapaz, el límite para la lesión era más cercano. La jurisprudencia y la doctrina fueron ampliando estos

límites y haciéndolo extensible a otras situaciones. La reforma constitucional de 1994, a través de la incorporación de los tratados internacionales (en especial de defensa de los derechos humanos) en el inciso 22 del artículo 75, y las disposiciones del inciso 23 del mismo artículo, pusieron la responsabilidad de proteger y amparar a las personas en situación de vulnerabilidad y de compensar las carencias para evitar esta situación o minimizar la exposición al daño.

Las entidades intermedias como las asociaciones civiles y las fundaciones, en tanto su objeto sea el bien común o el interés general, coadyuvan a los fines del Estado y así, también son actores del amparo social.

Sin embargo, no creemos que las empresas —en tanto entes privados con fines de lucro y con objeto social de la realización de diversas actividades económicas rentables— deban soportar la carga de proteger y amparar a las personas en situación de vulnerabilidad, salvo que la actividad empresaria genere daño. En tal caso, poco importa si el damnificado es vulnerable o no, aunque la mayor situación de vulnerabilidad pueda colocar a una víctima en una situación de privilegio respecto de otro damnificado menos vulnerable. Sin embargo, ante el daño, reiteramos, no hay razones para que el vulnerable se encuentre en mejor posición que el no vulnerable.

La cuestión se agrava especialmente cuando el deudor concursado o fallido debe afrontar obligaciones para con acreedores en situación de vulnerabilidad. Máxime si, además de ser vulnerables, son acreedores involuntarios.

El estado nacional, mediante el documento oficial titulado *Grupos en situación de vulnerabilidad y derechos humanos - Políticas públicas y compromisos internacionales*[226] definió a los grupos en situación de vulnerabilidad como "aquellos grupos de personas o sectores de la población que, por razones inherentes a su identidad o condición y por acción u omisión de los organismos del Estado, se ven privados del pleno goce y ejercicio de sus derechos fundamentales y de la atención y satisfacción de sus necesidades específicas". El mismo documento explica que *el concepto tradicionalmente usado de "vulnerabilidad" se asocia al de "debilidad" e "incapacidad" o "en riesgo", y constituye una identidad devaluada del grupo al que califica y así refuerza su discriminación. Por ello, resulta más adecuada la expresión "grupos en situación de vulnerabilidad*". El

226 En la página web oficial: http://www.jus.gob.ar/media/1129151/31-grupos_vulnerables.pdf. La publicación fue realizada por la Dirección Nacional de Atención a Grupos en Situación de Vulnerabilidad, dependiente de la Subsecretaría de Protección de Derechos Humanos de la Secretaría de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación. Edición, corrección, diseño y diagramación: Área de Publicaciones de la Secretaría de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, Octubre de 2011.

documento, pues, reconoce la responsabilidad del Estado en no atender debidamente las necesidades específicas de estos grupos y deja en claro de quién es la responsabilidad de la protección y cuidado de estos grupos y sus integrantes.

La doctrina y la jurisprudencia, por su parte, ha incorporado los conceptos de doble vulnerabilidad o hipervulnerabilidad, quizás en un primer momento, destinado al derecho de los consumidores, aunque la expresión se ha extendido a otras situaciones. Eduardo M. Favier Dubois[227] expresa: "*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 y la persona consumidora es una de las posibles facetas de su actuación[228].

2. Desarrollo

En materia concursal, algunos fallos contradictorios —dictados por la propia CSJN con pocos meses de diferencia— han introducido al hipervulnerable como una categoría especial de superacreedor superprivilegiado que desplaza a todos los demás privilegios, con fundamento en diversos tratados internacionales incorporados como parte integrante de la Constitución Nacional a partir de 1994. En el más reciente de ellos, "Institutos Médicos Antártida s/ quiebra s/ inc. de verificación (R. A. F. y L. R. H. de F.)"[229] del 26/03/2019, se dijo: "*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. 2º, 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*". De esta manera, se declaró inconstitucional al régimen de privilegios de la ley concursal y se confirió un superprivilegio[230], que no emerge de la ley, a una persona

227 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.
228 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".
229 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.
230 Y decimos *superprivilegio* porque desplaza a todos los demás privilegios, sin importar su monto, antigüedad u orden de prelación, y —como si esto no bastara— es prededucible, de modo que se le garantiza —de alguna manera— un pronto cobro.

humana padeciente. Sin embargo, muy pocos meses antes, en el caso "Asociación Francesa Filantrópica y de Beneficencia s/ quiebra s/ incidente de verificación de crédito por L. A. R. y otros"[231], del 06/11/2018, la mayoría decidió en sentido contrario al anterior: "*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*". Se mantiene así, incólume, el régimen de privilegios concursales. ¿La seguridad jurídica? Bien. Gracias.

El problema de los fallos y posturas coherentes con "Institutos Médicos Antártida", donde se privilegia el derecho de los hipervulnerables por encima del régimen concursal, es que están errando el enfoque de manera grosera, por cuanto en ambos casos, la responsabilidad debe recaer sobre quienes fueron realizaron los actos de mala praxis y no sobre los acreedores de la persona jurídica que —en definitiva— son los que soportan la socialización de los quebrantos de la concursada o de la fallida, tal como lo sostenía Karsten Schmidt en su conferencia inaugural del II Congreso Iberoamericano de la Insolvencia y IV Congreso Nacional de Derecho Concursal, de octubre de 2000 en La Cumbre, provincia de Córdoba[232]. En segundo lugar, hemos dicho que la atención de los grupos vulnerables

231 CSJN: "Asociación Francesa Filantrópica y de Beneficencia s/ quiebra s/ incidente de verificación de crédito por L. A. R. y otros", 06/11/2018; Cita Fallos Corte: 341:1511; Cita: TR LALEY AR/JUR/56326/2018.

232 Al respecto, Daniel Truffat sostiene que, sin socialización del daño, no hay concurso (Truffat, E. Daniel: "Sobre el acuerdo concordatario abusivo", en: *Jurisprudencia Argentina*, Cita: TR LALEY 0003/014931): "Porque sin socialización de daño no hay concurso; pero ella no puede importar enriquecimiento incausado para el deudor o sus socios".

y más con los doblemente vulnerables o hipervulnerables corresponde al Estado, al menos en forma subsidiaria. ¿Por qué, entonces transferírsela a los acreedores que son sujetos del derecho privado y que nada tuvieron que ver con el daño recibido por los hipervulnerables?

Adviértase, pues, que en ambos casos hubo personas que padecieron graves consecuencias en su salud, con motivo de malas praxis cometidas en dos centros médicos diferentes, que —luego de mucho tiempo de litigio— no pueden ver reparadas monetariamente porque la persona jurídica obligada se presenta en un proceso de naturaleza concursal. Entendemos que, por razones de limitación de la responsabilidad de las personas humanas, los profesionales directamente responsables no habrán respondido. Entendemos que tampoco habrían respondido las compañías aseguradoras de profesionales ni de los centros médicos, y entonces, por vía del proceso concursal, la obligación de reparar el daño termina incidiendo económicamente sobre los derechos creditorios de los acreedores cuyos créditos tuvieron como origen operaciones económicas "normales" celebradas con la concursada o fallida.

El acreedor, al celebrar un acto negocial de cualquier naturaleza, tiene en cuenta todos los elementos que hacen al riesgo de la transacción, incluyendo (cuando se trata de un acreedor diligente) la prevención de contratar seguros para casos de insolvencia, o bien computando una previsión para incobrabilidad que incrementa el costo de financiar al deudor. Por su parte, los acreedores profesionales (o hiperprofesionales, para seguir con el uso del término) como las entidades bancarias agregan al costo puro del dinero, una tasa de riesgo, que se incrementa no solo porque el deudor opera en la Argentina, sino por la actividad misma, susceptible de generar daños que involucren a terceros. Esto, obviamente, lleva los costos a niveles difíciles de predecir, pero que sin dudas contribuyen a aumentar —aún más— el costo argentino.

Alguna autora[233] ha sostenido que la responsabilidad de velar por los intereses de los hipervulnerables es responsabilidad de todos los operadores del derecho. No sabemos si coincidimos con esta afirmación, pero no podemos negar que los acreedores no son operadores del derecho. Son empresas y empresarios que operan comercialmente y a los que —en los casos de quiebras— se les impone soportar el peso de situaciones en las que nada tuvieron que ver, no asumieron por ninguna vía la obligación de indemnizar, pero —vía la privación de sus derechos creditorios— terminan soportando el peso de la negligencia, imprudencia o impericia ajena, de su culpa o dolo, sin que exista con relación a ellos ninguna relación causal. Es en estos casos donde debe actuar el Estado y asumir el costo del amparo al hipervulnerable.

233 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.

3. Conclusión

Consideramos que los jueces deben rechazar estas pretensiones y hallar la forma de obligar a que primero respondan las personas humanas que fueron los responsables directos de la situación de acreedor involuntario del hipervulnerable, y luego los administradores y socios de control de la persona jurídica (tal como sostenemos en otra ponencia con Efraín Hugo Richard, en este mismo Congreso). Subsidiariamente, deberá ser el Estado —nacional, provincial, o ambos, solidariamente— el que responda por los daños, atento al deber asumido al adoptar los tratados internacionales y darles rango constitucional. El Estado, a través de los enormes gastos que efectúa en materia de ayuda social, y a través de los amplios recursos de la seguridad social que percibe a trabajadores en relación de dependencia y a empleadores, el que otorgue la cobertura final, aunque subsidiaria, a la desprotección en que queda sumido el hipervulnerable en estos procesos, ya que —en definitiva— el bienestar general no es sino el primero y más claro objetivo del Estado, plasmado en el mismo Preámbulo de nuestra Carta Magna.

Por otro lado, creemos que todos aquellos funcionarios judiciales del ministerio público y magistrados que ciegamente disponen de beneficios de diversa índole a los hipervulnerables, solo por su condición, sin considerar otros elementos y sin comprender que al hacer incidir el costo sobre personas particulares no responsables solo logran que se aumenten las tasas de riesgo, se restrinja el crédito y aumente —en definitiva— el costo argentino. No se trata de justicia distributiva de "quitar al pudiente para darle al hipervulnerable", se trata de que el pudiente, por deleznable que fuere, no tiene por qué soportar sobre su peculio el costo de la vulnerabilidad ajena, ya que —como se dijo— es responsabilidad primera de quienes los colocaron en tal situación y, subsidiariamente, del Estado, conforme a toda la normativa vigente.

Las soluciones propugnadas en otro sentido no son justas y son profundamente inconstitucionales, toda vez que se priva de derechos patrimoniales fundados en razones que solo competen al Estado.

LA ÚLTIMA PORCIÓN

VANNEY, Carlos E.

Ponencia

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dictado, en menos de seis meses, dos sentencias que resultan contradictorias declarando, en la segunda de ellas, la inconstitucionalidad del régimen de privilegios de la LCQ. Creemos que esa declaración de inconstitucionalidad es de mucha gravedad y que resulta peligroso "romper" el sistema de privilegios, por lo que resulta sumamente urgente una revisión general del tema, Dicha revisión deberá llevarnos a dotar de privilegio a ciertos créditos, modificar los asientos sobre los que recaen otros y crear nuevos asientos (adecuados a los tiempos actuales y a la realidad de las empresas del siglo XXI), reformular los privilegios de los acreedores laborales y fiscales y suavizar algunas mayorías requeridas por la ley. De este modo estaremos brindando una mayor certeza al deudor y a los acreedores, y contribuiremos a conservar el crédito en general, con las consecuencias beneficiosas que eso implica en la economía de nuestro país.

Desarrollo

1. Introducción

El tema de los privilegios concursales nos recuerda a las tortas de cumpleaños. El día del cumpleaños estamos *in bonis*, ya que hay torta para todos. Al día siguiente, cuando ya queda poco de la torta —solo lo que sobró del cumpleaños del día anterior—, los hermanos se pelean por las últimas porciones, por lo que ya estamos en insolvencia. Pero de pronto aparece la madre o el padre y, afirmando que aún no la ha probado, toma una porción de lo poco que queda, por lo que estamos ante los gastos del concurso y —no en todos los casos— ante los honorarios del síndico de la quiebra. El problema surge cuando ya queda poco y nada de la torta y hay muchos interesados en ese último pedazo, por lo que debemos adjudicarla según las preferencias y el orden que indica el sistema de privilegios. Pero en el momento en el que ya cada uno cree que sabe si le toca algo o nada de los restos de esa torta, aparece alguien por detrás y toma esa última porción. En ese momento estamos leyendo el fallo de la Corte Suprema, dictado en Institutos Médicos Antártida.

Si hablamos de privilegios concursales, hablamos de escasez. Ya que, si no hubiera escasez y los bienes alcanzaran para todos, no solo no nos importarían los privilegios, sino que podríamos decir que estamos *in bonis*.

El sistema de privilegios ha sido tradicionalmente un sistema cerrado, regulado en la LCQ (si bien en el Código Civil y Comercial también se regulan los privilegios, se lo hace en forma parecida —no igual a pesar de lo que puede parecer ante una lectura rápida del art. 2582 y ss. del código—). La ley expresamente y taxativamente nos indica quién cobra antes y quién después, y quién tiene preferencia sobre determinados bienes del concursado o fallido.

El problema se presenta cuando ese orden se ve alterado por normas ajenas al sistema cerrado de privilegios y la irrupción y aplicación de estas normas "rompen" ese sistema, como ha ocurrido hace poco más de dos años. Nos enfrentamos entonces a una crisis del sistema de privilegios.

2. Dos fallos contradictorios

El 6 de noviembre de 2018 la Corte Suprema de Justicia de la Nación dictó sentencia en la causa "Asociación Francesa Filantrópica y de Beneficencia s/ quiebra s/ incidente de verificación de crédito por L.A.R. y otros"[234]. En dicho fallo, a través del voto de mayoría formado por los Dres. Rosenkrantz, Lorenzetti y Highton de Nolasco, el tribunal expresó 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"*, rechazando en consecuencia la pretensión de declarar inconstitucional el sistema de privilegios[235].

Menos de seis meses más tarde, la Corte Suprema vuelve a expedirse sobre la inconstitucionalidad del sistema de privilegios, al dictar sentencia —con fecha 26 de marzo de 2019— en los autos "Institutos Médicos Antártida s/ quiebra s/ inc. de verificación (R.A.F. y L.R.H. de F.)"[236]. Pero en

234 Ver en: http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoById.html?idDocumento=7477563&cache=1619654400121.

235 En primera instancia (Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Comercial N° 20) se declaró la inconstitucionalidad del régimen de privilegios concursales previsto en los arts. 239, 1° párrafo, 241, 242 parte general y 243 parte general e inc. 2°, todos de la LCQ, verificando en consecuencia un crédito, que se presentaba como quirografario, con privilegio especial prioritario de cualquier otro privilegio. La Sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial revoca esa sentencia reconociendo el crédito con carácter de quirografario. Interpuesto el recurso extraordinario por los incidentistas, la Fiscal de la Cámara Comercial y la Defensora de Menores e Incapaces, este es concedido por lo que el expediente llega a la CSJN, la cual dicta sentencia confirmando lo decidido por la Cámara.

236 Ver en: https://www.cij.gov.ar/nota-33937-La-Corte-Suprema-privilegi--el-cr-dito-concursal-de-una-persona-con-discapacidad.html.

esta oportunidad, con una composición diferente del Alto Tribunal —ante la excusación del presidente Rosenkrantz y la convocatoria de la conjueza Graciela Medina— cambia la postura adoptada en Asociación Francesa y declara *"la inconstitucionalidad de los arts. 239 primer párrafo; 241; 242 parte general; 243 parte general e inc. 2° de la ley 24.522, y se verifica a favor de B.M.F. un crédito con privilegio especial prioritario de cualquier otro privilegio"*. Formaron mayoría con la Dra. Medina —que decidió según su propio voto— quienes habían sido minoría en el precedente del año anterior, los Dres. Maqueda y Rosatti y votaron ahora en disidencia los Dres. Lorenzetti y Highton de Nolasco.

3. Un proceso en trámite

Si bien suponemos que puede haber varios procesos donde se debatan estas cuestiones, hay un tercer proceso actualmente en trámite del cual tenemos conocimiento. La diferencia con los antecedentes mencionados anteriormente, además de que aún no llegó a la Corte Suprema, radica en que no estamos frente a una quiebra sino ante un concurso preventivo[237]. Al momento de escribir esta ponencia el expediente se encuentra en la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial –Sala F– a fin de resolver la apelación contra la sentencia de primera instancia, dictada el 28 de diciembre de 2020, que resolvió rechazar el planteo de inconstitucionalidad y declarar el crédito verificado como quirografario. Dicha sentencia fue apelada, habiendo dictaminado la Fiscal de Cámara[238] solicitando *que "se declare la inconvencionalidad de los arts. art. 239 párrafo 1°, 241, 242 parte general y 243 parte general e inciso 2 de la ley 24.522"*. Estamos seguros que, cualquiera sea la resolución que adopte la Cámara Comercial, el expediente llegará a Corte Suprema que deberá expedirse nuevamente sobre la cuestión.

4. Es necesaria una solución

Según una inveterada jurisprudencia, la declaración de inconstitucionalidad de un precepto de jerarquía legal constituye la más delicada de las funciones a encomendar a un tribunal de justicia, con figurando un acto de suma gravedad que debe ser considerado la última ratio del orden jurídico (Fallos: 303:248; 312:72; 324:920, entre muchos otros), por lo que no cabe formularla sino cuando un acabado examen del precepto conduce a la convicción cierta de que su aplicación conculca el derecho o la garantía constitucional invocados (Fallos: 315:923; 328:4542).

237 Autos Fundación Educar s/ Concurso Preventivo.
238 Ver en: http://scw.pjn.gov.ar/scw/viewer.seam?id=6D0HS7CeZJRFHS29bsrv5btsR0d-4yrpwU1EGyTPI9jU%3D&tipoDoc=despacho&cid=33507.

No dudamos de que los hechos que generaron las sentencias antes citadas, como también los hechos del caso que aún no ha llegado a la Corte Suprema, son terribles y que las demoras de los procesos judiciales son escandalosos[239], sin que ello implique que el Poder Judicial sea el único responsable de esas demoras[240].

Como tampoco dudamos de que, en Institutos Médicos Antártida, la Corte Suprema llegó a una resolución humanamente justa al reconocer el derecho a cobrar por encima de cualquier otro privilegio, dictando una resolución en una causa donde la demora en brindar una solución final al afectado era escandalosa. Coincidimos con el profesor Junyent Bas, cuando comentó el fallo de primera instancia, en que "se abrió el cielo"[241].

El derecho a veces es un cruel distribuidor de castigos. Elige a quién castigar y a quién no. Y en este caso eligió castigar al acreedor hipotecario[242].

De tal modo que la Corte Suprema sostuvo —en Institutos Médicos Antártida— que la *"situación de vulnerabilidad descripta que requiere de una solución que la atienda con urgencia, al tiempo transcurrido desde el reconocimiento del crédito por los daños y perjuicios sufridos, y a la duración que tuvo el trámite del presente incidente de verificación"*.

Y volviendo al caso previo (Asociación Francesa), si bien la Corte Suprema rechazó el planteo, igualmente sostuvo que *"es deber del Estado desarrollar políticas públicas enderezadas a garantizar el derecho a la salud reconocido por la Constitución Nacional y los tratados internacionales"*.

Consideramos que, si bien resultaba justo que el afectado cobre su crédito, no resultó justo (en Institutos Médicos Antártida) en quien finalmente recayeron las consecuencias de hacer ese pago, el acreedor hipotecario del único activo importante de la fallida.

Si en el caso ha fallado la administración de justicia (no tenemos duda que hubo algún tipo de falla, con solo ver la demora de 28 años en brindar una solución definitiva), creemos que debería ser el Estado quien se haga cargo de las consecuencias de esa falla, al menos hasta tanto se reconozca expresamente en el texto legal (en las normas concursales, sin necesidad de acudir a los tratados de jerarquía constitucional) algún tipo de preferencia o privilegio a los casos como los aquí mencionados.

239 En el caso de Institutos Médicos Antártida, por ejemplo, desde que ocurrieron los trágicos hechos hasta la sentencia de la Corte Suprema, transcurrieron 28 años.

240 Los abogados, a través de incidentes, recusaciones, apelaciones, recursos, nulidades, impugnaciones, hechos nuevos, etc., etc. también somos responsables de las grandes demoras en los procesos judiciales.

241 Junyent Bas, Francisco "Se abrió el cielo. A propósito de los daños a la salud del menor y la inconstitucionalidad del régimen de privilegios concursal" - LL 2007-E-552.

242 No analizaremos quien era ese acreedor, ya que más allá de la casuística, nos importa proponer una solución conceptual a este tipo de situaciones.

Resulta demasiado grave "romper" el sistema de privilegios, dejando además librado a los jueces las soluciones en cada caso, con la posibilidad cierta de sentencias contradictorias (las vimos en menos de 6 meses en la propia Corte Suprema) que lo único que generan es una mayor inseguridad jurídica.

Esta incertidumbre no solo afecta a quien reclama su crédito y requiere la inconstitucionalidad, sino que repercute también en el crédito en general, afectando a los acreedores que ya no tendrán tanta seguridad a la hora de prestar su dinero con una garantía hipotecaria amparada por un privilegio concursal. Todos tienen derecho a la certeza de saber el lugar que ocuparán en la quiebra.

Si bien sabemos que es resulta polémico sostener que podía llegarse a la misma solución —otorgar la preferencia a la persona afectada— sin declarar la inconstitucionalidad del esquema de privilegios concursales, creemos sin embargo que eso hubiera sido posible[243]. Hace poco tiempo, ante un conflicto entre la ciudad de Buenos Aires y el Estado Nacional por el dictado de clases presenciales en el marco de la "cuarentena", la Corte Suprema de Justicia se refirió a la jerarquía de normas sin declarar inconstitucional el DNU dictado por el Poder Ejecutivo[244].

5. Conclusión

La solución legislativa a este tipo de situaciones se presenta como urgente. Si bien criticamos la sentencia de la Corte Suprema, no lo hacemos por considerar que el acreedor no debió cobrar, ya que estamos frente a casos extremos que requieren que se haga justicia. Lo que criticamos, en definitiva, es la falta de soluciones legales a estas cuestiones.

Deberíamos pensar qué privilegio se le otorga estos acreedores —no solo a los vulnerables sino en general a los involuntarios[245]—, y cuál podría ser el asiento de ese privilegio (tema que excede a esta ponencia). Ello po-

243 No debemos olvidar el camino abierto en los autos "González, Feliciana c. Micrómnibus General San Martín s/ inc. de verif. tardía" con el fallo dictado por la Cámara Primera de Apelaciones en lo Civil y Comercial de San Isidro (Prov. de Bs. As.), Sala I, el 18 de mayo de 2004, como tampoco lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia en los autos Pinturas y Revestimientos (Fallos: 337:315).

244 Ver en: https://www.cij.gov.ar/nota-38481-Resoluci-n-de-la-Corte-Suprema-de-Justicia-de-la-Naci-n-en-causa-CSJ-567-2021--Gobierno-de-la-Ciudad-de-Buenos-Aires-c--Estado-Nacional--Poder-Ejecutivo-Nacional--s--acci-n-declarativa-de-inconstituci.html.

245 El querido maestro Ariel A. DASSO los define como "aquellos cuyo crédito está generado por omisiones o conductas del deudor en las que existe como causa del vínculo creditorio, la negligencia o la culpa o el dolo de parte de aquel, sin que pueda advertirse participación en la causa del crédito de parte de quien, a la postre, resulta acreedor" (en "Un nuevo derecho concursal en el derecho comparado. En ocasión de la reforma al régimen italiano (2005/2006)" - LL 2007-A-957).

dría darse en el marco de una revisión general del sistema de privilegios y una revisión general de los asientos sobre los que estos recaen.

Y dentro de esa revisión general del sistema de privilegios deberíamos también analizar otras cuestiones.

Por ejemplo, el privilegio del fisco. Ello sin siquiera entrar a analizar la constitucionalidad de las renuncias que exige la AFIP para otorgar los planes de pago, ni la posibilidad de calificar al fisco como acreedor hostil, tema que merecería otra ponencia.

O la amplitud del privilegio laboral (sobre todo en el caso de los acreedores que ya no son trabajadores del concursado) por un lado, y la inexistencia real del asiento de su privilegio —resulta difícil en una quiebra que existan mercaderías, maquinarias y materias primas que puedan servir de asiento—.

O la unanimidad de los privilegiados especiales que exige el art. 44 de la LCQ. Tal vez sea el momento de suavizar esa exigencia, requiriendo una mayoría agravada, pero no unanimidad, o tal vez poder aplicar las reglas del art. 52, inc. 2 b de la LCQ a estos acreedores.

Son muchas las cuestiones referidas a los privilegios y son necesarias soluciones previsibles a estas cuestiones. Cuando llegamos al punto de evaluar quién cobra primero y quién directamente no cobra, nos damos cuenta de que ya casi no queda nada de la torta de cumpleaños, y nos damos cuenta de que algunas cuestiones que creíamos claras —las prioridades en el cobro que surgen del sistema de privilegios— no lo son, y que resulta imperioso determinar con claridad cómo repartimos y quién come esa última porción.

EL IMPACTO DEL SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS EN EL RÉGIMEN DE PRIVILEGIOS CONCURSALES PREVISTO EN LA LEY 24.522

VÍTOLO, Daniel R.

Ponencia

Esta ponencia insiste sobre mi tesis respecto de que el sistema de privilegios concursales que hasta hace poco tiempo era considerado un "orden cerrado" ha dejado de serlo; y se ha abierto paso de la mano del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos, a través del Bloque Constitucional Federal, incorporado a nuestra Constitución Nacional en la reforma del año 1994 —con gran fuerza— un sistema "poroso" —por vía directa o indirecta—, que deja atrás la estabilidad que el mencionado sistema poseía anteriormente, por un tiempo en el cual la inestabilidad gobernará —de momento— esta cuestión, al menos, mientras se rediseña un sistema nuevo y distinto en materia de privilegios concursales[246]. Estará en nosotros —los operadores jurídicos, los académicos y el sistema de administración de justicia— darle cauce temporal a esta nueva realidad evitando que el principio de ponderación convierta al procedimiento en algo irracional, ante la inexistencia de una estructura legal clara al respecto[247].

Fundamentos

Resulta evidente, y es una realidad incontrastable, que la reforma constitucional de 1994 y el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación han generado: I) una *ruptura pa*rcial del sistema cerrado de privilegios consagrado por la Ley de Concursos y Quiebras N° 24.522; y II) una *modificación* también —eventualmente— de los *criterios* con que debe resolver el juez concursal frente a ciertas situaciones particulares.

246 Véase Vítolo, Daniel Roque, La Evolución del Régimen de Privilegios en la Ley de Concursos y Quiebras. De un orden cerrado a un orden poroso inestable. ED, *Diario de Doctrina y Jurisprudencia*. Nº 13.918. Buenos Aires, 2016.

247 Muchos de estos aspectos y conclusiones han sido plasmados —de un modo más extenso y profundo— en una tesis posdoctoral en el ámbito de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, la cual será publicada próximamente.

Hoy, entonces, a la luz de estas nuevas regulaciones, el sistema de privilegios contenido en la ley 24.522 ha dejado de conformar un "orden cerrado" que comprende elementos exclusivamente objetivos y ha pasado a constituir un "orden poroso" —con fuertes aristas de subjetividad—[248] en el cual pueden ingresar con carácter selectivo determinadas excepciones que modifican la regla general a la luz de lo dispuesto por el artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional, los tratados internacionales[249] —en especial, los tratados de derechos humanos—[250] y el Código Civil y Comercial de la Nación sancionado por la ley 26.994[251].

Ello podrá darse tanto dentro del propio mundo de los privilegios —por la *porosidad* que puede afectar el rango, alcance, extensión o asiento del privilegio particularmente legislado— o por la inclusión pretoriana en el sistema de créditos que la ley no lista ni incluye y que —en ambos casos— acceden a dicho sistema y a sus beneficios por los poros que se han abierto, y se instalan en los espacios generados por dichos poros, en razón de circunstancias personales y situaciones subjetivas que afectan a los titulares de los créditos o a terceros vinculados con ellos —y no en razón del crédito mismo que, según el legislador, debería ser evaluado de un modo meramente objetivo—[252].

Lo expuesto genera un escenario de inestabilidad jurídica significativa, pues —al momento de la calificación respecto de la naturaleza o categoría del crédito que debe ser insinuado y eventualmente admitido o verificado en el proceso universal— operará —como nuevo ingrediente— una decisión judicial *razonablemente fundada* (art. 3, del nuevo Código)[253] que no se limitará al mero encuadramiento de la cuestión en la norma legal concursal, sino que abrirá una suerte de cuadro de sensibilidad entre los acreedores concurrentes, en el cual deberán tenerse en cuenta determinadas *situaciones personales* y *elementos subjetivos* —el sistema de privilegios, debemos insistir, es de naturaleza objetiva—[254] dentro de los proceso de decisión, bajo los principios de *proporcionalidad*, *ponderación*, y con *interdicción de la arbitrariedad*, del cual emane —debemos

248 Véase Vítolo, Daniel Roque, La Evolución del Régimen de Privilegios en la Ley de Concursos y Quiebras. De un orden cerrado a un orden poroso inestable… cit.

249 Véase Cubides Cárdenas, Jaime y Sierra Zamora, Paola Alexandra, *La dogmática del control de convencionalidad*, Olejnik, Santiago de Chile, 2020.

250 Véase Alamo, Roxana, El reconocimiento de los derechos humanos en materia concursal. La tutela reparatoria urgente, ponencia presentada al VII Congreso Argentino de Derecho Concursal y V Congreso Iberoamericano sobre la Insolvencia, Mendoza, 2009.

251 Véase Vítolo, Daniel Roque (Dir.), *Código Civil y Comercial comentado*, Erreius, Buenos Aires, 2016.

252 Véase el art. 2.573 del Código Civil y Comercial de la Nación, el cual establece: "*Privilegio es la calidad que corresponde a un crédito de ser pagado con preferencia a otro*".

253 Véase Vítolo, Daniel Roque (Dir.), *Código Civil y Comercial comentado…*, cit.

254 Véase el art. 2.573 del Código Civil y Comercial de la Nación: "*Privilegio es la calidad que corresponde a un crédito de ser pagado con preferencia a otro*".

señalarlo una vez más— una *decisión razonablemente fundada* que abreve en el diálogo de fuentes previsto en los artículos 1 a 3 del Código Civil y Comercial de la Nación.

La *razonabilidad* guarda estrecha relación con lo *aceptable*[255]; la *ponderación*, por su parte, es *una forma de argumentación* mediante la cual se construye una *jerarquía móvil entre los principios que entran en colisión*, de modo de determinar cuál de los principios debe preceder —o prevalecer— de acuerdo con las circunstancias del caso concreto, bajo un sistema de *compensación* —en sentido lato de la expresión— y *peso*[256].

Todo indica que, en materia de privilegios concursales, podrá escaparse hoy —por decisión judicial— al régimen específico de categorización del crédito en relación con el sistema legal de preferencias de carácter objetivo, si el acreedor es una persona mayor; si sufre de alguna enfermedad particular, o si tiene alguna discapacidad —o si la tienen sus hijos o sus padres, o su cónyuge o conviviente, y hasta algún afín al que deba asistir—; o si su vinculación con el deudor concursado deriva de una relación patrimonial involuntaria; o si el acreedor atraviesa una situación de exposición social particular —por ejemplo, de *vulnerabiliad*—; o si la ausencia de reconocimiento de algún grado de preferencia respecto de su crédito puede afectar su dignidad o frustrar las legítimas expectativas referidas a su desarrollo humano, económico, social o cultural[257].

255 Véase Quintana, Fernando, *Prudencia y justicia en la aplicación del Derecho*, Editorial Jurídica de Chile, 1ª. Ed., Santiago, 2001.

256 Véase Bernal Pulido, Carlos, La racionalidad de la ponderación, en *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Vol. 6, Quito, 2008.

257 A modo de ejemplo, debemos recordar que en el *leading case* "González, Feliciana", luego de haberse homologado un acuerdo preventivo judicial, se presentó ante el tribunal una acreedora víctima de un accidente de tránsito ocurrido en 1992, que había sufrido una quebradura de cadera y una operación artroplástica con implantación de prótesis, quien había litigado por más de seis (6) años para obtener una sentencia de indemnización condenatoria contra el concursado y tres (3) años más en la apelación ante la Cámara de Apelaciones respectiva, la cual le reconoció su crédito. Llegada a verificar su crédito al concurso, el magistrado del mismo ordenó el pago del sesenta por ciento (60%) de la indemnización, por tratarse del porcentaje que el deudor había convenido en el acuerdo preventivo con sus acreedores quirografarios, lo que debería ser pagado en una considerable cantidad de cuotas a lo largo de varios años —diecinueve (19)—. La víctima recurrió la sentencia por vía de apelación y la Cámara Civil y Comercial de San Isidro, provincia de Buenos Aires, redujo el número de cuotas a solo veinticuatro (24) cuotas mensuales consecutivas, por considerar que la recurrente al momento de la sentencia tenía ya setenta y siete (77) años y que la última cuota anual que percibiría conforme el acuerdo homologado lo sería cuando tuviera noventa y seis (96) años, habiendo superado ampliamente la expectativa normal de vida. La reducción obedecía a una tutela humanitaria. En el caso "Fava", conocido también como "Institutos Médicos Antártida S.A.", se reclamaba el reconocimiento de un crédito concursal derivado de una mala praxis médica acaecida durante el nacimiento de un niño, habiendo sido condenada la clínica en sede judicial a indemnizar el daño sufrido por el menor, que había quedado con parálisis cerebral, lo que le impedía caminar. El juez del caso —Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Comercial de la Capital Federal

El "derecho preferente" deberá cotejarse, también, en relación con los otros acreedores que se vean desplazados en sus acreencias en razón de la alteración pretoriana de los rangos y normas de preferencias, *ponderando* —necesariamente— el tribunal la situación del conjunto y de cada acreedor afectado en particular, pues los principios y valores mencionados alcanzan a todos y a todas por igual, si presentan la particularidad de alguna diferencia de esta naturaleza.

Sin embargo, no debe caerse en la tentación de interpretar erróneamente los antecedentes o precedentes jurisprudenciales existentes en

nº 20—, en el año 2005, declaró la inconstitucionalidad del régimen de los privilegios concursales en sus arts. 239, párrafo primero, 241, 242, parte general, 243, parte general e inc. 2, de la ley 24.522 —que dejaban al crédito del niño con carácter quirografario—, fundando su sentencia en que —a su criterio— por imperio de la Convención de los Derechos del Niño y el Pacto de San José de Costa Rica —Convención Americana de los Derechos Humanos— el Estado argentino se había comprometido a respetar los derechos reconocidos en esos tratados, considerando —además— que dichos derechos eran operativos; teniendo los derechos del niño prioridad en la exigibilidad de la protección jurídica cuando dichos derechos colisionen con los intereses de los adultos, o de las personas jurídicas públicas o privadas. En este caso, se resolvió que el capital y los intereses detentarían un privilegio especial de primer orden —establecido por el juez—, sobre los bienes inmuebles y muebles del establecimiento médico fallido; y se dispuso el pronto pago de los mismos. Otro caso interesante —y relevante en la materia— es el caso "Correo Argentino S.A. s/ Concurso Preventivo s/ Incidente de verificación —pronto pago— p/ Segura, Carlos", en el cual, con fecha 2/5/2003, se otorgó pronto pago a un crédito por honorarios profesionales de un abogado por costas de origen laboral, por el hecho de que su titular, gravemente enfermo, debía afrontar una intervención quirúrgica. Del mismo modo, el 28/12/05 la Sala II de la Cámara Civil y Comercial Segunda de La Plata en el caso "Persini Ada Susana s/ Incidente de Revisión en Racing Club" admitió un pronto pago para un crédito quirografario de origen contractual —una locación—, teniendo en consideración la avanzada edad de la reclamante —ochenta y cinco (85) años— pues diferirle el pago a un plazo de cuatro (4) años, como indicaba el acuerdo, podía frustrar realmente la efectiva percepción del crédito. En el caso "Vilar" —por su parte—, frente al concurso preventivo de una persona física, la exesposa, que resultaba acreedora del concursado en virtud de un convenio de liquidación de sociedad conyugal y de un crédito por alimentos de la hija menor de ambos, recurrió judicialmente la sentencia homologatoria del convenio arribado por el concursado con sus acreedores —el acuerdo preventivo— y el Ministerio Público solicitó que se decretara la nulidad también de dicho acuerdo por considerarlo fraudulento invocando además 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". Si bien la Sala C de la Cámara Comercial de la Capital Federal, en el año 2009, no hizo lugar al pedido de nulidad, sostuvo que resultaba necesario preservar la intangibilidad de la hijuela asignada a la esposa en orden a la exigencia de reglas imperativas, debiendo conciliar la tutela de esa acreencia alimentaria con las reglas propias del proceso concursal, y dejó incólume el acuerdo respecto del resto de los acreedores, estableciendo un régimen de pago diferente para la afectada particular. Finalmente, no debe olvidarse el fallo "Obra Social del Personal Gráfico s/ Concurso preventivo", en el cual la Sala B de la Cámara de Apelaciones en lo Comercial de la Capital Federal, en el año 2015, dispuso un pronto pago, o —más precisamente— pago directo, respecto de un crédito de una menor afectada con capacidades diferentes, otorgando operatividad a la Convención de los Derechos del Niño. Sin embargo, en el caso "Ali Juan P. c/ H.A." la Sala C de la Cámara Comercial de la Capital Federal, en el año 2006, rechazó el pedido de pronto pago de un crédito por daños y perjuicios por mala praxis médica con fundamento en la interpretación restrictiva de los privilegios concursales y en la no admisión de la analogía para estos casos.

la materia en la República Argentina, dado que la mayoría de ellos —en sentido estricto— no plantean un verdadero conflicto entre el Sistema de Privilegios Concursales y el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos, sino que constituyeron decisiones de los magistrados consistentes en autorizar el adelantamiento de pagos —por fuera del cronograma homologado en el concurso preventivo o en el régimen de liquidación en la quiebra— o la conversión del contenido de las obligaciones concursales pactadas en el acuerdo preventivo homologado. Otros, por cierto, han intervenido directamente en el sistema de privilegios concursales establecido por el Código Civil y Comercial de la Nación y la ley 24.522.

Por otra parte, debe prescindirse de la calificación legal que en muchos casos los magistrados han asignado a la naturaleza jurídica del instituto utilizado para fundar sus decisiones, dado que muchos de los adelantamientos de pagos o de reconversión de obligaciones no constituyen —en sentido estricto— un "pronto pago laboral" en los términos del artículo 16 de la ley 24.522 ni tampoco —técnicamente— una intervención en el sistema de privilegios concursales. En efecto, no puede haber "pronto pago" respecto de créditos que no sean de naturaleza laboral y amparados por privilegio general o especial, por una parte; tampoco puede haber un privilegio "especial" que no tenga "asiento", por otra parte[258].

Sin embargo, en otros casos, los fallos han llegado a situaciones extremas, tales como:[259]

a) Declarar lisa y llanamente "inconstitucional" el régimen de privilegios concursales regulado por la ley 24.522 —para justificar una decisión que se aparta del régimen de privilegios establecido— u otorgar una preferencia temporal de pago al crédito insinuado por el acreedor comprendido en algunos de los supuestos contemplados en el Sistema de Protección de Derechos Humanos.

b) Establecer "privilegios" por la sola voluntad del magistrado —o tribunal— en contra de lo dispuesto por el Código Civil y Comercial de la Nación, y sin haber declarado inconstitucional las normas contenidas en dicho Código que regulan el sistema de privilegios.

258 Véase Vítolo, Daniel Roque, Manual de Concursos y Quiebras, Ed. Estudio, Buenos Aires, 2019, 2ª. Edición.

259 CSJN, 26/3/2019. En el fallo, la Corte —por mayoría y en voto dividido— declaró la inconstitucionalidad de los arts. 239, primer párrafo; 241; 242, parte general; 243, parte general e inc. 2, de la ley 24.522, y verificó a favor del menor un crédito con privilegio especial prioritario de cualquier otro privilegio, de un modo contrario a lo fallado por la propia Corte con su integración natural en el caso "Asociación Francesa Filantrópica y de Beneficencia s/ quiebra s/ incidente de verificación de crédito por L.A.R. y otro" solo tres (3) meses atrás.

c) Establecer "privilegios especiales" por decisión judicial sin determinar —debemos insistir— el bien asiento del privilegio.

d) Establecer privilegios especiales con carácter prioritario a "*cualquier otro privilegio*".

Más allá de la bondad distributiva o equitativa que pudiera tener el sustrato económico y social de la decisión judicial, ninguno de los cuatro supuestos puede admitirse desde una óptica de estricta legalidad —bajo el régimen de subsunción—; y los magistrados que han dictado los pronunciamientos judiciales seguramente han evaluado —evidentemente— todas las consecuencias que podrían derivarse de sus fallos.

Otra de las cuestiones a dilucidar es qué ocurre cuando se presentan varios casos donde se invocan estas normas internacionales y el Bloque de Constitucionalidad Federal, y en dichos casos aplica el nuevo criterio. Nuestra propuesta es que, siguiendo el esquema legal establecido para los privilegios, los involucrados deban percibir sus acreencias a prorrata. Sin embargo, somos conscientes de que la calificación otorgada por algún fallo al privilegio especial que se consagra en el mismo una calidad de "*privilegio prioritario de cualquier otro privilegio*" puede llegar a impactar negativamente en la preferencia que otros tribunales pudieran haber otorgado a otros créditos de acreedores a quienes pudiera calificarse como sujetos "*vulnerables*" o personas también protegidas por el mencionado Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos, generando injusticias y tensiones entre los eventuales beneficiarios de las decisiones judiciales.

Finalmente, debemos —también— recordar que la doctrina o principio del *stare decisis sui generis*[260] —tanto horizontal como vertical— se integra con la doctrina generada por el máximo tribunal en el sistema jurídico de más reciente pronunciamiento —independientemente de la eventual conformación circunstancial del tribunal en cuestión—. Este cambio se ha presentado a partir del fuerte giro impulsado por la Corte Suprema a partir de un fallo construido desde una integración *ad hoc*, con la participación de una conjueza que alteró —con su voto— la tradicional posición mayoritaria sostenida por nuestro máximo tribunal en casos anteriores.

Pues bien, como puede advertirse, estamos frente a un nuevo tiempo, en el cual se están construyendo nuevos paradigmas, con también nuevos y apasionantes desafíos que deberemos enfrentar y resolver.

Lo cierto es que, en este nuevo escenario, las normas jurídicas —al decir de Zagrebelsky— no pueden ser ya más expresión de los intereses particulares ni tampoco pueden limitarse a ser una mera enumeración de princi-

260 El cual parecería desprenderse de la doctrina de nuestro máximo tribunal de justicia.

pios universales e inmutables que alguien —el legislador— puede imponer y que los demás simplemente deben acatar[261]. Ello porque la función del juez va —hoy— más allá de la mera sujeción a la norma —subsunción— y debe ponerse al servicio tanto de la *ley* como de la *realidad*.

En lo que al tema bajo análisis se refiere —el sistema de privilegios concursales—, no caben dudas de que lo que hasta ayer era considerado como un "orden cerrado" —debemos insistir— ha dejado de serlo; y se ha abierto paso —con gran fuerza— un nuevo sistema "poroso" —por vía directa o indirecta— que deja atrás la estabilidad que tradicionalmente se sostenía ese sistema poseía, para delinear un tiempo en el cual la inestabilidad gobernará —de momento— esta cuestión, por un lapso prudencial al menos, mientras se rediseña legislativamente un sistema nuevo en materia de privilegios.

Estará en nosotros —los operadores jurídicos, los académicos y el sistema de administración de justicia— darle cauce a esta nueva realidad evitando que la ponderación se convierta en un procedimiento irracional, ante la inexistencia de una estructura legal clara al respecto.

Quizás, para nuestro próximo congreso en el año 2024, podremos mostrar nuevos avances en esta materia.

La esperanza es lo último que se pierde.

261 Véase Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos y justicia*, Ed. Trotta, Madrid, 2003, Trad. de Marina Gascón.

BUSCANDO NUEVOS ASIENTOS

VANNEY, Carlos E.

Ponencia

Los privilegios especiales concursales recaen sobre ciertos bienes determinados, los cuales son "el asiento del privilegio". El régimen de privilegios no es nuevo en nuestro derecho ya que las legislaciones de quiebras los contemplaban desde antaño. Desde hace casi 120 años que las normas de quiebras y/o concursos preventivos se encuentran regulados por leyes especiales (desde la ley 4.156 de 1902, hasta la ley 24.522 de 1995, que rige en la actualidad). Vemos que en esos casi 120 años poco se ha modificado en el régimen de privilegios, referidos puntualmente al asiento sobre los que recaen estos, a pesar de los impresionantes cambios que ha habido en ese tiempo en la forma de hacer negocios, en el comercio y en los activos de las empresas. Tenemos privilegios cuyos asientos son en la práctica inexistentes y, por otro lado, las empresas del siglo XXI poseen valiosos activos sobre los cuales no recae ningún privilegio. Creemos que el sistema de los privilegios especiales, al menos en lo referido a los asientos sobre los que estos recaen, debe ser modernizado a fin de dotar de privilegio especial ciertos a los créditos que el legislador quiere otorgarles especial protección, ya sea alguno de los actuales créditos privilegiados, o a créditos actualmente quirografarios pero que merecerían gozar de esa preferencia.

Desarrollo

1. Introducción

Los privilegios en los procesos concursales, es decir, la calidad que corresponde a un crédito para ser pagado con preferencia a otro derivado de una expresa disposición legal, no son nuevos en nuestra legislación.

El 10 de septiembre de 1862, por Ley N°15, fue sancionado el Código de Comercio de nuestro país —que ya regía en la Provincia de Buenos Aires, antes de la unificación nacional, desde el año 1860—, redactado por los Dres. Dalmasio Vélez Sarsfield y Eduardo Acevedo. Dicho código tuvo importantes modificaciones con la sanción de la ley 2.637 en 1889 —que entró en vigencia el 1 de mayo de 1890— y fue modificado luego muchísimas

veces, quitándole incluso partes enteras —como por ejemplo sociedades y concursos, aunque considerando a estas como parte integrante de ese cuerpo normativo— por leyes especiales hasta la derogación completa del mismo, es decir de los artículos que aún tenían vigencia, con la sanción de la ley 26.994, promulgada por decreto 1795/2014, por la que se aprobó el Código Civil y Comercial de la Nación (que entró en vigencia el 1 de agosto de 2015[262]).

La quiebra y/o el concurso preventivo tuvo su ley especial con la sanción de la ley 4.156[263], la cual fue derogada por la ley 11.719[264], la cual a su vez fue derogada por ley 19.551[265], a su vez derogada por la ley 24.522[266], la cual —con sus reformas[267]— rige actualmente.

Analizando los privilegios especiales en las leyes de los últimos 120 años (de la ley 4.156 a la 24.522), vemos que los asientos de estos en muchos de los casos no resultan útiles, sobre todo para el caso de acreedores laborales, y que existen ciertos bienes del deudor —más valiosos en los negocios del siglo XXI— que no son asiento de ningún privilegio especial, a la vez que ciertos acreedores que deberían gozar de protección legal, no la tienen.

2. Los privilegios especiales a través del tiempo

La ley 4.156 establecía que tenían privilegio especial[268] los créditos procedentes de: los arrendamientos vencidos —sobre lo que existe en el fundo arrendado—; el precio de venta —sobre la cosa vendida en poder del vendedor—; el crédito con prenda —sobre la cosa prendada en poder del acreedor—; los gastos de construcción, mejora o conservación —sobre la cosa mientras esté en poder de aquel por cuya cuenta se hicieron dichos gastos—; los privilegios marítimos (del viejo código de comercio); los barraqueros o administradores de depósitos sobre los bienes en las barracas o almacenes (para el pago de salarios y gastos de su conservación); el mandatario sobre el objeto del mandato; en comisionistas sobre los bienes consignados (para el pago de fastos de transporte, conservación, comisiones y sus intereses); el cargador; los gastos de transporte o flete; los casos en los que la ley otorga derecho de retención y el crédito hipotecario.

262 Conf. Ley 27.077 del 16/12/2014, promulgada el 18/12/2014.
263 Del 23/12/1902.
264 Del 22/09/1933.
265 Del 4/04/1972.
266 Del 20/07/1995.
267 Leyes 25.563, 25.589, 26.086, 26.684 y 27.170.
268 Arts. 95 y 96.

Por su parte, la ley 11.719 —repitiendo prácticamente lo previsto en la ley 4.156— establecía que el privilegio especial[269] correspondía a: los arrendamientos vencidos (por 3 períodos) —sobre lo que existe en el fundo arrendado—; el precio de venta —sobre la cosa vendida en poder del vendedor—; el crédito con prenda —sobre la cosa prendada en poder del acreedor—; los gastos de construcción, mejora o conservación —sobre la cosa mientras esté en poder de aquel por cuya cuenta se hicieron dichos gastos—; los privilegios marítimos (del viejo código de comercio); los barraqueros o administradores de depósitos sobre los bienes en las barracas o almacenes (para el pago de salarios y gastos de su conservación); el mandatario sobre el objeto del mandato; en comisionistas sobre los bienes consignados (para el pago de fastos de transporte, conservación, comisiones y sus intereses); el cargador; los gastos de transporte o flete; los casos en los que la ley otorga derecho de retención y el crédito hipotecario.

Mientras que la ley 19.551, fijaba que el privilegio especial[270] sobre el producido de los bienes que corresponden a cada caso, se reconocía a: lo adeudado al retenedor; los gastos de construcción, mejora o conservación de la cosa; precio de semillas y gastos de cosecha; los créditos laborales (6 meses de remuneraciones, indemnizaciones, preaviso, fondo de desempleo —y los intereses por 2 años desde la mora—) sobre las "mercaderías, materias primas y maquinarias que integren el establecimiento donde haya prestado sus servicios o que sirvan para la explotación de que aquel forma parte" y sobre el "precio del fondo de comercio, el dinero, títulos de crédito o depósitos en cuentas bancarias o de otro tipo que sean directo resultado de la explotación, salvo que hubiesen sido recibidos a nombre y por cuenta de terceros"; impuestos y tasas aplicados sobre bienes determinados; arrendamientos vencidos (por 3 periodos) y lo daños del inmueble; los créditos garantizados con hipoteca, prenda anticresis, warrant y los correspondientes a debentures con garantía especial o flotante, en la extensión prevista en los respectivos ordenamientos; y los privilegios marítimos y del código aeronáutico, como así también "los privilegios creados por leyes especiales".

Y, finalmente, la ley 24.522 establece que tienen privilegio especial[271]: los gastos hechos para la construcción, mejora o conservación de una cosa; las "remuneraciones debidas al trabajador por 6 meses y los provenientes por indemnizaciones por accidentes de trabajo, antigüedad o despido, falta de preaviso y fondo de desempleo, sobre las mercaderías, materias primas y maquinarias que, siendo de propiedad, del concursado, se encuentren en el establecimiento donde haya prestado sus servicios o

269 Art. 130 y 131.
270 Art. 265.
271 Art. 241.

que sirvan para su explotación; los impuestos y tasas sobre bienes determinados, los "créditos garantizados con hipoteca, prenda, *warrant* y los correspondientes a debentures y obligaciones negociables con garantía especial o flotante", lo adeudado al retenedor; y los que surgen de la ley de navegación, del código aeronáutico, de la ley de entidades financieras y de la ley de seguros.

Vemos que los actuales asientos están pensados para la economía y las empresas de hace décadas. Con hemos dicho, muchos de los actuales asientos de privilegio —por ejemplo, las mercaderías, maquinarias y materias primas sobre las que recae el privilegio laboral— no resultan útiles y que ciertos activos, que pueden ser muy valiosos en la economía y los negocios actuales, no son asiento de ningún privilegio, a la vez que existen acreedores desprotegidos por este sistema y que son merecedores de una preferencia en el cobro.

3. A quiénes podríamos proteger y con qué

De las dos primeras leyes mencionadas, una de hace casi 120 años (ley 4.156), y otra de hace casi 90 años (ley 11.719), repetían los mismos privilegios especiales. Con la sanción de la ley 19.551, hace casi 50 años, comenzó a protegerse con privilegio especial a los acreedores laborales —para ciertos créditos laborales—, protección que reitera —con el mismo asiento—, hace más de 25 años la ley 24.522[272].

El problema de los acreedores privilegiados laborales no está en qué es lo que se protege —podemos discutir si los créditos protegidos son suficientes, son muchos o pocos— sino en el asiento de ese privilegio.

Hace 50 años la realidad de las empresas era completamente distinta a la actual. No iremos 120 años atrás, cuando a principios del siglo XX se desarrollaban los ferrocarriles, las industrias manufactureras, comenzaban algunas industrias vinculadas a la actividad agropecuaria, etc., ni 90 años atrás (ya había pasado la primera guerra mundial y ya había ocurrido el crack de 1929), cuando ya teníamos varias fábricas de automóviles y de aviones, sino que nos detendremos en la economía de 1970, ya que es la ley 19.551 la que introduce el privilegio laboral como especial, y la ley de 1995 solo repite el asiento del privilegio laboral.

Los créditos laborales tienen privilegio especial sobre las "mercaderías, materias primas y maquinarias" del establecimiento en el que el trabajador haya prestado servicios o sirvan para su explotación. Pero la realidad cuando nos enfrentamos a una quiebra es que estamos ante un privilegio

272 Recordemos que la ley 4.156 le reconocía al crédito laboral privilegio general (art. 94, inc. 4) lo que se repite en la ley 11.719 (art. 126, inc. 3).

casi inexistente[273]. Con el decreto de quiebra ya no quedan mercaderías (el stock fue vendido o mal vendido en los últimos tiempos), ya no quedan materias primas (todo fue utilizado en producción para vender esta antes de la quiebra) y lo que no se podía vender -las maquinarias- o están prendadas y son obsoletas o en mal funcionamiento, o ambas, por lo que no sirven como asiento real del privilegio. Ello ocurre en las empresas "del siglo pasado", es decir en las empresas de una economía industrial. Pero la realidad actual nos muestra que las empresas más valiosas no tienen "maquinarias" (en el sentido en que lo pensó el legislador), sino que su valor pasa por otro lado.

Tomemos como ejemplo a los "unicornios"[274] de nuestro país (¡no porque queramos que quiebren!) como son Mercado Libre, Globant, Despegar[275], OLX, y Auth0, la primera de estas con valor de muchos miles de millones de dólares. En todas ellas veremos que no tienen "maquinarias" sobre las que pueda asentarse el privilegio laboral (podrían ser las computadoras, pero tampoco tienen un valor significativo en comparación con el valor de la empresa e incluso con la cantidad de empleados y sus salarios).

Y esto ocurre porque la economía, no solo de Argentina, sino del mundo, ha cambiado. Si vemos las 5 empresas más valiosas del mundo (por su capitalización bursátil), encontramos que todas ellas son tecnológicas: Apple, Microsoft, Amazon, Alphabet y Facebook[276]. Si lo comparamos con el listado de hace unos años, veremos claramente cómo ha cambiado la economía mundial en cuanto al valor de sus empresas. En 2010 ese listado estaba integrado por Exxon Mobil, Petrochina, General Electric, Microsoft y Wal-Mart. Es decir que solo una era una empresa tecnológica.

En Argentina el ejemplo más claro es YPF, que tradicionalmente fue la empresa más valiosa del país y que actualmente vale muchísimas veces menos que Mercado Libre. Si bien podemos sostener que la caída de YPF se debe a motivos políticos y no estrictamente de negocio, si comparamos el valor de Mercado Libre con otras compañías[277], también vemos que su valor las supera en varias veces.

El valor de estas compañías no está dado por su "maquinaria" sino por su esquema de negocio, su software, su marca, su clientela, etc. Y estamos

273 Incluso con la ampliación que le asigna el art. 242, inc. 1, o la prioridad que otorga el art. 247 a los créditos laborales frente a otros créditos privilegiados.
274 Los unicornios son empresas de base tecnológica, que en muy poco tiempo llegan a tener una cotización mayor a los U$S 1.000.000.000.
275 Si bien hoy ha caído su cotización por las restricciones a los viajes como consecuencia de la pandemia.
276 Esta lista, por la velocidad en que actualmente se dan los cambios en el mundo, puede no ser actual en cuanto a su orden en el momento en que se esté desarrollando este congreso. Solo Saudí Aramco se anima a pelear ese podio, pero ha quedado relegada frente a las tecnológicas con la pandemia.
277 Tenaris, Pampa Energía, PAE, Banco Macro, Banco Galicia, TGS, IRSA por ejemplo.

frente a activos de gran valor, que muchas veces no se refleja en los estados contables de la sociedad, y que no son asiento de ningún privilegio en caso de insolvencia. Por supuesto que estas empresas solo sirven de ejemplo, y no estamos planteando un concurso o quiebra de ellas. Pero sirven para graficar cómo otras compañías, obviamente de mucho menor valor, pueden también contar con activos que hoy no "garantizan" ningún crédito bajo la forma de asiento de privilegio.

Si queremos realmente proteger el crédito del acreedor laboral, debemos darle de dónde cobrarlo, y la ley actual no brinda esa solución.

Creemos que ha llegado el momento de revisar todo el sistema de privilegios concursales, el cual —como sostuvimos en otra ponencia— se encuentra en crisis, no solo por este repensar el esquema de asientos ante la nueva realidad de las empresas de la segunda década del siglo XXI, sino también ante fallos de la Corte Suprema de Justicia que ponen en jaque el régimen de privilegios en su conjunto[278].

Es por ello que, a la hora de repensar el sistema de privilegios y de buscar nuevos asientos para los mismos, también consideremos que es el momento de asignar un asiento específico para los acreedores vulnerables[279] o, tal vez, directamente para los acreedores involuntarios.

4. Conclusiones

El régimen de privilegios de la LCQ se presenta como insuficiente y antiguo ante la realidad de la economía y de las empresas en los negocios actuales. Tanto en lo que se refiere a los acreedores a los que protege como a los bienes sobre los que se asientan los privilegios especiales.

Debemos repensar y reformular el régimen de privilegios especiales de la ley concursal, a fin de incorporar otros bienes —marcas, *software*, etc.— como asientos de privilegios, mejorando el asiento del privilegio especial laboral (hoy en la práctica casi inexistente), como también incorporar (y, por qué no, tal vez suprimir) acreedores con privilegio especial, dándole una respuesta específica a los vulnerables.

278 "Asociación Francesa Filantrópica y de Beneficencia s/ quiebra s/ incidente de verificación de crédito por L.A.R. y otros", del 6/11/2018 e "Institutos Médicos Antártida s/ quiebra s/ inc. de verificación (R.A.F. y L.R.H. de F.", del 26/03/2019 (Pueden consultarse ambos en: http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoById.html?idDocumento=7477563&cache=1619654400121 y https://www.cij.gov.ar/nota-33937-La-Corte-Suprema-privilegi--el-cr-dito-concursal-de-una-persona-con-discapacidad.html, respectivamente.

279 Incluyendo en estos también a los llamados "hipervulnerable" o en "situación de extrema vulnerabilidad".

Esto no solo redundaría en un beneficio para esos acreedores, sino para el conjunto de los acreedores y para la seguridad en los negocios, ya que el resto de los acreedores podrá saber que su privilegio y su asiento serán efectivos, ya que los otros —que pueden merecer una mayor protección por su situación de vulnerabilidad— también están debidamente protegidos.

IMPACTO DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL EN EL RÉGIMEN DE PRIVILEGIOS: CONFLICTO ENTRE EL PRIVILEGIO LABORAL ESPECIAL Y LOS CRÉDITOS CON PRIVILEGIOS ESPECIALES GARANTIZADOS CON HIPOTECA. ASIENTO DEL PRIVILEGIO

BOTTONI, Gabriela

Ponencia

El régimen de privilegios establecido por la legislación de concursos y quiebras ha sufrido el impacto del Código Civil y Comercial. El sistema cerrado de preferencias consagrado por la ley 24.522 de Concursos y Quiebras no fue ajeno a las implicancias del código unificado (ley 26.994), que por imperio de su artículo 2° manda interpretar la ley teniendo en cuenta no solo sus palabras y finalidades sino también las leyes análogas y las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento. En virtud de ello, se entiende que sus disposiciones en materia de privilegios se aplican supletoriamente al ámbito concursal.

En principio, el privilegio laboral especial no concurre con el privilegio especial hipotecario, pues los bienes sobre los que se asientan son de diversa naturaleza. Sin embargo, la concurrencia puede llegar a darse en el caso de los dependientes ocupados por el propietario en la edificación, reconstrucción o reparación de inmuebles, ya que en tal supuesto el privilegio recae sobre estos (art. 2582 inc. b, CCyC). En dicha hipótesis el privilegio especial hipotecario es postergado por el privilegio especial del que gozan los créditos emergentes de la relación laboral, salvo que los respectivos débitos laborales se hubieran devengado con posterioridad a la constitución de la hipoteca, al igual que sucede en el supuesto de concurrencia del privilegio especial laboral y el prendario (art. 2586 inc. e, CCyC).

I.- Fundamentación

El artículo 241, inciso 2 de la Ley de Concursos y Quiebras (en adelante, LCQ) establece que tienen privilegio especial los créditos por remuneraciones debidas al trabajador por seis meses y los provenientes por indemnizaciones por accidentes de trabajo, antigüedad o despido,

falta de preaviso y fondo de desempleo, sobre las mercaderías, materias primas y maquinarias que, siendo de propiedad del concursado, se encuentren en el establecimiento donde haya prestado sus servicios o que sirvan para su explotación. Por su parte, el artículo 2.582 del Código Civil y Comercial (en adelante, CCyC) enuncia a los mismos créditos con privilegio especial, pero al indicar los bienes menciona además que cuando se trata de dependientes ocupados por el propietario en la edificación, reconstrucción o reparación de inmuebles, el privilegio recae sobre estos. Es decir, el texto es semejante al de la LCQ, salvo en lo que respecta a los trabajadores de la construcción, que no son mencionados en la ley concursal. De tal modo, la norma agrega un nuevo asiento del privilegio, que consiste en un bien inmueble, pero que solo resulta afectado respecto de una categoría determinada de trabajadores, aquellos que fueron ocupados por el propietario de dicho inmueble en su edificación, reconstrucción y reparación. La cuestión que entonces se plantea es: al no estar este asiento del privilegio especial contemplado en la LCQ, ¿la prescripción del artículo 2.582, inciso "b", último párrafo, solo tiene vigencia en los casos de procesos individuales o puede aplicarse el régimen a los créditos laborales concursales?

II.- Los privilegios en el régimen concursal

1. La ley 24.522 no tiene una definición de privilegios. El instituto sí se encuentra definido en el CCyC, que señala en su artículo 2.573: "*Privilegio es la calidad que corresponde a un crédito de ser pagado con preferencia a otro*". Quedó así superada la discusión acerca de su naturaleza real o personal, admitiendo que se trata de una cualidad o modalidad que accede a ciertos créditos[280], jerarquizando su satisfacción, cualidad que cobra fundamental importancia ante la insuficiencia patrimonial que exhibe un proceso liquidativo.

En materia concursal, el privilegio es un derecho que la ley establece a favor de determinados créditos para ser pagados antes que otros[281]. Esa anterioridad puede traducirse en una prioridad de lugar en la escala jerárquica o ránking de los créditos, o en una prioridad de índole temporal, como es el caso de los créditos pronto pagables (arts. 16 y 183 LCQ). Adviértase que las preferencias evidencian un quiebre en el principio conocido como *par conditio creditorum*, que impone el tratamiento igualitario de los acreedores.

280 Rivera, Julio César y Medina, Graciela (dirs.), *Código Civil y Comercial*, t. 6, comentario al art. 2.573.
281 Rouillón, Adolfo A., *Régimen de Concursos y Quiebras. Ley 24.*522, 17ª edición, Ed. Astrea, 2015, CABA, pág. 382.

Los derechos reales de garantía, como el caso de la prenda y la hipoteca, se erigen a partir de la intención de los acreedores de ubicarse, preconcursalmente, en un orden preferencial a los fines de morigerar los riesgos ante un eventual incumplimiento de su deudor.

Tratándose de una preferencia para el cobro, esta supone:

a) alteridad, o sea, contemplación de un sujeto en sus relaciones con otros; y

b) situación de conflicto entre ellos[282].

De este modo, la eficacia de un privilegio solo se advierte en caso de concurrencia, de conflicto con por lo menos otro crédito de cuya comparación con el privilegiado resulte su postergación. En su faz práctica, el privilegio requiere la presencia de por lo menos otro crédito[283].

De lo expuesto se colige que la "calidad" correspondiente a un crédito que menciona en su conceptualización el citado artículo 2.573 CCyC solo podrá invocarse cuando existan al menos dos acreedores que procuren cobrarse con el producido del bien sobre el que se asienta.

2.- La LCQ evidencia la pretensión de autosuficiencia en la materia. En efecto, el artículo 239, primer párrafo, reza: "*Existiendo concurso, solo gozarán de privilegio los créditos enumerados en este capítulo, y conforme sus disposiciones*". Sin embargo, tal autosuficiencia y el orden cerrado que inspiró al legislador concursal se encuentran en crisis. Vítolo refiere a la evolución de un "orden cerrado" estable a un "orden poroso" inestable[284].

Sin perjuicio de los fallos existentes en relación a los llamados *acreedores involuntarios* (respecto a los cuales no me explayaré en la presente), la situación de los acreedores laborales ha sido especialmente contemplada hace ya un tiempo en el conocido precedente "Pinturas y Revestimientos Aplicados S.A. s/ Quiebra", resuelto por la CSJN el 26 de marzo de 2014[285]. En dicha oportunidad se resolvió que el crédito por indemnización por accidente de trabajo tiene privilegio general completo. De ese modo, se encuentra por encima del resto de los créditos con privilegio general (incluidos los del Estado). Fundó su decisión en el carácter operativo —y no meramente programático— de las directivas emergentes de los convenios de la OIT, ratificados por el legislador argentino (en este caso, el Convenio N° 173).

282 Villanueva, Julia. *Privilegios*. 1ª edición, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2004, Santa Fe, pág. 27.
283 Villanueva, Julia. *Ob. cit.*, pág. 33.
284 Vítolo, Daniel Roque, "La evolución del régimen de privilegios en la Ley de Concursos y Quiebras. De un "orden cerrado" estable a un "orden poroso", *Diario El Derecho*, t. 267, Buenos Aires, martes 5 de abril de 2016.
285 Fallos: 337:315.

Lo antedicho evidencia una suerte de crisis del principio de autosuficiencia del régimen de privilegios concursales. La ley concursal debe, para su validez, ser concordante con el bloque constitucional federal, formado por la Constitución Nacional y los instrumentos internacionales de jerarquía constitucional. Por otra parte, el sistema se vio afectado tras la sanción de la ley 26.994 (CCyC), que a los fines de interpretación de una norma ordena en el artículo 2 tener en cuenta sus palabras, 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.

III.- Privilegios de los créditos laborales

1.- Las acreencias de origen laboral se caracterizan por ser destinatarias de un doble privilegio: especial y general. Según el artículo 241, inciso 2, de la LCQ, tienen privilegio especial los créditos por remuneraciones debidas al trabajador por seis meses y los provenientes por indemnizaciones por accidentes de trabajo, antigüedad o despido, falta de preaviso y fondo de desempleo, sobre el producido de las mercaderías, materias primas y maquinarias que, siendo de propiedad del concursado, se encuentren en el establecimiento donde haya prestado sus servicios o que sirvan para su explotación; y en virtud del artículo 246, inciso 1, de la LCQ, tienen privilegio general los créditos por remuneraciones y subsidios familiares debidos al trabajador por seis meses y los provenientes por indemnizaciones de accidente de trabajo, por antigüedad o despido y por falta de preaviso, vacaciones y sueldo anual complementario, los importes por fondo de desempleo y cualquier otro derivado de la relación laboral, incluidos los intereses por el plazo de dos años contados a partir de la mora, y las costas judiciales en su caso.

2.- Por otro costado, de conformidad a lo dispuesto por el artículo 247 LCQ, los créditos privilegiados generales laborales tienen mejor rango que los demás privilegiados generales (art. 246, incs. 2 a 4, LCQ), dado que cobran con preferencia a estos y, además, sobre todo el monto del producto de la liquidación del activo falencial, una vez satisfechos los créditos preferentes de los artículos 244 (reserva de gastos), 241 (créditos con privilegio especial) y 240 (gastos de conservación y justicia). En cambio, los créditos privilegiados generales restantes solo pueden afectar la mitad (50%) del producto que queda luego de haber pagado los créditos preferentes de los artículos 244, 241, 240 y 246, inciso 1, LCQ. Sabido es que el otro 50% se destina a pagar el porcentaje impago de los créditos privilegiados generales, en concurrencia *pari pasu* con los créditos quirografarios. En otras palabras, los créditos laborales se apartan del principio según el cual si el producto de la realización

del bien asiento del privilegio es insuficiente para cubrir alguna parte del crédito privilegiado, la porción insatisfecha concurre como acreencia quirografaria. El legislador ha dotado al acreedor laboral de una mayor protección que a los demás y permite que, agotado el asiento de su privilegio especial, cobre con la preferencia que le corresponde a su privilegio general.

IV.- Rango del privilegio especial del crédito laboral

La propia ley concursal se ocupó de establecer el orden de los privilegios especiales. Así, conforme al artículo 243 estos tienen la prelación que resulta del orden de sus incisos, salvo:

1. En el caso de los incisos 4 y 6 del artículo 241, en que rigen sus correspondientes ordenamientos. Se trata, respectivamente, de los créditos con garantía real y de aquellos que gozan de privilegios consagrados en la Ley de Navegación, el Código Aeronáutico, la Ley de Entidades Financieras y la Ley de Seguros.
2. El crédito de quien ejercía derecho de retención prevalece sobre los créditos con privilegio especial si la retención comenzó a ejercerse antes de nacer los créditos privilegiados.

Para el caso de concurrencia de créditos comprendidos en un mismo inciso y sobre idénticos bienes, se liquidan a prorrata.

Como se advierte, entre las excepciones que prevé el artículo 243 LCQ no se encuentran los créditos laborales. Al ser mencionados en el inciso 2, pareciera que solo podrían ser desplazados por los créditos mencionados en el inciso 1 (gastos hechos para la construcción, mejora o conservación de una cosa), sin embargo, su orden de prelación se puede ver afectado por la incidencia de las excepciones establecidas para otros créditos. A los fines de la presente ponencia nos preguntamos: el privilegio previsto en el artículo 2.582 inciso “b” CCyC, ¿se aplica en el ámbito concursal? ¿Qué sucede en el caso de concurrencia de un crédito especial laboral con un crédito hipotecario?

Hasta la sanción del código unificado, resultaba impensable la concurrencia de un crédito especial laboral y un crédito especial hipotecario, ya que el asiento de los privilegios era indefectiblemente diverso. En virtud del artículo 241 inciso 2, el de los trabajadores se asienta sobre las materias primas, mercaderías y maquinarias que, siendo de propiedad del concursado, se encuentren en el establecimiento donde haya prestado servicios o que sirvan para su explotación. Como puede advertirse, conforme la ley concursal, los privilegios laborales no se asientan en ningún caso sobre un bien inmueble, y se descarta

así todo conflicto posible con un acreedor hipotecario. El Código Civil y Comercial, como se adelantó, también reconoce como asiento de los créditos con privilegio especial de los trabajadores a las materias primas, mercaderías y maquinarias, con la particularidad que agrega un nuevo asiento, consistente en un bien inmueble, que resultará afectado por el privilegio respecto a una categoría específica de trabajadores, aquellos que fueron ocupados por el propietario del inmueble en la edificación, reconstrucción y reparación de aquel (art. 2.582, inc. "b", CCyC). En este escenario sí podría presentarse un conflicto.

Aún es un tema en debate la aplicabilidad (o no) de tal norma en el ámbito concursal.

Quienes se inclinan por la negativa aducen que los privilegios especiales adicionales consagrados en el artículo 2.582 CCyC, que no estuvieran contemplados por la ley concursal, rigen en los procesos individuales y no pueden entenderse aplicables a los concursos. Ello así en virtud de la prescripción contenida en el citado artículo 239 LCQ. Existiendo concurso y dentro de él, los privilegios creados por otras leyes quedan excluidos de toda posibilidad de hacérselos valer para concurrir en los procesos colectivos, excepto los regímenes a los que expresamente reenvía la legislación concursal[286].

Desde la otra tesitura (a la que adhiero) se sostiene que, teniendo en cuenta las disposiciones del artículo 2 CCyC, corresponde entender que el privilegio se extiende —también— al ámbito concursal, por lo que conforma una disposición supletoria del régimen especial[287]. Y es que la mencionada norma del CCyC postula el llamado diálogo de fuentes, que exige reinterpretar ciertos institutos de la materia concursal, y trae aparejada la flexibilización del sistema de privilegios que la ley falencial regula.

La interpretación de la ley debe ser armónica, se debe conformar una norma con el contenido de las demás, pues entre todas debe congeniarse una unidad coherente. Su consideración debe hacerse tomando en cuenta la finalidad que resulta de los objetivos y valores de la propia ley, sumado al de todo el ordenamiento en forma integral, pero a la vez contemplando las cláusulas que surjan de los tratados de derechos humanos. No se trata de ignorar la intención del legislador, sino de dar preferencia a las finalidades objetivas de los distintos textos en el momento propio de su aplicación[288].

286 Rouillón, Adolfo A. *Ob. cit*. pág. 388 y 391.
287 Vítolo, Daniel R., cit. pág. 619/620.
288 Boquín, Gabriela F. "El artículo 2 del Código Civil y Comercial de la Nación y su incidencia en el derecho concursal", VIII Congreso Iberoamericano de la Insolvencia – X Congreso Argentino de Derecho Concursal, Tomo 1, págs. 509/510.

A través de los artículos 1 y 2, el Código enumera cuáles son las fuentes del derecho y cuáles son los métodos de los que deben valerse los operadores jurídicos a la hora de su interpretación. Las mismas vienen a fijar cierto orden de prioridad para que en un supuesto conflicto de intereses sea posible echar mano tanto a disposiciones incorporadas al Código Civil y Comercial como a otras contenidas en alguna ley especial[289].

Abonan lo expuesto las palabras de Aída Kemelmajer de Carlucci, quien enseña que el intérprete de la ley debe armonizar las normas del Código Civil y Comercial y las contenidas en una ley especial, en tanto ello resulte posible. Solo cuando la norma imperativa de la ley especial colisiona con la del Código, prevalecerá la primera[290].

En nuestro caso, no se da la coexistencia de normas incompatibles, puesto que —como vimos— el código incorpora un nuevo asiento que no hallamos en la ley falencial, sin entrar en contradicción con ella.

Admitiendo la aplicación de tal norma al supuesto concursal, resulta factible la posibilidad de un conflicto entre acreedores con privilegios especiales sobre el mismo inmueble, por lo que se torna imperioso establecer cómo se define dicha concurrencia, cuál es el orden que debe darse a esos créditos.

La solución debe pensarse conforme los parámetros tomados en cuenta para la hipótesis de concurrencia de créditos con privilegio especial laboral y créditos con privilegio especial prendario, esto es, el momento en que se devengaron los primeros y la fecha en que se constituyó la garantía real. Tal es la resolución que surge del propio Código, ya que el artículo 2.586 inciso "e" emplea la locución "garantía real", comprensiva por tanto del derecho real de hipoteca.

V.- Conclusión

El sistema de privilegios concursales, al igual que otros tantos institutos del derecho argentino, exige la revaluación de sus preceptos a la luz del diálogo de fuentes consagrado con la unificación de nuestra legislación civil y comercial. La mencionada armonización de leyes, en manos de los jueces que tienen a cargo su interpretación y aplicación, me lleva a concluir que el nuevo asiento del privilegio especial reconocido a los trabajadores ocupados por el propietario del bien en su edificación, reconstrucción y reparación no resulta privativo de los procesos

289 Fiorenza, Alejandro A. *Prelación normativa en materia de responsabilidad civil. El vínculo del Código Civil y Comercial con los demás microsistemas del derecho privado argentino*, 07/09/2018, www.saij.gob.ar, Id SAIJ: DACF180194.
290 Kemelmajer de Carlucci, Aída, "Pautas para interpretar el código", en *Código Civil y Comercial*, Bs. As., Astrea, 2015, pág. 8.

individuales, extendiéndose —también— al ámbito concursal. En caso de concurrencia con un acreedor que cuenta con garantía hipotecaria sobre el mismo bien, solo será postergado si la hipoteca fue constituida con anterioridad al devengamiento de los créditos laborales a los que dicho privilegio accede.

EL CRÉDITO POR ALIMENTOS EN LA QUIEBRA DE LA PERSONA HUMANA. INCONSTITUCIONALIDAD E INCONVENCIONALIDAD DEL ART. 156 LCQ

DE CESARIS, M. Cristina, BOQUIN, Gabriela F. y GARCÍA, Silvana M.

Ponencia

Sin perjuicio de que el crédito por alimentos devengados y no pagados está sujeto a la carga verificatoria, ese crédito y las prestaciones que en el futuro se devenguen corresponde que se cancelen prioritariamente —cuando resulten exigibles— conforme la pauta del artículo 16, que por remisión del artículo 183 también se aplica a la quiebra, en cuanto reconoce como prontopagables los créditos que por su naturaleza deban ser afectados a cubrir contingencias alimentarias. El crédito por alimentos no es una "deuda contraída" con posterioridad en los términos del artículo 104 LCQ, y por ende su pago no se suspende por la declaración de quiebra.

I.- La obligación alimentaria en el Código Civil y Comercial de la Nación

El crédito por alimentos tiene fundamento en los artículos 432, 434, 455, 537 y siguientes, 658, 659, 666, 676 y 2.509 del Código Civil y Comercial, y en el artículo 3 de la ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes (B.O. 26/10/2005). Además, cuando se trata de niños, "*una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño*", conforme lo impone el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño suscripta el 20/11/89 por la Asamblea General de las Naciones Unidas y aprobada en nuestro país por ley 23.849 (BO 20/10/90).

De las normas citadas surge que los alimentos tienen fuente legal, convencional e incluso testamentaria, y pueden derivar del matrimonio, del parentesco y de la responsabilidad parental, y a partir de la sanción del Código Civil y Comercial se ha incorporado el deber asistencial del progenitor afín (art. 676). Esta ha sido una de las modificaciones sustanciales que se han efectuado al régimen de alimentos, conjuntamente con las que versan sobre el momento hasta el cual se deben —21 años, conforme art. 658, salvo que el obligado demuestre que el hijo mayor de edad cuenta con recursos para proveerlos por sí mismo, y hasta los 25 años al

"hijo mayor que se capacita" (art. 663)—, y las que derivan del matrimonio, pues con posterioridad al divorcio solo subsisten los alimentos de toda necesidad, y los debidos al cónyuge que padece de una enfermedad grave anterior al divorcio que le impide autosustentarse. Conforme la nueva normativa, también se reconoce a la obligación alimentaria establecida a cargo de los abuelos en favor de sus nietos el mismo alcance y contenido de los alimentos derivados de la responsabilidad parental (arts. 658 y ss.).

Por último, consideramos que un cambio de gran trascendencia introducido por la reforma del año 2015 en materia de alimentos es el reconocimiento de las tareas cotidianas de cuidado personal como integrantes de la obligación alimentaria, ya que quien permanece con sus hijos e hijas en el hogar tiene menos posibilidades de realizar una tarea remunerada, o bien mayores limitaciones horarias para trabajar. En el artículo 648 se ha definido al cuidado personal como "*los deberes y facultades de los progenitores referidos a la vida cotidiana del hijo*", y en el artículo 650 se positiviza un principio de gran trascendencia para lograr equidad de géneros, ya que se reconoce en forma expresa que las tareas que realiza quien asume el cuidado personal tienen un valor económico y, por ende, quien cuida está haciendo un aporte[291]. De este modo, el progenitor que cuida cumple su obligación alimentaria "en especie". Precisamente, se trata de uno de los supuestos que el Código reconoce como de cumplimiento de la prestación alimentaria en especie (art. 659), inspirado en la obligada perspectiva de géneros y la igualdad real entre hombre y mujer que pregona la CEDAW[292].

II.- La graduación del crédito por alimentos en la ley 24.522. Otros posibles tratamientos

a. La ley concursal contempla en el artículo 156 la situación de los alimentos a cargo del sujeto fallido y establece que podrán ser reclamados los adeudados antes de la sentencia de quiebra. Ello comprende a los alimentos fijados convencional o judicialmente antes del decreto de quiebra y a los que —sin haber sido así establecidos— se devengaron con anterioridad a ese momento y su reclamo se hace directamente en el proceso falencial.

b. Al regular la materia de privilegios, la LCQ confiere carácter privilegiado general a los gastos de necesidad en alimentación del deudor y su familia (art. 246. inc. 3 c). La interpretación más extendida es que se

291 Lopes, Cecilia "Cuidados, compensación económica y alimentos", RC D 10/2021, Rubinzal Culzoni Editores.
292 Herrera, Marisa en *Código Civil y Comercial Comentado*, obra colectiva dirigida por Ricardo Luis Lorenzetti, T. IV, p. 403, Rubinzal Culzoni Editores, 2015.

privilegia a aquel acreedor que ha provisto de alimentos al fallido y no el caso en donde el fallido es el obligado alimentario. Serían privilegiados pues, los "gastos por alimentación". El crédito del alimentado sería entonces quirografario.

Pero hay también quien entiende que la ley no distingue y que, por tanto, la obligación alimentaria del deudor goza igualmente del privilegio general del mencionado artículo 246, inciso 3[293], claro está, con la limitación temporal indicada en el mismo inciso y la extensión fijada por el artículo 247.

c. Luego de la reforma de la ley 26.684, el artículo 16 de la LCQ (aplicable a la quiebra por remisión del art. 183) faculta al juez, dentro del régimen de pronto pago, a abonar créditos 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.

Los autores discrepan sobre al auténtico alcance de esta modificación. Para muchos, el legislador solo amplió los supuestos de créditos *laborales* prontopagables. Pero también se sostiene que una interpretación más acorde con la finalidad de la reforma, y la base pretoriana que le dio origen (decisiones protectorias de créditos no laborales que debían ser afectados a cubrir contingencias que no admiten demora), impone ampliar su campo de aplicación a acreencias que no tienen origen en las relaciones laborales. El juez podría, entonces, autorizar el pronto pago de créditos alimentarios si, en el caso, reúnen los caracteres señalados en la norma.

Un régimen similar al del artículo 16 surgiría de considerar al crédito por alimentos revestido de una preferencia que no significa un privilegio en sentido estricto.

El género sería el de las "prioridades", y dentro de estas se ubican "los privilegios" y "las preferencias". Estas no alteran la situación de los privilegios, pero pueden ubicar a ciertos acreedores en una posición de ventaja de tipo procesal que signifique anticipar su cobro u otorgarle derechos en ciertas situaciones concursales, aun cuando no importen privilegios[294]. Una opinión[295] —con sustento en convenios internacionales que analizaremos— sostiene así que el juez debe garantizar al crédito por alimentos un pago preferencial sobre los activos líquidos que componen los ingresos de la masa o del fallido, en un porcentual del 20%.

293 Vaiser, Lidia, "Los alimentos en los procesos concursales", en *Revista de Derecho de Familia*, Nº 38, 2007, pp. 179 y ss.
294 Alegria, Hector, "Los privilegios en la ley concursal", *RDPC*, 2011-2, p. 42.
295 Amoreo, María Cristina, "El privilegio alimentario en el proceso falencial a la luz de la Convención de los Derechos del Niño: el *favor minoris*", en *DFyP* 2011 (julio), 01/07/2011, 38.

d. En ciertos ordenamientos la protección es más amplia. Así, la ley concursal española, 22/2003, en su artículo 84, 4°, establece que tienen el carácter de créditos contra la masa (no créditos concursales) los alimentos a cargo del deudor, en las condiciones fijadas por la respectiva legislación. Se incluyen en esta calificación períodos anteriores y posteriores a la situación concursal. Similar solución puede hallarse en la ley uruguaya (art. 91, inc. 5)[296].

e. Con sustento en que el reclamo de estos créditos (anteriores) no resulta atraído al proceso universal (arts. 21, inc. 1, y 132 LCQ), se afirma que deben ser considerados "ajenos al concurso". Por tanto, una vez obtenida sentencia en tales procesos individuales, no hay impedimento para concretar actos de ejecución forzada, cuya viabilidad dependerá de que se hubieran obtenido medidas precautorias, que de acuerdo a la LCQ no se levantan. Frente a la quiebra, solo es posible ejecución extrafalencial sobre bienes que no fueron objeto de desapoderamiento. Si se pretende agredir bienes desapoderados, el acreedor debe presentarse al proceso falencial, pues carece de derecho para requerir la subasta de esos bienes a fin de satisfacer sus créditos, con lo cual esa "ajenidad" que se predica tiene alcance muy relativo.

III.- Crédito por alimentos, convenciones y leyes protectorias

Ahora bien, el régimen de privilegios de la LCQ debe compatibilizarse con los tratados internacionales, ratificados por nuestra Nación conforme artículo 75 inciso 22 CN, ya que la Constitución y los instrumentos internacionales, en cuanto reconocen derechos, lo hacen para que estos resulten efectivos y no ilusorios, sobre todo cuando se encuentra en juego un derecho humano fundamental[297].

Los Tratados Internacionales involucrados serían:

a) La Convención Americana sobre los derechos del Hombre[298].

296 Citando una particularidad, en la exposición de motivos de la 19.551, bajo el numeral 88 de la Sección IV podía leerse: "Los alimentos adeudados por el fallido son *a cargo del concurso* solo por los períodos anteriores a la declaración de quiebra, sin perjuicio de afectar en ambos casos para su cobro los bienes no desapoderados". Sin embargo, luego eso no quedó plasmado en la legislación, pues en su art. 264 no se previó a esos créditos como créditos del concurso, no respondiendo tampoco a su caracterización.
297 Fallos: 327:3677; 330:1989 y 335:452.
298 Art. 19, en cuanto establece: "Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado". Puede considerarse antecedente de este artículo la regla del artículo VII de la Declaración Americana de los derechos y deberes del hombre, que a la vez dispone que todo niño tiene derecho a la protección, cuidados y ayuda especiales.

b) La regla establecida en el art. XVI del Protocolo de San Salvador[299].

c) Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, art. 24.

d) La Convención sobre los derechos del niño[300].

e) Convención Interamericana sobre la protección de los derechos humanos de las personas mayores[301].

f) Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad[302].

Por otro lado, la ley 26.061 de Protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, sancionada en el año 2005, que tiene por objeto "*la protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes que se encuentren en el territorio de la República Argentina, para garantizar el ejercicio y disfrute pleno, efectivo y permanente de aquellos reconocidos en el ordenamiento jurídico nacional y en los tratados internacionales en los que la Nación sea parte*" (art. 1), señala y establece: "*La Convención sobre los Derechos del Niño es de aplicación obligatoria en las condiciones de su vigencia, en todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que se adopte respecto de las personas hasta los dieciocho años de edad*" (art. 2). La referida ley dispone que los derechos reconocidos están asegurados en su máxima exigibilidad (art. 1) y son de orden público, irrenunciables, interdependientes, indivisibles e intransigibles (art. 2). La norma menciona expresamente en su Título II —entre otros— el derecho a la vida (art. 8)

299 Que estipula que todo niño tiene derecho a las medidas de protección que por su condición de menor requiere de parte de su familia, de la sociedad y del Estado.

300 Que establece en su art. 3 que el Estado se compromete a asegurar la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres u otras personas responsables de él. Con este fin tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas el artículo 27, más específicamente establece que los Estados partes reconocen el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico mental, espiritual, moral y social, que a los padres u otras personas encargadas del niño les incumbe la responsabilidad primordial de proporcionar dentro de sus posibilidades y medios económicos las condiciones de vida que sean necesarias para el desarrollo del niño y que los Estados partes tomarán todas las medidas apropiadas para asegurar el pago de la pensión alimenticia por parte de los padres u otras personas que tengan la responsabilidad financiera por el niño.

301 Ratificada por nuestro país por la ley 27.360, determina en su artículo 3 que son principios generales aplicables a la Convención: el bienestar y cuidado, la seguridad física, económica y social, el enfoque diferencial para el goce efectivo de los derechos de la persona mayor, la protección judicial efectiva, la responsabilidad del Estado y participación de la familia y de la comunidad en la integración activa, plena y productiva de la persona mayor dentro de la sociedad, así como en su cuidado y atención, de acuerdo con su legislación interna, y en el art. 6 la necesidad de adoptar las medidas necesarias para garantizar a la persona mayor el goce efectivo del derecho a la vida y el derecho a vivir con dignidad en la vejez hasta el fin de sus días, en igualdad de condiciones con otros sectores de la población.

302 Ratificada por la ley 26.378, que dispone en su art. 10 el derecho inherente a la vida; en el art. 25, a la recreación; en el 24, a la salud; y en el art. 28, a un nivel de vida adecuado, lo cual incluye alimentación, vestido y vivienda adecuados.

y el derecho a la salud (art. 14). Los derechos reconocidos en la ley se sustentan en el interés superior del/a niño/a (art. 1) entendido como "*la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos*" (art. 3). En virtud del mismo, conforme puntualiza el artículo 3, debe respetarse la condición de sujeto de derecho de todo/a niño/a y adolescente (pto. "a"), el respeto y pleno desarrollo personal de sus derechos en el medio familiar, social y cultural (pto. "c").

Conforme señala expresamente el referido artículo 3 de la ley 26.061: "*cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de las niñas, niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros*".

La norma establece también que los Organismos del Estado tienen la responsabilidad indelegable de establecer, controlar y garantizar el cumplimiento de las políticas públicas que garanticen con absoluta prioridad el ejercicio de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, implicando prioridad en la exigibilidad de la protección jurídica cuando sus derechos colisionen con los intereses de los adultos, de las personas jurídicas privadas o públicas (art. 5), debiendo adoptar todas las medidas administrativas, legislativas, judiciales y de otra índole, para garantizar el efectivo cumplimiento de los derechos y garantías reconocidos en esta ley (art. 29).

Todas estas obligaciones resultarían incumplidas, los derechos se verían frustrados, su prevalencia, prioridad y máxima exigibilidad se convertirían en letra muerta, si el crédito por alimentos se considerase quirografario o solo pudiesen efectivamente cobrarse los preconcursales dejando desamparados a los créditos que naciesen con posterioridad a la quiebra.

Lo cierto es que todos los derechos consagrados en estas convenciones y en la ley 26.061 se volverían ilusorios en la quiebra si no se respeta el debido pago de la obligación de alimentos que surge de la responsabilidad parental o de los deberes de alimentación entre parientes.

IV.- Inconstitucionalidad e inconvencionalidad del art. 156 LCQ

Conforme lo dispuesto por el artículo 669 CCCN, los alimentos se deben desde el día de la demanda o desde el día de la interpelación del obligado por medio fehaciente, siempre que se interponga la demanda dentro de los seis meses de la interpelación.

Esto significa que *la causa* del crédito por alimentos será preconcursal en el caso de que se hubiese iniciado demanda, interpelado al fallido alimentante (siempre que luego de esta interpelación se inicie el juicio lue-

go de 6 meses), antes del decreto de quiebra. El *título* será preconcursal si la sentencia que condena a pagar alimentos fuese de fecha anterior al decreto de quiebra. De tal manera, estos créditos por alimentos tienen causa o título anterior al concurso.

La diferenciación que hace el artículo 156 en cuanto permite cobrar en el concurso solo a los créditos por alimentos adeudados por el fallido antes de la sentencia de quiebra discrimina a los acreedores por deuda alimentaria que son titulares de acreencias de causa o título anterior, pero que se devengan con posterioridad a la declaración de falencia.

Ello atenta contra el principio de igualdad ante la ley (art. 16 CN) y discrimina negativamente contra niños, niñas, adolescentes, adultos mayores y discapacitados beneficiarios de la obligación alimenticia, que por otro lado son objeto de protección de los diversos tratados internacionales previamente enunciados, pues si todo acreedor de causa o título anterior, conforme el principio general del artículo 125 LCQ puede y debe reclamar sus acreencias en la quiebra, no se comprende por qué se dejan excluidos de la posibilidad de cobrar de la masa activa a los acreedores por deuda alimentaria.

Lo expuesto nos permite afirmar que el artículo 156 LCQ es inconstitucional e inconvencional.

Finalmente y teniendo en cuenta la especial protección que les otorgan las convenciones a los alimentos de menores, adultos mayores y discapacitados, consideramos apropiado que los créditos por alimentos se cancelen prioritariamente conforme la pauta del artículo 16, que por remisión del artículo 183 también se aplica a la quiebra, en cuanto reconoce como pronto pagables los créditos que por su naturaleza deban ser afectados a cubrir contingencias alimentarias.

UNA PROPUESTA PARA UNA NUEVA FORMA DE PAGO A LOS ACREEDORES

KURLAT, Alicia

I.- Adaptarse o morir

Hace ya más de un año que venimos transitando una situación inédita, llena de experiencias nuevas, que nos trastocaron hábitos, costumbres y rutinas a las que estábamos acostumbrados, dinámicas familiares, laborales, de actividades sociales, deportivas o culturales que parecían inmodificables. Sin embargo, no sin dificultades, cada cual se ha ido adaptando y acomodando a las nuevas realidades.

Las cambiantes condiciones políticas, económicas y sociales en el país son tales que estamos entrenados para escenarios diversos que cada día nos sorprenden con nuevas condiciones. Tanto es así que hemos desarrollado una habilidad adaptativa especial para enfrentar las sucesivas y variables nuevas condiciones.

Las leyes y los procesos que ordenan las relaciones entre partes son pensadas para determinados escenarios y momentos que, en tanto cambiantes, dejan aquellas normas sin capacidad para cumplir su verdadero objetivo ordenador. Así es que aparecen permanentes reformas, ajustes, cambios de algunos artículos que muchas veces terminan siendo aportes circunstanciales más oportunistas que normas sólidas con permanencia temporal.

Ahora bien, la pandemia trajo un tsunami, y todavía estamos tratando de entender la nueva situación. Las habilidades adaptativas adquiridas que nos fueron permitiendo sortear una y otra crisis ya no parecen suficientes. Tal vez hay que empezar a pensar cambios más estructurales. En esta ponencia se propone una nueva forma de asignar recursos.

II.- Recursos escasos, ¿cómo asignarlos?

La escasez de recursos es una de las cuestiones básicas que explica la existencia de teorías económicas. En nuestro país, esta escasez es marcada y se extiende a casi todos los órdenes. El empobrecimiento sostenido de las últimas décadas da cuenta de una gran cantidad de necesidades

básicas insatisfechas. En un esfuerzo simplificador, se puede decir que, en definitiva, se trata de un tema de prioridades en la asignación de los recursos.

Una inteligente administración de bienes, potencialidades, fuerzas productivas, culturales, científicas permite encauzar el desarrollo de una sociedad; por el contrario, políticas erráticas, circunstanciales, solo terminan dilapidando riqueza.

En las empresas, el proceso no es muy distinto y la selectiva asignación de recursos a las áreas con mayor potencialidad es un objetivo buscado, en tanto aquellas pueden generar un proceso multiplicador de nuevos recursos.

Buscar la asignación más racional posible es un propósito de toda gestión.

III.- ¿Se puede mejorar la asignación de recursos en los concursos?

Cuando además una empresa se encuentra en concurso, las restricciones son aun mayores. Los recursos son siempre escasos y las pretensiones y demandas son múltiples. Es así que mucho se discute acerca de cuánto tiene que asignar un ente concursado a cancelar "el pasado" y la tensión que se genera respecto de las necesidades de apostar al futuro invirtiendo en él.

A través de las propuestas que los deudores ponen a consideración de sus acreedores, se pretende zanjar esas tensiones, pero siempre queda la duda de si en realidad está ofreciendo lo que podrá cumplir, o si por el contrario estará en condiciones de asignar mayores recursos a la cancelación de los pasivos contraídos. *A priori* es poco lo que se puede conocer.

Mucho se ha escrito acerca de las condiciones de las propuestas, pero siempre queda flotando la idea del deudor abusivo o de los acreedores impíos, y en el medio una unidad económica que se juega su suerte.

El tema puede simplificarse así: hay varios acreedores con múltiples y diversas necesidades y un deudor con posibilidad de afectar solo una parte de sus recursos a satisfacer a esos acreedores, en tanto requiere poder mantener su unidad económica en marcha y siendo productiva, condición que resulta indispensable para poder a su vez cumplir con los acreedores; una adecuada asignación de recursos se torna una cuestión básica para satisfacer estas necesidades.

La reforma de la ley del año 1995 introdujo la categorización de los acreedores en un avance hacia el reconocimiento de que su situación no es la misma, sino diversa. Así, por ejemplo, la de los bancos es claramen-

te distinta a la de un proveedor comercial chico o mediano. Sin embargo, la exigencia de tener que alcanzar las mayorías en cada categoría desdibujaron ese intento de flexibilizar las alternativas de pagos según las distintas condiciones de los acreedores.

IV.- ¿Se puede utilizar el sistema de subastas para una mejor y más racional asignación de recursos?

En el año 2020, el Premio Nobel de Economía fue otorgado a Robert Wilson y a Paul Milgrom, dos matemáticos que realizaron un importante aporte en invenciones en las teorías de subastas, que devienen de la teoría de los juegos que desarrolló hace años John Nash. Esta última expuso en modelos matemáticos la interdependencia estratégica que se genera cuando hay muchos actores racionales cuyos comportamientos influyen unos en otros.

En especial, Wilson y Milgrome desarrollaron modelos para un mejor uso del método de subastas que permite que frente a la existencia de recursos escasos se promueva un sistema para su mejor asignación.

La subasta como procedimiento de compraventa de bienes y servicios es ampliamente utilizada. Los aportes que realizan los premiados corresponden a la extensión de su uso para nuevos casos, buscando la asignación más eficiente de recursos.

Se trata de modelos matemáticos basados en el comportamiento racional y esperado de quienes toman decisiones, ello en función de la información que tienen, de sus preferencias y de lo que suponen que saben y quieren los otros[303].

Existen dos temas que hay que tener en cuenta, por un lado, el acceso a la información, y por el otro, el concepto de valor privado.

Una cuestión central es la asimetría de la información. Es probable que no todos los participantes accedan a la misma información, para que los procesos de asignación de recursos y de fijación de precios sean más transparentes, es necesario mitigar las señaladas asimetrías.

No obstante, aun teniendo todos la misma información, el comportamiento de los seres humanos es diverso, no solo por las expectativas propias, sino además por lo que suponemos harán el o los otros intervinientes; esa diversidad complejiza el proceso, la asignación de recursos es el resultado de múltiples interacciones estratégicas de varios participantes.

303 El dilema del prisionero es un ejemplo de las decisiones racionales con varios actores.

Otro elemento para destacar es que cada participante puede darle un valor distinto, para cada uno tiene un valor privado y se desconoce el que le asignan los oponentes, solo se puede estimar o suponer el accionar que llevarán a cabo los otros.

V.- ¿Se pueden aprovechar estas teorías en el campo de los concursos?, ¡tal vez sí!

Estas teorías vienen teniendo varias aplicaciones prácticas y ya han mostrado su utilidad, tanto es así que ello ha sido una cuestión central al momento de otorgarles este galardón.

Para ello, deberíamos desprendernos de varios preconceptos y prejuicios, y tal vez dinamitar algunos principios concursales, pero en medio de la pandemia en que todos nos sorprendemos día a día de los cambios de criterios y de los cuestionamientos a conceptos acuñados y de vieja data, por qué no repensar algunas ideas.

Así se podría empezar a reformular las propuestas de pago y, como primer paso, acordar la porción de los recursos que el deudor pondrá a disposición de los acreedores. Esta porción puede variar a lo largo del cumplimiento del acuerdo y ser, por ejemplo, una función de su resultado. De esta manera, se podría garantizar que la unidad económica no se descapitalizaría, lo cual aseguraría su continuidad y, por ende, su capacidad de cancelar los pasivos.

Además, sería una forma de disminuir la tensión entre deudor y acreedores, en tanto todos reconozcan que es necesario preservar la continuidad de la empresa y así garantizar sus acreencias con los futuros resultados, es más probable que puedan acordar la magnitud de esa proporción.

También se puede establecer que la proporción acordada esté sujeta a revisión. En efecto, la marcha de la empresa puede generar excedentes que no requieran reinversión y que podrían incrementar la masa de recursos a asignar al pago de los acreedores. O, por el contrario, necesidades extraordinarias pueden aconsejar disminuir la cantidad de recursos previstos en tanto su aplicación corresponda a precisamente mantener la unidad económica en condiciones productivas con perspectivas de desarrollo.

Una cuestión esencial para que este tipo de acuerdos sea sólido es que debe haber un igualitario acceso a la información. Esquemas prospectivos que den cuenta de la estructura del negocio, de las variables intervinientes y de la razonabilidad de su proyección resultan fundamentales para que una propuesta de pago no dé lugar a suspicacias ni a especulaciones.

Además, se puede prever un adecuado seguimiento y control de la marcha de los negocios.

Ahora bien, una vez acordado el *quantum*, la proporción para poner a disposición de los acreedores, aparece una segunda cuestión: ¿cuánto le correspondería a cada uno?, ¿a todos en proporción a su crédito? Esto serían cuotas proporcionales, tal y como viene siendo hasta ahora, y la realidad es que es probable que al acreedor de un pasivo de poco monto puede no interesarle ir cobrando cifras pequeñas cada vez. También es distinto si el acreedor es un banco que podría preferir diferir el cobro pero no resignar quita, frente a un proveedor comercial para quien postergar la cobranza puede ser fatal para su negocio. La pandemia ha dejado en evidencia esta dependencia. ¿Cuántas empresas que venían operando con regularidad se vieron afectadas por la imposibilidad de hacer efectivo el cobro de ventas? Con el efecto dominó, una a otra se van afectando sin posibilidad de frenar la cadena de "contagios".

Así, tenemos algunas de las condiciones para imaginar una subasta: recursos escasos para ser asignados a distintos participantes para quienes esos recursos tienen un valor privado diferente.

La idea de subasta es pensar en varios participantes, acreedores, interesados en cobrar o apropiarse de una parte de los recursos que el deudor pone a disposición para cancelar sus deudas.

Ahora bien, esos recursos no alcanzan para todos los acreedores ni todas sus deudas, entonces la pregunta es: ¿cuál es la asignación más racional?

Una forma está dada por cuanto representa para cada uno esa oportunidad de cobro, qué valor privado le puede asignar cada acreedor, según su necesidad, situación y condición a esa oferta

Es así que la subasta puede consistir en someter a la elección de los acreedores cuánto están dispuestos a resignar como quita para hacer efectivo el cobro.

Por un lado, alguno preferirá esperar y saltear una oportunidad de cancelación parcial y otro de acuerdo a su propia realidad y necesidad podría ofrecer resignar una porción significativa en tanto el importe a cobrar tiene para él un valor especial por su particular y coyuntural situación económica financiera o comercial. Tanto la quita como a su tiempo la espera bajo la forma de postergación de participar son variables que "administra" cada acreedor de acuerdo a su propia y única situación.

Así, la subasta podría empezar a ofrecer el total de los recursos disponibles, y el que oferta la quita mayor, ganaría y cobraría el neto.

También podría ocurrir que los recursos ofrecidos sean superiores al crédito así cancelado, en ese caso se puede seguir en otra ronda por los fon-

dos disponibles restantes y así sucesivamente. Parece también necesario que se puedan establecer límites o rangos que acoten la posibilidad que los recursos finalmente se concentren en pocos ganadores. Así se podrían fijar topes o montos parciales para subastar en sucesivos tramos.

Puede utilizarse el modelo de subasta holandesa ofreciendo una quita alta y el que primero la acepta la aplica a su crédito parcial o total. En este caso, cada participante desconoce lo que hará el resto.

Si fuera el modelo de subasta inglesa, se empezaría por ofertar quitas bajas para ir subiendo hasta que alguno realice la propuesta más alta. En este caso, todos saben quiénes son los interesados, en tanto realizan ofertas.

Los acreedores, al formular ofertas de quitas, pero solo sobre una parte de su crédito dejando saldos para futuras subastas, podrían ir administrando los montos que resignan y estos ajustarse a sus propias necesidades.

VI.- Hay cuestiones para analizar

Estas ideas tienen algunos inconvenientes.

Por un lado, parecería que del conjunto de acreedores los más débiles en términos de sus necesidades se verían perjudicados frente a los más sólidos y capaces de resistir y postergar en el tiempo la cancelación de su crédito. Sin embargo, esto no es ni más ni menos que dejar expuesta la realidad: no todos los acreedores son iguales ni tienen las mismas necesidades ni oportunidades. ¿Es acaso más justo y equitativo que cada uno se lleve una porción en función del tamaño de su crédito? En especial, cuando la cuota puede ser insignificante para algunos —muchas veces ni siquiera la pasan a cobrar— y de un enorme valor para otro.

Por el otro, tenemos que cuestionar principios básicos como la *pars conditio* o que solo se aplique para acordar condiciones generales del acuerdo: quita y espera igual para todos, lo cual no significa que todos terminen cobrando la misma proporción ni en el mismo momento.

También se podría argumentar que puede ocurrir que acreedores muy solventes y con créditos por montos importantes hagan ofertas por quitas significativas y sean los primeros en cobrar, es cierto, pero también si esto fuera así, se van cancelando sus acreencias y liberando recursos para el resto en futuras subastas.

Es un juego de todos con todos, cada uno con su realidad interactúa en un escenario múltiple y complejo armonizando sus necesidades y posibilidades con las de los demás.

Podría parecer en principio engorroso, sin embargo es un mecanismo más que simple y garantiza una total transparencia. Se terminarían las suspicacias acerca de pagos preferentes a algunos acreedores, abusos de deudores, acreedores exigentes que agitan la quiebra como forma de presión.

Se han desarrollado diversas plataformas que permiten de manera virtual operar este tipo de reuniones múltiples, la tecnología facilita superar alguna de las dificultades que se podrían presentar para administrar un proceso de subasta como el descripto.

Es probable que existan detractores que entiendan que, con estas condiciones, muchos deudores podrían no verse estimulados a hacer crecer su negocio, ya que su evolución queda atada a la obligación de pago. Sin embargo, nada impide que se acuerden condiciones de quita y espera generales y que este procedimiento solo sea utilizado para distribuir cuotas de pago. Es evidente entonces que las quitas deben tener un límite y los plazos también deben acotarse.

El acceso a la información relevante es indispensable y con mecanismos de control sobre la evolución de la marcha de los negocios se puede contar con los datos necesarios para que los acreedores conozcan el cuadro de situación y puedan tomar sus decisiones de manera racional.

Esta propuesta de una más racional asignación de recursos tiene como propósito la preservación del negocio por encima de los intereses personales, tanto del concursado como de los acreedores, porque es evidente que nuestra economía no resiste el cierre de más empresas. La oferta en varios rubros ya está bastante concentrada y las alternativas de nuevas inversiones no se ven en el corto ni mediano plazo. En estas condiciones, con un mercado cada vez más chico aun cuando se estimule la demanda, mientras la oferta no crezca, se profundizará la puja distributiva y se generará, sin dudas, más inflación. Colocar a las unidades productivas en el centro de la escena resulta esencial, más en los momentos que atravesamos.

Es por ello que es necesario revisar el modo en que se cancelan las deudas concursales.

LA LIQUIDACIÓN DE BIENES SIN QUIEBRA

PEREYRA, Alicia S.

La ley… debe ser convenible al logar, é al tiempo é debe tener derecho, y egualdad, é debe ser honesta, é digna é provechosa é necesaria.

Fuero Juzgo, II Titol de las leyes, IV

I.- Introducción

Durante el lapso 1859-1972, las leyes indicadas en el sumario regían en nuestro país la quiebra y sus remedios preventivos; pero sus disposiciones eran aplicables solo a los comerciantes. La insolvencia de los no comerciantes estaba legislada a nivel provincial por los respectivos códigos procesales (el concurso civil). En 1972, la ley 19.551 —de carácter nacional— legislaba los concursos de los comerciantes y no comerciantes (concursos civiles, art. 310), con lo que implícitamente habría derogado las disposiciones provinciales. En 1983, la ley 22.917 —al derogar el art. 310— eliminó toda diferencia entre concursos civiles y comerciales, y prescindió así de la divergencia. A partir de 1995, la vigente ley 24.522 mantiene la unificación de los sujetos de los concursos.-

Siempre se sostuvo:[304] "*La quiebra tiene perniciosas consecuencias sobre el desenvolvimiento de los negocios y la fe que deben merecerse recíprocamente los comerciantes*", **ya que**: "*La mayor parte de los negocios comerciales se hacen a crédito, y cuando sobreviene la falencia el que otorgó queda burlado, pues no recibe, generalmente, sino parte de los que se le debe*". **Asegurando que**: "*Es necesario determinar la responsabilidad que incumbe al comerciante fallido; saber* [...] *si actuó con imprevisión, impericia, imprudencia, realizando actos que lo llevaron a ese estado*" **y que**: "*Al que ha sido desafortunado en sus negocios, sin que se le pueda imputar culpa o fraude, no se le deben aplicar sanciones personales. Es más: no hay por qué privarlo del ejercicio del comercio, y corresponde rehabilitarlo para que goce de la plenitud de sus derechos*".

304 Fassi y Gebhardt, "Concursos", Comentario exegético de la ley 19.551 con las reformas de la ley 22.917 y jurisprudencia actualizada", 4ª edición / Astrea, Cap. Federal, marzo 1990.

El Capítulo XIV de la ley 4.156 disponía acerca de las medidas relativas al fallido en caso de culpa o fraude. De esta manera, se calificaba la quiebra y la conducta del deudor, quien —si resultaba culpable— era castigado con arreglo a las disposiciones del código penal (art. 136, ley 4.156). Esta cuestión también fue normada en el Título XIX de la ley 11.719, bajo el mismo rótulo. En la ley 19.551, el Capítulo IX tratada acerca de la calificación de conducta del fallido y de terceros. Este instituto fue resistido en la práctica y en la jurisprudencia, pero ensalzado y sostenido por la doctrina. Los litigantes querían "zafar" de la calificación de conducta, mientras que los doctrinarios querían verlos arder en la hoguera[305]. La ley 24.522 derogó la "calificación de conducta", explicando el legislador en el "Mensaje de Elevación" que: "*Se elimina el incidente de calificación de conducta como lo han propiciado diferentes proyectos anteriores*"; subsumiendo el régimen de complicidad en la responsabilidad de terceros. De esta manera, sin calificación previa, la ley 24.522 presume en su artículo 233 que la clausura del procedimiento de quiebra por falta de activo importa presunción de fraude, e impone la inhabilitación desde la fecha de la sentencia de quiebra (art. 234). La ley 24.522, pretendiendo ser más benévola al derogar la calificación de conducta, resulta ser más gravosa. Antes, si el deudor era calificado como "no culpable", no debía esperar un año para su rehabilitación. Ahora, no obstante existir la "rehabilitación automática", la misma nunca se logra de pleno derecho al año (art. 236), es necesaria una sentencia judicial que siempre se dicta transcurrido largamente el año prescripto por la ley.

Los concursos son procesos económicos destinados a reorganizar o liquidar los bienes del deudor. Paralelamente, en algunos casos, se debería dar otro proceso destinado a investigar si el deudor ha incurrido en algún delito que motivó su cesación de pagos. Sin embargo, a lo largo de la historia legislativa, las leyes concursales se arrogaron la potestad de tratar no solo las cuestiones económicas, sino las penales. Cuando las leyes concursales solo eran aplicables a los comerciantes, se consideró necesario determinar la responsabilidad penal que le incumbía al deudor fallido para privarlo del ejercicio de la actividad comercial. Ahora que la ley es aplicable a comerciantes y no comerciantes, **estamos convencidos** de que las sanciones penales deben canalizarse por la vía penal.

Hoy en día, la depresión y malestar económicos producidos por las medidas tomadas por el gobierno a raíz de la pandemia han provocado el aumento de desequilibrios en los patrimonios de los comerciantes, de las sociedades en general, de las empresas y de las personas humanas. Ahora es la pandemia, pero —en la Argentina— estos desequilibrios se vienen dando años tras año, gobierno tras gobierno. Esto ha provocado que mu-

305 Esta sentencia es personal y surge de la conclusión que saco luego de haber leído doctrina y jurisprudencia de la época.

chas quiebras y concursos obedezcan a causas justificadas, casualmente razonables: a la distorsión de los procesos económicos y a los reiterados fracasos de la economía nacional. Ya son pocas las quiebras en las que el deudor quiera perjudicar de manera deliberada a sus acreedores en su exclusivo beneficio.

Es por ello **que planteo en esta ponencia** que resulta innecesario mantener las sanciones que la quiebra trae aparejada para el deudor. Y con ello, que la liquidación sin quiebra, **la liquidación sin penalidades de un patrimonio**, para satisfacer a los acreedores, adquiere una extraordinaria importancia en épocas como esta.

Armando Amuchástegui Andrada ha considerado en su libro que esta institución creada por el artículo 41 de la ley 11.719 se trata de una de las soluciones (vigentes dentro del derecho de esa época) aplicable para el desequilibrio patrimonial que, por circunstancias derivadas de la buena fe, escapaban a las sanciones personales características de la quiebra. Esto —a su juicio, y al mío también— **implica que esta institución tiene un claro entronque con garantías individuales reconocidas**. Comparto el pensamiento del autor y agrego que las sanciones impuestas por la LCQ parten de la idea de que todo fallido merece ser penalizado por haber "defraudado" a sus acreedores. Sin embargo, la evolución del derecho concursal —en especial en nuestro país— se ha direccionado hacia la protección del deudor, de la empresa, del consumidor; quienes, a la postre, resultan ser las víctimas de medidas económicas y políticas que le son ajenas y que los llevan, fatalmente, al estado de insolvencia que los arroja al proceso concursal. Pocas veces se ha probado que el deudor debió ser penalizado por haber defraudado a sus acreedores, conclusión que ha provocado la derogación de la calificación de conducta. Y, actualmente, que el deber del juez concursal de comunicar la clausura por falta de activo al juez penal (art. 233 LCQ) no pase de ser una mera comunicación sin consecuencia penal alguna.

II.- Un breve repaso del artículo 41 de la ley 11.719

En el segundo párrafo del artículo 41 de la ley 11.719, la norma instituyó lo que se dio en llamar *la liquidación sin quiebra*. Esta establecía: "*Cuando el deudor sea de buena fe, el juez por auto motivado podrá disponer la liquidación de sus bienes, sin declaración de quiebra, aplicándose, y solo respecto de los bienes, las demás disposiciones de la ley que rigen los efectos de la ley declarada. Esta resolución será inapelable*". Alguna doctrina consideró que vino a reemplazar a la adjudicación de bienes de la ley anterior (arts. 34 y ss., ley 4.156)[306], atento a que:

306 Ley 4.156, art. 34: "*Los acreedores, en caso de no aceptar el concordato propuesto por*

a) el deudor debía ser de buena fe;

b) debía haber fracasado el concordato;

c) se disponía la liquidación de los bienes sin declaración de quiebra;

d) el juez debía resolver por auto motivado;

e) la resolución era inapelable.

En su momento, Yadarola criticó severamente la segunda parte del artículo 41 LCQ, considerando impropia la denominación de "liquidación sin quiebra" y que se trataba de una "creación híbrida". Sostenía que no era otra cosa que una forma de quiebra que no trae aparejada sanción alguna contra la persona del deudor; **una quiebra sin sanciones personales y con rehabilitación automática**: "Y es esto, efectivamente, la mal llamada liquidación sin quiebra. No hay tal liquidación sin quiebra sino una verdadera y típica liquidación por quiebra"[307], "lo que se ha querido legislar es una quiebra puramente económica, sin ninguna consecuencia para la persona del deudor"[308]. Dice Amuchástegui Andrada que, para entender los verdaderos alcances del pensamiento del maestro cordobés, hay que recordar la distinción que él hace entre "quiebra" y "bancarrota"[309], y define a la primera como un instituto exclusivamente económico según el derecho moderno, especialmente germánico, mientras que "bancarrota" es el proceso de las sanciones personales, de índole penal. Yadarola llegó a reconocer que dicha diferencia no es tan apreciable y nítida en el derecho latino[310].

Por su lado, Nicolás Di Lella (h)[311] —siguiendo la opinión de Yadarola— discriminaba en el proceso de la quiebra "la faz puramente patrimonial y la faz esencialmente personal, entre la ejecución patrimonial por una parte

el deudor o resistencia de este a aceptar el propuesto por los acreedores, podrán resolver tomar a su cargo el activo y pasivo del deudor. Esta resolución deberá ser por la misma mayoría establecida para la aceptación del concordato. Esta adjudicación de bienes queda sujeta a la aprobación del juzgado".

307 Yadarola, Mauricio, "La liquidación judicial en la nueva ley de quiebras", en *Revista de la Univ. Nac. de Córdoba*, año XII, n° 5-6, pp. 13 y ss.

308 Yadarola, Mauricio, "La liquidación sin quiebra y la desorientación de la jurisprudencia", en *J. A.* T° 63, sect. doc., pp. 3 y ss.

309 Yadarola, Mauricio, *ibídem*: "La quiebra es una institución económica diferente de la bancarrota".

310 Amuchástegui Astrada, Armando: *Liquidación sin quiebra*, Edic. Depalma, Bs. As. 1967, p. 15. "En un artículo publicado por el eximio profesor Luis Juárez Echegaray, en *J.A.*, T° 70 p. 37, señala, recordando una carta que Osvaldo Magnasco dirigió al juez Naón, que: 'la denominación de bancarrota es ajena a nuestras leyes y a nuestro tecnicismo, ajena también a ese origen histórico peninsular que algunos autores le atribuyen sin fundamento serio, y que España no usó nunca en su Código de Comercio, país que denominó quiebra a la situación especial de insolvencia, que la técnica legislativa de otros países, doctrina de los tratadistas y Constitución nuestra, llaman bancarrota'".

311 Di Lella, Nicolás (h), *Liquidación sin quiebra*, Bs. As, 1948.

y las sanciones personales por la otra"; y concluía que en el mundo jurídico latino en el cual se entronca nuestro concepto de quiebra "cuando se habla de quiebra en la ley se están diciendo dos cosas: liquidación de bienes y sanciones personales"[312].

En contrario, Amuchástegui dedujo a partir de la opinión de los maestros que la liquidación de bienes sin sanciones no es quiebra. Y concluye: "No es posible entonces extraer forzadamente del ámbito de las soluciones preventivas a nuestro instituto, que repetimos, no es una quiebra, ni siquiera atenuada"[313]. Si vamos al propio Título X de la ley 11.719 (De las medidas consiguientes a la declaración de quiebra y a la liquidación sin declaración de quiebra), no podemos más que coincidir en que, ausente la declaración de quiebra, la falencia no existe. En el mismo sentido, Marcos Satanowsky consideraba que la liquidación sin quiebra es una solución preventiva[314] y aseguraba que no es posible, por lo tanto, aplicar a una "solución preventiva" como es la liquidación sin quiebra, las normas que rigen a la "quiebra declarada". Por su lado, Luis Alberto Palacio dijo: "La liquidación de bienes no implica una medida punitiva contra el deudor sino una solución que permite resolver la situación creada por la no aceptación de un concordato preventivo. Si el deudor ha obrado de buena fe, resulta injusto como innecesario declararlo en estado de falencia, porque esta comporta una sanción de orden personal y ningún beneficio puede derivar para la masa de acreedores. No creemos que en dicha situación, o sea cuando no hay mala fe ni dolo ni culpa, sea necesario declarar fallido al deudor, para quitarle los efectos personales de esa declaración por medio de la rehabilitación"[315].

312 **Otras opiniones**: García Martínez en *El concordato y la quiebra*, T° I, p. 348 y en "Sistema de la liquidación sin quiebra de la ley 11.719", publicado en *J.A.*, T° 75, sec. doct., p. 7 considera que se trata de "una verdadera y propia quiebra, con efectos puramente patrimoniales o económicos; una quiebra sin sanciones personales, que solo tiene en mira la ejecución colectiva de los bienes presentes y desapoderados del deudor de buena fe, quien, a partir del auto que concede la liquidación sin quiebra, queda automáticamente liberado de todas sus obligaciones y capacitado para el ejercicio inmediato de sus actividades profesionales y de sus derechos civiles y políticos". Malarriaga, en el "Tratado elemental de derecho comercial", *T.E.A.*, 1952, T° IV, p. 395, considera a la liquidación sin quiebra como "una quiebra atenuada, por lo que, más que una solución propiamente preventiva de la quiebra, es una solución que reduce o restringe los efectos de esta. Hay que reconocer, sin embargo, que no existiendo, en el caso, formal declaración de quiebra, y limitándose el auto respectivo a ordenar la realización de los bienes, no puede decirse que haya quiebra y, sobre todo, no cabe decir que haya quebrado". Acota un elogio para la institución de "benéficos efectos en algunos casos, que no por excepcionales son menos dignos de que se los tome en consideración".

313 Dice Amuchástegui: "La terminología de la ley es clarísima para sostener que liquidación sin quiebra es eso: liquidación sin quiebra; no se ha querido, como creía Yadarola, legislar una quiebra puramente económica sin ninguna consecuencia para la persona del deudor, sino una solución diferente a la falencia según esta es entendida en el derecho nacional".

314 Satanowsky, Marcos "Liquidación sin quiebra", *J.A.*, T° 1948 II, sec. doct., p. 83.

315 Palacio, Luis Alberto, "La liquidación judicial sin declaración de falencia", en *J.A.*, T° 1953-III, sec. doct., p. 11.

Analizando el artículo 41 de la ley 11.719, no puedo más que concluir que su lenguaje es claro cuando dice: "*Liquidación de sus bienes, sin declaración de quiebra*". La intención del legislador y el espíritu de la regla concuerdan con la forma normativa, de modo que resulta difícil sostener que había quiebra. **No hay fallido ni siquiera con "rehabilitación automática"**, como sostenía Yadarola, **pues no hay ni inhabilitación ni interdicciones, que solo derivan del auto declarativo de la quiebra, según así lo normaba el artículo 191 LCQ**. Teníamos entonces que se llegaba a la "liquidación sin quiebra" solo por el camino del concordato preventivo, uno de cuyos supuestos era el desequilibrio patrimonial; pero tenía como objeto evitar la quiebra y, con ello, las consecuencias patrimoniales y personales que de su declaración se derivaban y aún, al día de hoy, se derivan. Mi opinión está abonada por el informe de la "Comisión parlamentaria" encargada de proyectar la reforma de la LCQ (Diario de Sesiones de la Cámara de senadores, año 1933, T° I, pp. 888 y ss.), en la que puede leerse —respecto del deudor de buena fe que no ha obtenido un concordato preventivo— que, en tal caso, podrá disponer que sus negocios se liquidarán bajo la autoridad judicial, pero sin declaración de quiebra, caracterizando a la institución que se crea en el apartado segundo del artículo 41 LCQ como un **"procedimiento de liquidación colectiva, bajo la autoridad judicial", sin sanción personal para el deudor**.

Durante la vigencia de la ley 19.551, en reemplazo de la liquidación sin quiebra (suprimida siguiendo el pensamiento de Yadarola), se permitía la rehabilitación inmediata del concursado de buena fe. No se fundaba solamente en su conducta durante el juicio, sino en su actuación integral como comerciante. Actualmente, el artículo 236 contempla **excepcionalmente** la reducción del plazo de un año que concede la norma para la rehabilitación automática del fallido. Sin embargo, la declaración de la quiebra produce fatalmente la inhabilitación del deudor y, con ello, sus estigmatizantes consecuencias.

III.- Conclusiones

La ley, además de interpretar las necesidades sociales, es —fundamentalmente— un instrumento destinado a concretar los fines del ordenamiento. Constituyen fines del ordenamiento la composición de los conflictos de intereses entre los integrantes de la sociedad política y el desarrollo y la perfección de esa sociedad. El ordenamiento es uno de los vehículos para que el derecho alcance su función. Carnelutti sostiene que la función del derecho es imponer la ética a la economía y, así, garantizar la política.

Sin embargo, la economía tiene sus propias reglas y su propia ética[316]. Así también la política. Constituye una arraigada costumbre de nuestra clase política enfrentar determinadas dificultades estructurales con modificaciones legales, exagerando con ello la potenciad de la ley.

La ley carece por sí sola de virtualidades modificadoras de la realidad. Aun así, ella suscita respuestas sociológicas que provocan determinadas realidades. Pero sin la asistencia de instrumentos diversos a ella, no constituye más que un texto volcado a un medio que le es indiferente. La ley, como mecanismo de regulación social, debería resultar de un cometido interdisciplinario que no solo consulte la opinión de juristas especializados en las diversas ramas del derecho, sino también la de empresarios, economistas, sociólogos, etc. Debe ser el resultado de una indagación seria y precisa de la realidad, y debe ser sometida a juicio de quienes la habrán de operar. La ley debe ser conveniente al lugar y al tiempo. Debe tener derecho e igualdad. Y debe ser honesta, digna, provechosa y necesaria.

Así las cosas, propiciar la liquidación de los bienes del deudor sin las sanciones que impone el estado de quiebra es conveniente para estos tiempos, para nuestro país; por lo que su aplicación resulta digna para el deudor y provechosa y necesaria para la sociedad toda.

316 Disciplina humana que estudia el bien y el mal y sus relaciones con la moral y las conductas humanas.

EL COMPORTAMIENTO ECONÓMICO DE LA LEY DE QUIEBRAS EN LA FORMA DE REALIZACIÓN DE LOS BIENES

FERRO, Carlos A.

Ponencia

El daño indirecto que provocan ciertos institutos de la ley concursal por rígidas formulas, derogadas de hecho por la realidad económica y la impronta digital entre otros factores, son ciertamente mayores a los efectos negativos propios de la declaración de la quiebra sobre el patrimonio de los agentes involucrados que se proyectan de forma inexorable sobre la sociedad.

I.- Introducción

Es objetivo del presente trabajo considerar el irrelevante grado de comportamiento económico de la ley de quiebras en lo referido a la liquidación de bienes y, por consiguiente, su negativo impacto en la tutela del crédito y en el circuito de los negocios. Sucede que la ley ignora el rol de los precios de mercado al momento de establecer no solo el mecanismo de fijación de la base de subasta, sino las formas de realización del activo falencial oportunamente incautado[317].

II.- Inconsistencias entre los objetivos de la ley y el comportamiento económico

En el modelo de comportamiento clásico, el libre movimiento del precio es el regulador de las dinámicas de los agentes económicos y de la economía en su totalidad, por lo cual se lo conoce al sistema por el nombre de "sistema de precios libres"[318]. Los precios fluctúan como un termómetro de acuerdo a los productos ofrecidos y los bienes del activo a enajenar son un "producto", no un servicio.

El precio de mercado es una fuerza ajena a los empresarios, a los acreedores y a la ley de quiebras. Ni el síndico ni el juez pueden imponerlo

317 Arts. 204 a 208 LCQ.

318 Enrique G. Costa Lieste, "Marketing" Biblioteca de Orientación económica Ed. Sudamericana p. 48 y ss.

sobre parámetros pétreos; al hacerlo, fracasa en la mayoría de los casos la subasta[319]. Es que el precio indica si los inversores o terceros están interesados en comprar el activo para aumentar la producción de un bien o entrar en un nuevo mercado, de acuerdo a los incentivos o ganancias. Por ello, a la dificultad del precio se suma la complejidad del sistema en la transferencia del activo enajenado que también tiene una valoración económica que es ignorada por la ley.

El precio y la velocidad de transferencia son intangibles indispensables al momento de determinar no solo la forma de realización, sino la continuación de la actividad de los agentes económicos en el circuito de los negocios. A ningún inversor le resulta redituable comprar un problema. Adviértase en ese sentido el contenido del inciso 8 del artículo 205 LCQ[320].

Este inciso puede dar lugar a diversas interpretaciones que condicionan y desalientan al inversor y, en cierta forma, demuestran la ausencia de comportamiento económica de la ley ante la liquidación de activo. Toda vez que el alto grado de complejidad que representa la quiebra, y la escasa seguridad jurídica que emana de la ley, mellan sin lugar a dudas, la confianza propia del ciclo de inversión[321]. Al tratarse de una planta industrial que requiere de fuertes inversiones y planes de reorganización para mejorar la productividad, el estipular sin precisión la planta de personal que debe ser mantenida como el plan de empresa que se debe presentar ocasiona serias complicaciones y disminuye las expectativas de inversión del tercero.

Es que la forma en que está redactado el inciso facilita resoluciones contradictorias que puede adoptar la justicia laboral ante el juzgado concursal. Tal es así que, para ciertos magistrados del fuero del trabajo, el adquirente en subasta es solidariamente responsable de ciertas obligaciones laborales con la fallida. Esto afecta y evidencia la fragilidad del sistema de enajenación de la empresa para los casos en que la continuación no esté a cargo de una cooperativa de trabajo.

Fijar una pauta estricta como es la de mantener los mismos puestos de trabajo o respetar el destino de la explotación de la fallida en un mercado competitivo y dinámico no asegura muchos inversores en estas ope-

319 La incoherencia entre medios y fines se advierte entre otras variables, en que al fracasar una primera licitación luego de un proceso por demás engorroso de compaginación y determinación, la segunda convocatoria se hará sin base, conforme art. 205, inc. 10 LCQ.
320 A los fines de la adjudicación el juez ponderará especialmente el aseguramiento de la continuidad de la explotación empresaria, mediante el plan de empresa pertinente y la magnitud de la planta de personal que se mantiene en actividad como tutela efectiva de la fuente de trabajo. El plazo para el pago del precio podrá estipularse en el pliego de licitación.
321 Para ampliar una crítica al art. 205 LCQ, ver del autor “Critica económica al sistema de enajenación de la empresa en quiebra” DSCE XXXII Errepar, junio 2021, Cita digital: EOLDC103848A.

raciones. Por cierto, no es posible desconocer el alto grado de conflictividad laboral y sindicalización que no resultan atractivos para quien pretende invertir.

Desde otro punto de vista, los recursos para todas las actividades sociales son los mismos y son recursos económicos. El inversor o emprendedor ve el cambio a través de la adquisición de activos como una oportunidad para ampliar o ingresar en determinado mercado y satisfacer las necesidades del consumidor. No es que el adquirente lleva a cabo el cambio en la sociedad, sino que busca transformar el medio y lo explota como una oportunidad. No hay mayor recurso en la economía que el "poder de adquisición", el cual es creación del emprendedor o innovador[322].

En vez de facilitar la adquisición de bienes para lograr una transformación económica en el medio, la ley de quiebras se enquista en dificultar ese proceso a través de formas obsoletas que afectan toda innovación y asfixian la inversión. Se produce de esta manera el efecto contrario al que se pretende, porque las formas de realización de bienes en su actual redacción profundizan el daño crediticio de los acreedores, retardan la productividad y perjudican el desarrollo económico de la comunidad al impedir que el agente económico que adquiere los recursos se inserte de manera veloz en el circuito de los negocios.

Conforme la teoría del comportamiento económico, cualquier cambio en el potencial productor de riqueza ya existente también es innovación. Porque al introducirse un nuevo agente en la producción de bienes y servicios, cambia la economía. En tiempos de depresión económica, la ley de quiebras debe ser un medio más adecuado para revertir esos efectos. Debe volver más dinámica la economía y permitir en un breve plazo la revaluación o regeneración de actividad económica en los agentes económicos bajo proceso liquidativo[323].

Desde otro aspecto, el beneficio que busca el inversor surge del hecho que estos invierten en servicios productivos por anticipado a tipo fijo y dan efectividad a su uso mediante la venta del producto en el circuito de los negocios[324]. Así, la competencia de los bienes y servicios está basada en las "previsiones" que evalúa el inversor al pretender adquirir activo falencial. Ciertamente, la normativa bajo análisis no facilita la adquisición ni mucho menos la certeza y previsión necesarias para la inversión.

322 Drucker, Peter "La innovación y el empresario innovador" ed. Sudamericana p. 44.
323 En una economía argentina que no crece desde hace más de 10 años, inflación anual superior al 45%, el país se da el lujo de no apreciar la importancia que reviste en algunos casos la continuación de la explotación de la empresa y su veloz transferencia a un inversor.
324 Sobre este punto, se recomienda la lectura de Frank Knight, "Riesgo, incertidumbre y beneficio", Aguilar editor, 1947, pp. 178 y ss.

III.- Conclusión

Conforme antecedentes y el enfoque expuesto, el comportamiento económico significativo adecuado es aquel en el cual el proceso de continuación y el de enajenación de la empresa, en especial, se plasman en la realidad económica de forma tal que logra reinsertar al potencial activo del agente económico afectado por la crisis en el mercado de manera veloz y dinámica.

La enajenación de la empresa en marcha cumple entre otros dos objetivos: el primero, tutelar y satisfacer el pasivo verificado de toda graduación y, en segundo término, facilitar la reinserción del activo en el circuito de los negocios, logrando mejorar la productividad por el efecto multiplicativo de la economía. El proceso de liquidación que no reactiva o regenera actividad de forma rápida es ineficaz desde lo económico y jurídico.

La liquidación de activos se presenta como una posibilidad de reinversión de utilidades del inversor, que tiene en miras al potencial consumidor, más que la mera tutela del crédito y la conservación de la empresa. Se observa que las disposiciones contenidas especialmente en los artículos 204, 205 y 206 LCQ no guardan, en su actual redacción, relación con el objetivo de perseguir un mayor beneficio para los intereses del concurso[325]. El exceso de ritualismo y regulación no representan en la actualidad sistemas dinámicos que favorezcan la adquisición del activo por un tercero, por el contrario, al ser tan compleja y lenta, la desalientan en forma evidente.

Los operadores jurídicos, y de forma especial los acreedores, deben considerar que sin inversores no hay transformación de activos, por ello la legislación debe favorecer su participación, al ser un eslabón esencial en el ciclo de los negocios. Ello facilitaría la innovación social sin la cual no hay crecimiento posible, por cuanto el efecto multiplicador de la economía se vería obstaculizado ante la falta de liquidez. Está comprobado que el desarrollo industrial depende de la innovación e inversión privada, porque ello favorece la reasignación de recursos[326].

325 Exposición de motivos ley 19.551, capítulo VI Liquidación y distribución, Sección I "Realización de bienes". Con la reforma de la ley 2.455 se mantuvo la misma estructura sin variaciones, a excepción de la incorporación de la cooperativa de trabajadores en su parte pertinente dispuesta por ley 26.684.
326 R. Barre, *ob. cit.*, p. 67.

ENVILECIMIENTO DE LA MONEDA Y DISTRIBUCIÓN DE DIVIDENDOS FALENCIALES

MARTÍNEZ, Marisol

Introducción

La ley 24.522 de concursos y quiebras fue sancionada el 20/07/1995, bajo la vigencia del régimen y plan económico impuestos por la ley 23.928 de "convertibilidad del austral" (27/03/1991).

Esta última ley estableció la prohibición de indexación (artículos 7 y 10 de la ley 23.928), dentro del marco del llamado plan de convertibilidad, que proyectaba una plataforma de estabilidad económica, y la equivalencia del peso con el dólar estadounidense, modificando incluso el régimen de obligaciones dinerarias del Código Civil entonces vigente (art. 617 C.C. reformado por ley 23.928).

Disposiciones como la del artículo 19 de la ley 24.522 con reconocimiento de las deudas en moneda extranjera dentro del concurso, con conversión a moneda de curso legal al "solo" efecto del cómputo de las mayorías fueron acordes a la convertibilidad, pero también lo fue el modelo con informe final y proyecto de distribución una vez finiquitada la "última enajenación" (art. 218 LCQ).

Este diseño de distribución final, si bien pudo haber resultado acorde a la coyuntura de su sanción, resulta letal en el contexto inflacionario posterior[327].

Dentro de las funciones que corresponden a la sindicatura respecto de los bienes desapoderados (inventario, incautación, depósito, guarda, conservación, liquidación, etc.), el artículo 183 prevé el "depósito de los fondos en cuentas que puedan devengar intereses en bancos o instituciones de crédito oficiales o privadas de primera línea. Puede autorizarse el depósito de documentos al cobro, en bancos oficiales o privados de primera línea".

Ha sido de práctica el resguardo del poder adquisitivo de los fondos de la quiebra mediante su inversión a plazo fijo en dólares estadounidenses, y

327 En fecha 06/01/2002 fue modificado enteramente el régimen de convertibilidad, subsistiendo, empero, la veda de indexación artículos 7 y 10 de la ley 23928 modificada por ley 25561.

en consecuencia, la presentación de proyectos de distribución, e incluso el pago de los dividendos en dólares estadounidenses[328].

Alguna jurisprudencia otorgó a los acreedores la opción de percepción de dividendos en moneda de curso legal o en la moneda extranjera en que se encontraban depositados los fondos de la quiebra, a partir de la consideración de la norma del art. 756 CCCN, como no imperativa.

La regulación respecto de la moneda extranjera osciló en nuestro medio desde la permisibilidad hasta la convertibilidad por ley 23.928, desde la restricción, a la prohibición. A su vez el fenómeno de pérdida del poder adquisitivo de la moneda de curso legal ha sido y es una constante que, lejos de inevitable, ha resultado del conjunto de actos coincidentes y reiterados, aunque no pactados ni concordantes, de las sucesivas administraciones por las que pasará el Estado, constituyendo el verdadero flagelo a resolver.

Lo cierto es que no se encuentra prohibido ni es irregular la tenencia ni el pago de una deuda con dólares, siendo un derecho de cualquier persona que habita el país.

La propia Comunicación A 6815 del BCRA –que modificó la Comunicación A 6770– limitó a U$D 200 la compra de moneda extranjera, sin prohibir la tenencia ni limitar el monto que pudieran alcanzar esos activos.

La coyuntura actual ha producido la reiteración de casos de quiebra de "larga data", con fondos existentes en dólares estadounidenses, e incluso superavitarias.

La respuesta concursal al efecto del envilecimiento de la moneda sobre la conservación y distribución de los fondos de la quiebra plantea distintos escenarios fácticos y jurídicos, los cuales requieren de solución en el caso concreto, variando el sustrato fáctico en el que tienen lugar, y atenta las variaciones normativas cambiarias a través del tiempo, manteniéndose constante la inflación:

1) Caso de existencia de fondos convertidos en moneda extranjera

Producto de un régimen de quiebras que posterga la distribución de dividendos (art. 218 LCQ), en contexto inflacionario, la inversión de los fondos producidos por la liquidación falencial en moneda extranjera constituye una reserva de valor, en ausencia de prohibición o restricciones, y dado el largo tiempo que insume la liquidación total del patrimonio de la quiebra dentro de un mercado prácticamente paralizado.

328 Galion Federal Corp S/Quiebra, Juzgado Nacional en lo Comercial Nº 12 Secretaría N° 24, 01/06/2016.

Por ende, aún luego de largos períodos de fuertes restricciones, cuando no prohibiciones –"cepos"–, a la adquisición de moneda extranjera, subsisten quiebras con fondos en moneda extranjera.

Los proyectos de distribución y la efectiva percepción del dividendo falencial se han dispuesto de forma disímil por la jurisprudencia: ambos[329] actos en moneda extranjera, solo el proyecto, en forma total o parcial, y también previa consulta a los acreedores.

El Dr. Chiavassa, con cita de Federico Ossola recordó que el régimen del art.765 CCCN no es de orden público, pues "no habría inconvenientes en que las partes, en uso de la autonomía de la voluntad (arts. 958 y 962 CCyC) pacten que el deudor debe entregar la cantidad correspondiente de la especie designada. Como bien se ha indicado, la posibilidad de pagar en moneda de curso legal no está impuesta de manera indefectible (se dice que el deudor puede liberarse)" (en Obligaciones, Abeledo Perrot, 2016, pag.347 y ss.)"[330].

Se ha entendido que "si bien no se aprecia perjuicio para que los acreedores cobren sus créditos con intereses en la moneda de su país, que justifique apartarse del criterio legal ordinario, la venta de los dólares invertidos para efectuar dicho pago, perjudica económicamente a la fallida", así es como se resolvió el pago en moneda extranjera tomándola a los efectos cancelatorios a la cotización tipo vendedor, considerando el impuesto país y RG AFIP 4815/20[331].

Se ha ponderado en algunas resoluciones judiciales evitar la pérdida para el deudor por diferencia de *spread* en la venta al tipo vendedor (*favor debitoris*).

Asimismo, se invocó enriquecimiento sin causa de la fallida.

Una vez convertidos los fondos de la quiebra en moneda extranjera, un pago en pesos solo beneficiaría al fallido, perjudicando nuevamente a sus acreedores, lo cual se encuentra vedado, no solo por el derecho general, sino por la normativa falencial en especial.

2) Caso de inexistencia de fondos convertidos en moneda extranjera

Pedido de conversión

El particular escenario de la pandemia puso de manifiesto algunos pedidos –habilitación de feria mediante en algunos casos– de compra de dólares inclusive por oficio tramitado por sistema DEOX, peticiones de operaciones con moneda extranjera alternativas, debate acerca de las facultades judiciales, etc.[332].

329 CNCom, Sala C, "Sofol I (Patrimonio Fideicomitido) S/Quiebra", 13/05/2019.
330 Juzgado de 1ª. Instancia C.C.26a-Con Soc 2-Sec, Córdoba, "Metalúrgica Zannier S.A. Quiebra", 12/06/2020.
331 Juzgado Comercial 20, Secr.Nº 39, "Tulier, Graciela Silvia S/Quiebra", 24/02/2021-
332 Corrado, Florencia. Dolarizacion de los Fondos y los Dividendos en las Quiebras. UBA

Denegatoria de pedido de conversión. Inconstitucionalidad arts. 7 y 10 ley 23928

En autos "Blockbuster Argentina S.A. S/Otros - Quiebra S/Incidente de distribución de fondos", de fecha 17/02/2021, se dispuso que "si bien le incumbe al juez como director del proceso preservar la intangibilidad de los activos de la fallida pudiendo a ese fin realizar distintas alternativas de inversión (cfr. arts. 179, 183, 274 y cctes. de la ley 24.522), ello no importa en modo alguno conferir prerrogativas a los eventuales beneficiarios para que sean ellos quienes decidan sobre la moneda y forma de pago de sus acreencias".

En ese caso, el magistrado diferenció las medidas conservatorias que pudieran tomarse en la quiebra, de principios distributivos que rigen el proceso falencial, y que juzgó orientados a satisfacer los créditos reconocidos en la causa, y asimismo el poder de decisión en cabeza del magistrado.

Consideró la disminución producida en el crédito de los acreedores a raíz de la depreciación de la moneda nacional, agravada en la oportunidad por los efectos que la pandemia del Covid-19 en todas las economías del mundo.

Así manifestó que "tanto la propuesta de la sindicatura de una distribución en dólares estadounidenses como su planteo de inconstitucionalidad de los artículos 7 y 10 de la ley 23.928", buscan una recomposición del valor de las acreencias concursales oportunamente reconocidas, considerando demostrados los agravios a la garantía de defensa en juicio, de debido proceso legal, y de acceso a la justicia, y del derecho de propiedad de los acreedores consagradas en nuestra carta magna. En consecuencia, procedió a declarar la inconstitucionalidad de los artículos 7 y 10 de la ley 23.928, en cuanto impiden todo tipo de mecanismo de actualización de los créditos, para el caso concreto.

Citó el precedente dictamen N°704/2020 de la Dra. Gabriela F. Boquín, Fiscal General de la Cámara Nacional en lo Comercial, en los autos "Asociación Francesa Filantrópica y de Beneficencia s/ Quiebra s/ incidente de segunda distribución complementaria", 21.10.20.

En dicho instrumento, la Magistrada se refiere al fenómeno inflacionario: "determinó la irrupción de un nuevo sistema, el valorismo, que pone énfasis en el poder adquisitivo de la moneda, admitiendo la actualización monetaria de lo adeudado, hasta alcanzar valores reales o de cambio efectivamente adeudados"[333].

Derecho Publicaciones Ed 00009- N 05 julio 2020.

333 Boquín, Gabriela F. Quiebra e Inconstitucionalidad de los artículos 7 y 8 de la ley 23.928, publicado el 3.7.20 en ElDial.com

Se destaca la necesidad de reexaminar las posturas en el supuesto concreto de quiebras en donde se dan prolongados lapsos entre el reconocimiento del crédito y su pago, sin desconocer precedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que han ratificado la constitucionalidad de tales normas[334].

Se ha recordado asimismo que la ley 21.488 de 1976, dispusiera la actualización monetaria de créditos derivados de quiebra y concurso civil, en caso de existencia de remanente (art. 228 ley 19.551) durante la vigencia de la anterior ley de concursos y quiebras.

En autos "Agrícola Pareja S.A. S/Quiebra" (Expte.No.81196/1994), CNCom, Sala B / Juz. 20– Sec. 39, la Fiscalía General ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, se expidió en dictamen No. 853/2020, del 04/11/2020.

Dicho dictamen se expide sobre la facultad privativa del juez del concurso (art. 183 y art. 274 LCQ), en su carácter de director del proceso, de disponer sobre la inversión de los fondos de la quiebra, respondiendo la misma al resguardo del dinero que deber ser distribuido entre los acreedores con sujeción a las previsiones de nuestro régimen concursal (CNCom, Sala A "Boeing SA s/ quiebra s/ incidente por separado", del 21/8/2013). Conceptuó la operatoria conocida como "dólar MEP o dólar bolsa" o la del "contado con liquidación", como inadecuada por los elevados riesgos que involucra en el actual estado de la economía local[335].

Asimismo, se expide sobre la aplicación de las Comunicaciones A 6815 y A 6915 del BCRA que restringen el acceso al mercado libre de cambios estableciendo topes para la adquisición de dólares estadounidenses por parte de las personas humanas residentes en el país, y normativa concordante, respecto de depósitos judiciales.

Fundamentación

Indudablemente el punto de conexión de los recurrentes planteos alrededor de la temática de la distribución de dividendos, y las objeciones constitucionales a las normas que vedan las actualizaciones en nuestro derecho, es el fenómeno distorsionador de la inflación, con su cara visible en el envilecimiento de la moneda de curso legal.

Sintetizado por el Dr. Cosentino: "tanto la propuesta de la sindicatura de una distribución en dólares estadounidenses como su planteo de inconstitucionalidad de los artículos 7 y 10 de la ley 23.928, buscan una

334 Cita precedentes CSJN, "Massolo, Alberto José c/ Transporte del Tejar SA", 20.4.10; en similar sentido, CSJN, "Okretich Raúl Albino c/ Editorial Atlántida SA", 15.7.97

335 "El fin de la quiebra radica en la realización del activo, al mayor valor posible, para cancelar el pasivo, no siendo un objetivo la búsqueda de ganancias. Mucho menos cuando ello depende de hacer incurrir a la quiebra en cierto mecanismo de especulación".

recomposición del valor de las acreencias concursales oportunamente reconocidas"[336].

Si bien el tema conlleva la llamada carga emotiva del lenguaje[337], atento a ligarse a valores como la moneda nacional, la cuestión debe ser resuelta conforme el principio de primacía de la realidad, en tanto no rijan normas imperativas expresas o produzcan vulneración de derechos y garantías constitucionales y convencionales.

Entre las premisas y principios a integrar:

- **Inexistencia de norma que imponga distribución en moneda de curso legal**

El artículo 127 LCQ expresa: "*Los acreedores de prestaciones no dinerarias, de las contraídas en moneda extranjera o aquellos cuyo crédito en dinero deba calcularse con relación a otros bienes, concurren a la quiebra por el valor de sus créditos en moneda de curso legal en la REPUBLICA ARGENTINA, calculado a la fecha de la declaración o, a opción del acreedor a la del vencimiento, si este fuere anterior*".

La norma se refiere a determinada clase de acreedores, y su concurrencia a la quiebra en moneda de curso legal.

Nada predica acerca de los restantes acreedores, ni del tipo de moneda en la distribución en la quiebra, no impide un avenimiento o pago total para estos u otros acreedores.

Normas como la del art. 225 LCQ prevén la conclusión de la quiebra por avenimiento entre cuyos requisitos tampoco se encuentra el cumplimiento en moneda de curso legal.

- **La *pars conditio creditorum***[338]

Si un beneficio se extiende a la generalidad de los acreedores no hay afectación del principio.

Cristalizados los montos a la fecha del proyecto de distribución, la paridad es salvaguardada, no procediendo una igualación autofrustrante hacia un menor monto en la distribución atento el mandato de optimización impuesto a la liquidación en la quiebra.

336 "Blockbuster Argentina S.A. S/Otros - Quiebra S/Incidente de distribución de fondos", 7/02/2021.

337 Stevenson, C. L., Ethics and Language, New Haven, 1975, citado por Nino, C.S. Introducción al análisis del
derecho, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1980.

338 Amén de la limitada entidad que conserva este principio tradicional del derecho concursal, consecuencia de un régimen de privilegios que lo relegara a su aplicación entre los acreedores quirografarios.

- **Principio de optimización del patrimonio**

La regla del reparto en la quiebra debe ser siempre el mejor resultado posible para el acreedor, siendo el objeto del proceso falencial. El principio de maximización del activo de la quiebra, se encuentra implícito en la regulación de medidas cautelares, de incautación, acciones rescisorias, de recomposición del patrimonio del fallido, en el llamado a mejorar oferta y requisitos de legalidad y transparencia de los procedimientos de liquidación de bienes en la quiebra, etc.

El artículo 159 LCQ impone al juez la aplicación de la analogía bajo el paradigma de: la debida protección del crédito, la integridad del patrimonio del deudor y de su empresa, el estado de concurso y el interés general.

- Autorización de depósito e inversión art. 183 LCQ. Facultades art. 186 LCQ

El art. 186 LCQ contempla dentro de las facultades sobre bienes desapoderados, con el "fin de obtener frutos", el síndico puede convenir locación o cualquier otro contrato sobre bienes, siempre que no importen su disposición total o parcial, con autorización judicial previa.

- Principio de prevención del daño

La norma del art. 1710 CCCN en tanto dispone la prevención del daño es aplicable.

- **Obligaciones en moneda extranjera**

Se considera disponible la norma del art. 765 C.C.C.

- **Principio de primacía de la realidad**

Este principio de primacía de la realidad jurídica debe contemplar la optimización del activo falencial, evitar el perjuicio que provocaría innecesariamente la conversión de la divisa existente, dentro de las reglas del control de constitucional limitado al caso y como última ratio.

El principio de realidad jurídica reposa sobre la universal regla *Rebus sic stantibus*, y opera en todas las ramas del derecho, en tanto la búsqueda de verdad jurídica objetiva otorga preeminencia a la realidad[339].

No obstante, la realidad muestra la permanencia de una práctica extendida del recurso a la moneda extranjera, en particular como factor de estabilización de las prestaciones dinerarias futuras.

339 Morea, Adrián Oscar. Radiografía del principio de primacía de la realidad. www.infojus.gov.ar, Id SAIJ: DACF140002.

La excesiva duración del proceso liquidativo impone violación a la garantía de plazo razonable (art. 8 de la CADH).

El envilecimiento de la moneda provoca de forma directa la lesión de derechos y garantías constitucionales y convencionales, lo que hace procedentes los planteos de inconstitucionalidad para el caso a resolverse, dentro de su contexto, tiempos y marcos jurídicos. Así, la inconstitucionalidad de las normas de los artículos 7 y 10 de la ley 23.928, pero también la inconstitucionalidad de la norma del artículo 127 y la interpretación de la norma del artículo 218 LCQ de modo de no vulnerar otros principios y garantías.

La quiebra busca la reparación del daño causado por la insolvencia minimizando las pérdidas en protección a los derechos de dichos acreedores que se vieron postergados por el proceso.

Existiendo dólares en la cuenta de la quiebra, su conversión en pesos contraría los intereses y los derechos de los acreedores, produciendo una pérdida innecesaria e injustificada a los mismos.

PAGO DE DIVIDENDOS EN DÓLARES

BOQUIN, Gabriela F. y CORRAO, Raquel, M. C.

Ponencia

Afecta a la *par conditio creditorum* el pago de los dividendos de la quiebra en dólares.

La conversión de los importes de los créditos en los términos del artículo 27 LCQ —a diferencia de lo que ocurre en el concurso preventivo— es definitiva.

La inversión en dólares del producido en la realización del activo no genera un derecho o expectativa en favor de los acreedores de percibir sus acreencias en dólares, pues la moneda de pago en las quiebras es la de curso legal.

Ello sin perjuicio de considerar la necesidad de encontrar algún mecanismo que permita a los acreedores recomponer la pérdida del valor, que con motivo de la inflación han sufrido sus acreencias.

Fundamentos

Ante los variados pedidos del cobro de dividendos concursales en dólares cuando los fondos se encuentran invertidos en esa moneda es que recientemente, el 21 de octubre del 2020, se dictó el fallo de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala A en autos "Asociación Francesa Filantrópica y de Beneficencia s/quiebra s/incidente de segunda distribución complementaria", en el cual se hizo lugar a un recurso de apelación para el cobro de los dividendos en dólares, aun en los casos en que los créditos originariamente eran obligaciones en moneda de curso legal.

Debemos decir que no compartimos el criterio y que la solución al desfasaje cambiario, monetario y de valor nunca puede justificar el incumplimiento de una norma ni de un principio concursal, menos aun sin declarar su inconstitucionalidad. Más aun cuando con la decisión puede afectarse un principio concursal como la *par conditio creditorum*.

Veamos. El artículo 127 de la LCQ establece: "*Los acreedores de prestaciones no dinerarias, de las contraídas en moneda extranjera o aquellos cuyo crédito en dinero deba calcularse con relación a otros bienes, concurren a la quiebra por el valor de sus créditos en moneda de curso legal*

en la República Argentina, calculado a la fecha de la declaración o, a opción del acreedor, a la del vencimiento, si este fuera anterior".

La conversión de los importes de los créditos (a diferencia de lo que sucede en el concurso preventivo) es definitiva y se refleja en el correspondiente proyecto de distribución a los fines del pago del dividendo (Junyent Bas, Francisco y Molina Sandoval, Carlos, *Ley de concursos y quiebras*, Abeledo Perrot, T. II, Avellaneda, p. 193). De ello se sigue un principio tal es que la moneda de pago en las quiebras es la moneda de curso legal.

La Sala E de la Cámara ha resuelto en ese sentido: "*Procede confirmar la resolución que rechazó la pretensión de cierto acreedor consistente en que se cancele el dividendo falencial con el pago de los dólares estadounidenses depositados en la cuenta de autos, obtenidos de la subasta de un inmueble. Ello por cuanto, más allá de la discusión en torno a las actuales restricciones que rigen en el mercado cambiario, el problema que enfrenta el recurrente es que el crédito insinuado —originariamente fue pactado en moneda extranjera— concurre a esta quiebra en moneda de curso legal tal como lo impone la LCQ 127. A diferencia de lo que ocurre en el concurso preventivo, la pesificación del crédito es definitiva. De ello se colige que, por manda legal, el pago del dividendo liquidativo de la quiebra debe ser ejecutado en moneda nacional a todos los acreedores concurrentes independientemente del privilegio que tengan reconocido. La inversión que se haga mediante depósitos judiciales en dólares estadounidenses tiende a resguardar el valor de los fondos de la quiebra. No obstante ello, bien podría adoptarse medidas de inversión tendientes a lograr un mejor resultado. En función de ello, procede que el síndico, en un plazo determinado, sugiera alternativas de inversión —si las hubiere— que permitan obtener con los dólares depositados una mejor relación de cambio de la que se accedería con la venta directa de las divisas extranjeras*" ("Cereales Cerpen SA s/quiebra", expte. nro. 2.964/14, 27/10/20).

El fin normativo es que en la quiebra deben quedar cristalizadas las deudas al tiempo del auto declarativo, porque es la manera mediante la cual se puede establecer una relación de equivalencia entre los acreedores que, en el juicio universal, concurren a la liquidación del patrimonio —dict. 153.634 en autos "Talleres Su Motor S.A. s/ Concurso Preventivo s/ incidente de verificación de crédito de Zamacola, Jesús Fernando" del 4.10.18 con fallo coincidente de la Sala A del 12.10.18; CNCom, Sala A, en autos "Raycco S.A. s/ quiebra s/ incidente de revisión de crédito promovido por Goettig, Guillermina Ines" del 6.9.16. En el mismo sentido, Sala B en "Valva, José Luis s/ quiebra s/ incidente de verificación por Aida Raciti y otros" del 5.6.13; Sala C en autos "Confeggi, Horacio Enrique s/ quiebra s/ concurso especial (por Harkam Matías Antonio)" del 24.4.12—.

Sobre el particular, ha dicho la jurisprudencia que la solución que aporta el texto legal tiene como fundamento aplicar el principio de igualdad en el tratamiento de los acreedores, evitando que quienes fueren titulares de créditos en moneda extranjera puedan beneficiarse —o perjudicarse— según la fluctuación de las cotizaciones, y con este fundamento se han desestimado los planteos de inconstitucionalidad de la norma (conf. Heredia, Pablo D. "Tratado Exegético de Derecho Concursal", T. 4, pág. 6).

En el mismo sentido, señala Rouillón que esta conversión de carácter inexorable se justifica en el caso de la quiebra del deudor a fin de que todos los acreedores concurran con créditos identificados en un común denominador. La moneda única, de curso legal, constituye así la unidad de cuenta común que permitirá a cada acreedor la participación porcentual en la respectiva distribución del producto de la liquidación de los bienes (Rouillón Adolfo A. N. "Código de Comercio" T. IV-B, p. 301).

La circunstancia de que el activo obtenido en la liquidación de los bienes haya sido invertido en dólares a fin de evitar que se deprecie su valor no hace nacer en cabeza de los acreedores un derecho o expectativa de que los créditos puedan ser percibidos en esa moneda.

La postura que sostenemos preserva también el derecho al cobro de aquellos que al tiempo de la distribución de fondos aún no contaran con sentencia de reconocimiento de su crédito, como también la posibilidad de pago de los intereses suspendidos para el caso de remanente, pues impide que se destinen fondos del activo a ciertos acreedores en detrimento de otros.

En ese sentido, la Sala C ha decidido: "*Procede confirmar la resolución por la cual se ordenó la venta de las inversiones en moneda extranjera para afectar su producido al pago de dividendo de los acreedores concurrentes. La LCQ 228 establece cómo deben ser pagados los créditos verificados en una quiebra e indica que una vez cancelado el capital de todas las acreencias, debe procederse al pago de los intereses del modo en que también allí se encuentra previsto; de lo que se deriva que si se aceptara que ciertos acreedores puedan retirar parte de su dividendo en moneda extranjera, el sistema previsto en esa norma no podría funcionar, pues esos acreedores no solo accederían a una suma en pesos mayor a sus créditos, sino que retirarían del activo de la quiebra los importes que deberían aplicarse al pago de los intereses de todas las acreencias admitidas. En consecuencia el hecho de que parte de los fondos de la quiebra se encuentren invertidos en dólares estadounidenses no habilita a los acreedores a retirar sus créditos en esa moneda extranjera, dado que ese temperamento distorsionaría el modo previsto en la ley para hacer los pagos*" ("Banco Patricios SA s/quiebra", expte. nro. 73.949/98, 2/09/20).

Si bien las fluctuaciones cambiarias y la pérdida de poder adquisitivo de la moneda de curso legal es un dato de la realidad, ello no habilita a percibir las acreencias en la quiebra en una moneda distinta de la de curso legal. Más aun cuando esta medida termina afectando la *par conditio creditorum*, pues dependerá el momento efectivo del cobro del dividendo para que un acreedor pueda terminar cobrando mayor porcentual en pesos, respecto de su crédito, que en relación a otro.

Se suma a lo dicho que la facultad conferida por el artículo 183 de la LCQ sobre la inversión de los fondos del concurso a los fines de evitar perjuicios derivados de la inmovilización, en modo alguno importa mutar la naturaleza de las acreencias adeudadas y reconocidas en el proceso falencial.

Aclaramos que si bien, el pago de las acreencias no debe realizarse en una moneda distinta de la de curso legal, ello en modo alguno obsta a la consideración de la devaluación de esa moneda de pago, y la implementación de algún mecanismo tendiente a mitigarla, en cuanto a la percepción de los créditos en moneda de curso legal, ya que el daño que padecen los acreedores por la inflación y depreciación consecuente de nuestra moneda es una realidad que no podemos negar.

Es por ello que debe implementarse un mecanismo que permita a los acreedores recomponer la pérdida que ha sufrido su acreencia declarándose la inconstitucionalidad de los artículos 7 y 10 de la ley 23.928, como se expondrá en otra ponencia que se presenta en esta misma Comisión.

QUIEBRA E INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS ARTÍCULOS 7 Y 10 DE LA LEY 23.928

BOQUIN, Gabriela F. y CORRAO, Raquel M. C.

Ponencia

La aplicación de los arts. 7 y 10 de la ley 23.928, en cuanto impiden todo mecanismo de actualización de los créditos, resultan inconstitucionales en función del tiempo insumido en los trámites de la mayoría de las quiebras por el impacto negativo que la devaluación de la moneda nacional tiene en el patrimonio de los acreedores.

Hace más de dos décadas que vivimos una escalada inflacionaria. Los abruptos cambios en el poder adquisitivo de la moneda han llevado a la doctrina a buscar distintas soluciones para paliar sus consecuencias que han sido identificadas como nominalismo y valorismo monetario. La realidad condujo a que en distintos países se produjera una crisis del nominalismo adoptado, particularmente en aquellos que padecieron fuerte desorden monetario fruto de elevados niveles inflacionarios. Ello determinó la irrupción de un nuevo sistema, el valorismo, que pone énfasis en el poder adquisitivo de la moneda, admitiendo la actualización monetaria de lo adeudado, hasta alcanzar los valores reales o de cambio efectivamente adeudados.

La Argentina, luego de la ley 23.928 (con las modificaciones de la ley 25.561) que impide cualquier mecanismo de actualización de deuda, no hay dudas de que se encuentra enrolada en la tesis del nominalismo, el cual no podría ser derogado por voluntad de los particulares. La declamada seguridad que brinda el "nominalismo" en épocas de inestabilidad económica y de fluctuación fuerte en el valor de la moneda es solo aparente, puesto que lo único seguro es el número de moneda que habrá de recibirse al momento del cobro del dividendo, pero el valor del crédito será incierto.

En esta ponencia se tratará de demostrar la inconstitucionalidad en los procesos de quiebra del sistema implementado por la ley 23.928 respecto del acreedor, pues como consecuencia de los efectos del estado de cesación de pagos del deudor, deberá soportar sobre su derecho

crediticio otras consecuencias disvaliosas[340] más allá de las previstas por la ley 24.522.

Fundamentos

1. La ley 23.928. Prohibición de mecanismos de actualización

Los artículos 7 y 10 de la ley 23.928 impiden la actualización de los créditos verificados en una quiebra. Al momento de la sanción de la ley 23.928 en 1991 se había implementado un régimen de convertibilidad del dólar estadounidense con la moneda nacional, existiendo paridad cambiaria y una tasa de inflación anual que rondaba el 15,84%[341].

Por su parte, en el año 2002, si bien la ley 25.561 modificó la ley 23.928 poniéndole fin al régimen de convertibilidad monetaria en nuestro país al haberse generado una crisis económica, financiera y fiscal que alteró de forma significativa las relaciones jurídicas existentes, se decidió no derogar la prohibición de actualización de deudas tratando de no volver a épocas pasadas y reavivar más aun la inflación de ese momento.

En este nuevo escenario de crisis, inédito por los impactos económicos de la pandemia y el necesario aislamiento social preventivo y obligatorio, pero inserto en un marco inflacionario poco habitual en otros países del mundo, en el que se ven alterados los valores y las prestaciones de las obligaciones modificando significativamente la correspondencia en las relaciones jurídicas es preciso hacer líquidos los activos ociosos de las quiebras e intentar no perjudicar aun más a los acreedores sometidos a ellas.

Para fundar esta ponencia, debemos destacar que en los últimos años (2015-2019)[342] hubo en el país una importantísima desvalorización monetaria, producto de una elevadísima inflación acumulada que fue del 403,42% e implicó que el poder adquisitivo de la moneda local se redujera notoriamente. En los últimos 27 años sufrimos una inflación acumulada de más del 3.100%.

Así surge prístinamente la erosión en el valor de la moneda y ello, sin duda, es responsabilidad del Estado, que debe implementar medidas económicas pertinentes tendientes a disminuir tal impacto; pero habiendo ocurrido una fortísima devaluación de la moneda nacional (peso argentino conforme el art. 7 de la ley 23.928 y el art. 765 del CCyCN) corresponde la implementación de otros mecanismos alternativos que permitan paliar las consecuencias de esa pérdida del poder adquisitivo.

340 Provincialli, *Tratado de Derecho de Quiebra*, Volumen II, Barcelona, 1958, editorial AHR, p. 305, nro. 234.
341 https://www.inegi.org.mx/app/indicesdeprecios/CalculadoraInflacion.aspx.
342 De enero del 2015 a diciembre del 2019.

Sin perjuicio de ello, en los últimos tiempos se observa un fenómeno que para los concursalistas no era habitual, tal es un sinnúmero de quiebras que culminan por pago total y con remanente para el deudor o los socios o accionistas de la persona jurídica fallida. Ello producto del paso exagerado del tiempo que insume la venta de los activos y la aprobación de los proyectos de distribución, sumado a la inflación, devaluación, revalorización de los activos al compás de una u otra y la cristalización de pasivos que se desvalorizan durante el trámite. La malsana comodidad que se origina en los procesos falenciales no puede beneficiar al deudor, quien vería la posibilidad de cobrar un remanente satisfaciendo a sus acreedores de una manera solo aparente. De ser así, el costo del desfasaje lo afrontarían únicamente los acreedores, quienes ven disminuido su patrimonio, y todo ello por la sencilla razón de haber tenido que comparecer a un proceso de quiebra a recuperar su crédito, o una parte de él (art. 32 de la ley 24.522), trámite de cuya dilación no son responsables. El acreedor que concurre a una quiebra ante la insolvencia de su deudor lo hace en virtud del carácter universal del proceso y con la expectativa de recuperar algo de su acreencia. El problema central de esta discusión radica en la licuación del crédito al alterarse el valor intrínseco de la moneda durante el tiempo que transcurre entre la verificación de un crédito y la fecha en que se realiza el pago del dividendo. La pérdida ocasionada al patrimonio del acreedor sometido a esas circunstancias excede la disminución habitual que experimenta toda acreencia frente a la insolvencia de su deudor: suspensión de intereses, quita del capital verificado, espera normal en el cobro.

El eficiente desarrollo de todos los procesos de quiebra tiene por finalidad "la realización de los bienes del quebrado a fin de que, transformados en dinero, pueda aplicarse su importe al pago de los créditos en su contra. Con ese objetivo, los funcionarios de la quiebra deben obtener de ella la mayor ventaja o precio posible"[343].

El acreedor concurrente posee un derecho al dividendo concursal y a obtener la recuperación de su crédito al mayor valor posible al momento de la distribución, fruto de la realización de los bienes que integran el activo y así acercarse al pago íntegro que debe primar (art. 869 del CCyCN).

En la actualidad, ante un escenario inflacionario sostenido durante los elongados plazos de la quiebra, el mantenimiento de la prohibición de la actualización de las deudas importaría una disociación de la realidad económica y el patrimonio del acreedor no solo está disminuido por la quita propia de la insuficiencia del activo o la suspensión de los intereses desde el decreto de quiebra, sino que experimenta un daño adicional

343 Ramirez, José A., *La quiebra. Derecho concursal español*. Barcelona, 1998, Bosch, Casa editorial, tomo II, p. 1.539.

que está dado por la pérdida del poder adquisitivo de la moneda por una multiplicidad de causas, entre ellas, las políticas económicas y el tiempo insumido en el pago del crédito.

La inflación no es un hecho de la naturaleza, sino un hecho humano ilícito. Está causado por una serie de acciones y omisiones estatales, que afectan una de las funciones de la moneda que el derecho reconoce: la de reserva de valor. En definitiva, el hecho reduce el poder adquisitivo de la moneda al que tienen derecho sus poseedores. La ilicitud se justifica por los efectos que el proceso depreciatorio causa en quienes poseen dinero. La imposición del curso forzoso y de la aceptabilidad compulsiva de los medios de pago creados por el Estado conlleva la contraprestación de custodiar su valor y la conservación de su poder de compra.

Cuando se afecta ese poder de compra, se altera el equilibrio en las relaciones contractuales y se provoca el enriquecimiento de una parte en detrimento de la otra, lo que lesiona su derecho de propiedad. Sumado a ello, esa pérdida del poder adquisitivo es consecuencia directa de la vulneración de otras garantías constitucionales, como la falta de obtención de una decisión en un plazo razonable y la tutela judicial efectiva.

Si bien el derecho de propiedad no es absoluto, conforme fuera establecido en reiterada doctrina por la Corte Suprema de la Nación[344], no es menos cierto que las limitaciones y restricciones que sufren los acreedores en sus patrimonios en virtud de la ley 23.928 resultan irrazonables (art. 28 de la CN) al estar sometidos por largos lapsos temporales a los efectos devastadores de la inflación, siendo que los activos de las quiebras no lo sufren y se revalorizan por la misma razón que perjudica al acreedor.

Es por ello que consideramos que los efectos de la aplicación de los artículos 7 y 10 de la ley 23.928 en las quiebras no es razonable. El fundamento del principio de razonabilidad radica en la comprobación social de que la convivencia o el bienestar social pueden requerir la limitación relativa de los derechos de unos para salvaguardar el derecho de otros y permitir la armonía de todos. En términos generales, la razonabilidad de una reglamentación o de una interpretación jurídica no puede juzgarse en abstracto, sino en una situación concreta (el llamado *test de razonabilidad*). Ello no significa que tales intervenciones deban quedar libradas a la arbitrariedad del poder; por el contrario, es necesario que los criterios básicos de intervención sean establecidos apriorísticamente y de modo consensuado[345]. Claramente, la época en que los acreedores deben percibir sus créditos escapa a una situación de normalidad. Atento

344 Fallos: 331:1116; 320:222; 308:2626, entre muchos otros.
345 Rosatti, Horacio, *Tratado de Derecho Constitucional*, T. I, 2017, Rubinzal Culzoni, p. 194.

la situación inflacionaria vivida los últimos años en el país, la aplicación de los artículos 7 y 10 de la ley 23.928 no solo vulnera el derecho de propiedad de los acreedores en virtud de la falta de percepción en un tiempo razonable de su acreencia, sino que hacen cargar sobre ellos las consecuencias de una deficitaria labor judicial. Desde ya, que ello implica una negación de la garantía de tutela judicial efectiva.

La inconstitucionalidad de las normas que prohíben mecanismos de actualización de las deudas en las quiebras declaradas, en tanto carecen en la actualidad de toda justificación, es un hecho que se impone si se corroboran las principios que justifican al proceso falencial. Desde la reforma al proceso efectuada por la ley 26.684, podemos decir que los fundamentos justificantes y basilares del sistema concursal son tres: la conservación de la empresa, la conservación de las fuentes de trabajo y la protección de los créditos. Los dos primeros desaparecen en caso de liquidación sin continuidad de la explotación, por lo cual quedaría solo por cumplir el principio protectorio de los acreedores que se alcanza con la mayor satisfacción de los créditos. Pagar el capital licuado con intereses que no acompañan la desvalorización monetaria, los cuales además no tienen como función recomponer el capital, sino paliar los efectos de la mora, cuando existen activos que de una u otra forma no se han visto amortizados o devaluados (por mayor valor, ya sea por la inversión de fondos o revalorización por precios de mercado), no es una solución justa que respete el principio justificante de la protección de los créditos.

Esa diferencia en el tratamiento entre el pasivo y el activo repercute directamente en el patrimonio del fallido. Ello en tanto la realización de los bienes fue hecha a precios de mercado, aunque a valores de realización en el proceso falencial y los créditos se pagarían a valor nominal a la fecha en que fueron verificados.

El incremento en los activos ante la prohibición de actualización de deudas previstas en los artículos 7 y 10 de la ley 23.928 conllevaría un remanente que beneficiaría al deudor, quien —por la causa que fuere— es artífice de su falencia y no habría percibido suma alguna de no haberse modificado las condiciones económicas en nuestro país ni dilatado el proceso, como habitualmente nos acostumbramos que ocurra.

Lo dicho nos lleva a otra reflexión: evitar que la prohibición de actualizar los créditos se convierta en un mecanismo que permita incurrir en usos abusivos de los procesos falenciales. Caso contrario, ningún deudor va a hacer el esfuerzo de pagar, dado que su mejor decisión es someterse a un proceso de quiebra, que si dura cierto tiempo le permitirá, de forma directamente proporcional, aumentar su activo y licuar su pasivo. Al negarse la actualización a los créditos, se transforma el proceso concursal en un medio apto para socializar las pérdidas del empresario,

trasladando el riesgo propio de la actividad a los acreedores, lo cual es contrario a los principios de un sistema de economía de mercado que se basa en la asunción de riesgos.

Estar sometido a un proceso falencial no es abusivo, deviene en abusivo si desde la justicia no se reparan las consecuencias dañosas que importa la aplicación de una ley que prohíbe la indexación de las deudas en un contexto de altísima inflación y notoria pérdida de valor de la moneda que vuelve casi insignificante, en relación a lo que representaba cuando fue verificado, el crédito que tiene que percibir el acreedor. En ese escenario, se vuelve abusivo el estar sometido a un proceso falencial, en tanto el daño ocasionado a los acreedores no solo alude a la quita que pudo tener por insuficiencia de activos, sino aun de cobrarse el 100% del crédito a valor nominal hay una quita mayor y que se relaciona con la pérdida del poder adquisitivo de ese crédito.

Por otro lado, una solución como la propuesta no afecta a la solución buscada por el deudor, el *fresh start*.

Finalmente, apreciamos que seguir sosteniendo la imposibilidad de actualización en las quiebras es una postura que niega la realidad no solo de los hechos, sino la jurídica. Me explico: el legislador ha considerado en un principio que determinadas situaciones debían quedar al margen de la prohibición de actualización de capital y expresamente así lo consignó. Ejemplo de ello son: el decreto 1.733/2004, que dispone una excepción a la prohibición de indexar de los títulos en pesos emitidos como resultado del canje de deuda pública; las obligaciones pesificadas por la ley 25.561 de Emergencia Pública y Reforma del Régimen Cambiario en virtud de la aplicación del CER (art. 4 del decreto 214/2002); el decreto 905/2002 en relación a las imposiciones en entidades financieras y las medidas crediticias a partir del 1/6/2002; el decreto 1.096/2002 consistente en los valores negociables que emitía el Gobierno Nacional o el BCRA (bonos ajustables con índice CER leyes 25.713 y 25.827).

Ahora bien, la excepción pasó a ser regla ante el dictado de normas que proponen distintos modos de actualización por índices especiales para cierto tipo de obligaciones como la ley 27.271, que dispone el sistema UVA (art. 21), y exceptúa de lo establecido en los artículos 7 y 10 de la ley 23.928 a los créditos concedidos bajo ese sistema; la ley 27.423, que establece la regulación de honorarios de abogados y procuradores cuya medida es el UMA y su valor es fijado periódicamente por la Corte Suprema de Justicia de la Nación; la ley 27.467, en cuanto dispone que los contratos de *leasing* sobre bienes muebles registrables o los préstamos con garantía prendaria están exceptuados de los artículos 7 y 10 de la citada norma, la ley 26.773, que implementa el RIPTE (remuneración promedio de los trabajadores estables) para las indemnizaciones por accidentes

de trabajo o la muy reciente reforma del Código Civil y Comercial de la Nación para el caso de los cánones locativos.

2. Conclusión

Impedir la actualización de los créditos por la aplicación inexorable de la ley 23.928 importa permitir la conculcación de garantías constitucionales y convencionales y autorizar que el proceso concursal, en su faz liquidativa, sea una herramienta para consumar un ejercicio abusivo del derecho del deudor a enriquecerse a costa de su propia falencia.

LOS DATOS INFORMADOS SOBRE DEUDAS PREFALENCIALES DEL FALLIDO CADUCAN A LOS 5 AÑOS DE LA REHABILITACIÓN

DE FRANCESCO, Gerónimo M.

I.- Necesidad de reintegrar al exfallido al circuito económico

Varios autores ya se han expedido sobre la necesidad de reintegrar al deudor al circuito económico-financiero.

Algunos de ellos sostuvieron: "Hace a la dignidad del deudor, garantizarle su plena reincorporación en la actividad productiva, su reinserción económica plena"[346], o bien: "El tema consiste no solo en apartar del mercado al sujeto contaminado sino también en permitir su renacimiento como sujeto económicamente útil"[347].

Otros entendieron: "Sin efectivo olvido de esos errores y sus consecuencias por parte de la sociedad, la reinserción de quien ha superado una situación adversa y necesita gozar de plena aptitud para operar en la actividad económica sin quedar prisionero de su pasado, no sería viable"[348].

También hay quienes conciben al concursamiento y la quiebra de una persona: "Como remedios judiciales para procurar su reinserción económica plena"[349] "Dado que se le asigna al mecanismo liquidatorio un efecto quirúrgico cuanto reparador"[350] o bien: "Tales mecanismos conducentes a afrontar la insolvencia propenderán a la reinserción patrimonial del consumidor endeudado de buena fe en la sociedad"[351].

Es decir, claramente podríamos encontrar la justificación de reinserción del deudor al circuito económico-financiero desde una perspectiva netamente económica, como desde otra un poco más focalizada en lo social.

346 Rivera, Julio, *Instituciones de Derecho concursal* 2ª edición actualizada, Bs. As., Edit. Rubinzal Culzoni, 2003, T. I, p 32.
347 Truffat, E. Daniel, Desapoderamiento y efectos patrimoniales de la rehabilitación, *DSCE*, T. XIX, pág. 778, agosto 2007.
348 García, Silvana M., Volver a empezar… sin el peso de las deudas, *DECONOMI*, Año III, número 3, pág. 6.
349 Truffat, E. Daniel, Pedido de propia quiebra del consumidor sobreendeudado y la crisis que seguirá a la pandemia, *DECONOMI*, Año III, número 2, pág. 8.
350 Truffat, E. Daniel, Desapoderamiento y efectos patrimoniales de la rehabilitación, *DSCE*, T. XIX, pág. 778, agosto 2007.
351 Frustagli Sandra A. y Hernández Carlos A., *Sobreendeudamiento del consumidor*, La Ley, 21/10/2013, AR/DOC/3832/2013.

Desde lo económico, dado que se tendrá a la persona humana como parte necesaria de la cadena de consumo y se propiciará que reasuma el rol que ha dejado de desempeñar en ella, se entiende: "El ordenamiento jurídico debe brindarle al fallido una solución rápida y eficaz a su situación, que le permita retomar los negocios y triunfar en ellos"[352].

Y desde lo social, pues: "El reconocimiento en cada hombre y mujer, de un valor en sí mismo/a, de una dignidad, constituye hoy un principio del derecho contemporáneo"[353], o bien en torno al: "Derecho que tienen las personas humanas de que ciertas informaciones sean eliminadas de los archivos transcurrido un determinado lapso desde el momento en que acaeció el hecho a que se refieren, para evitar que el individuo quede prisionero de su pasado"[354].[355]

Por último, destacamos que, a diferencia de lo que ocurre en otros países de la Latinoamérica[356], en donde la descarga y la caducidad del dato negativo de las deudas prefalenciales tienen previsión legal, en nuestro país existe un verdadero vacío legal respecto de ambos institutos.

II.- La rehabilitación del fallido. Efectos

Como ya he adelantado en párrafos anteriores, ante la imposibilidad de encontrar en el texto de la ley 24.522 normativa que se refiera a la liberación de los saldos insolutos del exfallido, deberemos recurrir a construcciones jurídicas racionales de integración de normas a los fines de llenar el vacío legal sobre el instituto en análisis.

Para Truffat: "La mención a la rehabilitación en el artículo 107 es demasiado pobre (máxime cuando el término no parece estar referido al desapoderamiento, sino al otro efecto de la quiebra: la inhabilitación para ejercer el comercio; arg. art. 238, LC) como para concluir con tranquilidad de conciencia que la ley positiva prescribe que el deudor se libera de los saldos insolutos no atendidos por los bienes afectados por el desapoderamiento" [357].

Para Favier Dubois (p): "Hace cesar hacia el futuro los efectos personales de la quiebra y, de acuerdo con el contexto, se produce de pleno dere-

352 Lorente, Javier A., Inhabilitación y rehabilitación en la ley concursal (Primera Parte), *Rev. E.D.* Nº 9.387 del 25-11-97.
353 García, Silvana M., Volver a empezar… sin el peso de las deudas, *DECONOMI*, Año III, número 3, pág. 6.
354 De Francesco, Gerónimo, ¿Hasta cuándo se pueden informar las deudas bancarias?, *El Derecho, Diario de Doctrina y Jurisprudencia*, 6 de febrero de 2008.
355
356 Arts. 571 inc. 1 y 573 del Código General del Proceso de Colombia.
357 Truffat, E. Daniel, Desapoderamiento y efectos patrimoniales de la rehabilitación, *DSCE*, T. XIX, pág. 778, agosto 2007.

cho, sin necesidad de declaración judicial expresa. Siguen aplicándose los efectos patrimoniales, pero el fallido queda liberado de los saldos que quedare adeudando en el concurso respecto de los bienes que adquiera después del cese de la inhabilitación (doctrina del antiguo art. 253, L. 19.551, hoy derogado)"[358].

García entiende: "El efecto de la liberación patrimonial adquiere operatividad e importancia práctica con su finalización. Es que recién en ese momento, será posible determinar si existen créditos insatisfechos (total o parcialmente) o subsistentes [...] Y en este punto en el que hay que determinar el verdadero ámbito de aplicación del efecto patrimonial de la rehabilitación, precisando que la liberación de responsabilidad con relación a los bienes adquiridos con posterioridad a aquella es invocable por el exfallido (persona física) ante un eventual reclamo, únicamente cuando la quiebra hubiera concluido de modo liquidativo. Por lo tanto, toda vez que la conclusión de la quiebra hubiese tenido lugar por alguno de los modos no liquidativos que hemos analizado, la responsabilidad del deudor frente al concreto reclamo de una obligación subsistente (o de parte de ella) es plena, esto es, con todo su patrimonio, aún con los bienes que adquiera con posterioridad a la rehabilitación"[359].

Para Lorente: "El cese de la inhabilitación, además de las consecuencias personales sobre el fallido, produce un importante efecto patrimonial, ya que importa la liberación del deudor fallido respecto de los saldos insolutos, puesto que si todos los bienes que ingresan al patrimonio del fallido mientras no está rehabilitado son aplicados al pago de las deudas concursales (arts. 106, 107 y ss. de la ley 24.522), entonces —*a contrario sensu*— los bienes adquiridos con posterioridad a la rehabilitación (hoy cese de la inhabilitación) no quedarán sometidos a la liquidación falencial"[360].

Para Ameal, López Cabana y Zannoni: "No son las deudas las que se extinguen sino las facultades de los acreedores para ejecutar los nuevos bienes adquiridos por el deudor. Así, la rehabilitación traza una línea divisoria en el patrimonio del deudor: los bienes viejos siguen afectados al cobro de las deudas antiguas, los bienes nuevos están al margen de la persecución por los antiguos acreedores"[361]. Por su parte, la CSJN[362] se

358 Favier Dubois, Eduardo (p), *Concursos y quiebras*, pág. 372.

359 García, Silvana M., Volver a empezar… sin el peso de las deudas, *DECONOMI*, Año III, número 3, pág. 6.

360 Lorente, Javier A., Inhabilitación y rehabilitación en la ley concursal (Primera Parte), *Rev. E.D.* Nº 9.387 del 25-11-97.

361 Ameal, Oscar; López Cabana, Roberto y Zanonni, Eduardo, *Código Civil y leyes complementarias*, Ed. Astrea, t. 3, p. 406.

362 CSJN, B. 548, XLIV, Barreiro, Angel s/ quiebra s/ Recurso de Hecho, 02/02/2010. En el fallo se estableció (al remitir a los fundamentos y conclusiones del dictamen de la señora Procuradora Fiscal): "Conforme a lo normado por el 107 de la Ley 24.522, los bienes del fallido alcanzados por el desapoderamiento son todos los existentes al tiempo del auto de

expidió en contra de la posibilidad de agredir los bienes que el exfallido adquiriera luego de la rehabilitación sin hacer distinción alguna sobre el modo en que hubiera concluido la quiebra, criterio que también resulta acorde con lo normado en el artículo 113 LCQ[363].

En lo que aquí interesa, entiendo que la posición doctrinaria que más se aproxima a los términos en los que fue dictado el fallo de la CSJN es la de los Dres. Ameal, López Cabana y Zannoni, pues resulta lógico inferir que si los acreedores posteriores a la quiebra no pueden agredir los bienes de la masa activa[364] como contrapartida, tampoco deberían poder hacerlo los acreedores prefalenciales respecto de los nuevos bienes del exfallido.

III.- Conclusiones

La Comunicación "A" 7.024 del BCRA (to. al 13/05/2021) regula la clasificación de deudores del sistema financiero en su Sección 7 (Clasificación de los deudores de la cartera para consumo o vivienda) punto 7.2 (Niveles de Clasificación) subpunto 7.2.5., que establece: "*Irrecuperable. Comprende a los clientes insolventes o en quiebra con nula o escasa posibilidad de recuperación del crédito o con atrasos superiores al año*".

Por su parte, el artículo 26, apartado 4 de la ley 25.326 establece: "*Solo se podrán archivar, registrar o ceder los datos personales que sean significativos para evaluar la solvencia económico-financiera de los afectados durante los últimos cinco años. Dicho plazo se reducirá a dos años cuando el deudor cancele o de otro modo extinga la obligación, debiéndose hace constar dicho hecho*".

A su vez, dicha norma es complementada por el decreto 1.558/2001, que al reglamentar el citado artículo 26 dispone: "*Para apreciar la solvencia económico financiera de una persona* […] *se tendrá en cuenta toda la información disponible desde el nacimiento de cada obligación hasta su extinción. En el cómputo de cinco años, estos se contarán a partir de la fecha de la última información adversa archivada que revele que dicha* ***deuda era exigible***"[365].

declaración de quiebra y los que adquiera hasta la fecha de su rehabilitación […] En tal contexto, la decisión de la Cámara no se condice con la solución establecida e importa un apartamiento de la disposición legal que emana de los artículos 236 y 107 de la Ley 24.522 conducentes a la solución del litigio".

363 Art. 113 LCQ: "*Donación posterior a la quiebra. Los bienes donados al fallido con posterioridad a la declaración en quiebra y hasta su rehabilitación, ingresan al concurso y quedan sometido al desapoderamiento*".

364 Conforme el artículo 104 párrafo segundo LCQ.

365 El subrayado es mío.

Queda claro entonces que la falta de eliminación del dato negativo clasificado como "irrecuperable" del historial financiero del exfallido imposibilitará la reinserción de este en la vía económica plena, por lo que el quid de la cuestión a resolver estaría en determinar cuándo dejaría de ser exigible la deuda informada en el caso concreto, para así poder contabilizar el plazo de caducidad del dato antes citado.

Como dijimos en párrafos anteriores: "No son las deudas las que se extinguen sino las facultades de los acreedores para ejecutar los nuevos bienes adquiridos por el deudor"[366], es decir, bien podríamos establecer entonces que, producto de la rehabilitación, el crédito ha dejado de ser exigible por acción individual contra el exfallido.

En ese sentido, pensemos como ejemplo el caso de un acreedor que no concurrió a insinuarse, al que no le operó la prescripción de su crédito y que pretende ejecutar individualmente al exfallido embargándole un bien adquirido (por el título que fuera) luego de la rehabilitación, veremos entonces que por aplicación del principio que venimos desarrollando, según el cual "*el acreedor solo podrá intentar el cobro del respectivo crédito, con relación a los bienes que habrían resultado objeto de desapoderamiento en la quiebra, no así con relación a los que adquiera el ex fallido con posterioridad a su rehabilitación*"[367], tal acreedor carecerá de acción individual para exigir el cobro del citado crédito fuera del ámbito de la quiebra[368].

Es decir, dados los efectos patrimoniales que proyecta la rehabilitación del fallido en donde el cobro de las deudas concursales quedará limitado al ámbito de la quiebra y circunscripto a los bienes adquiridos antes de rehabilitación, en la práctica se configuraría un "nuevo comienzo" del exfallido con la generación de una masa activa diferenciada que claramente repercutirá en su situación crediticia futura.

Ahora bien, si el dato informado de la deuda prefalencial no puede vincularse con el nuevo activo del individuo dado que su titular se encuentra impedido de agredir tal patrimonio, ¿qué sentido tendría entonces mantenerlo vigente?, es decir, si la deuda prefalencial no puede cargársele al nuevo activo, tampoco podría pretenderse que ella siga impactando eter-

366 Ameal, Oscar; López Cabana, Roberto; Zanonni, Eduardo, Código Civil y leyes complementarias, Ed. Astrea, t. 3, p. 406.

367 Rivera, *Instituciones de Derecho concursal*, T. II, pág. 303.

368 Esta conclusión no es absoluta y puede tener excepciones, como por ejemplo: en el supuesto de acreedores no concurrentes en casos de conclusión de la quiebra por falta de acreedores verificados (art. 229 párrafo 2 LCQ), ya que tales acreedores en principio recobrarían su aptitud para perseguir el cobro de sus acreencias *cfr*.: CNCom., Sala D, "Martínez Mirta Noemí s/ Quiebra", 8 de julio de 2011, ídem FASSI, Santiago C., y GEBHARDT, Marcelo C. *Concursos y quiebras*, 8.ª ed. Buenos Aires, Astrea, 2005, p. 276; MARTORELL, Ernesto E., *Tratado de concursos y quiebras*, Buenos Aires, Lexis Nexis, t. 3 *De la quiebra*, 2004, p. 571), entre otros.

namente en la situación crediticia del exfallido, ello por cuanto ha dejado de ser significativa para evaluar su solvencia económica financiera.

Dados los argumentos hasta aquí vertidos, podemos válidamente concluir que **la fecha de la última información adversa archivada que revele que la deuda es exigible deberá ser el día en el que cese la inhabilitación del exfallido** (véase que el citado punto de partida para contabilizar el plazo de caducidad del dato negativo, en casos de quiebra de personas humanas, además es coincidente con el establecido en la normativa de otros países que regulan la cuestión[369]).

Pero, como vimos anteriormente, la supresión del dato negativo informado no es automática, sino que para que ello ocurra deberíamos aguardar el transcurso del plazo de 5 años[370] que se contabilizará (como concluimos previamente) desde la fecha del cese de la inhabilitación del exfallido.

En síntesis, se plasmaría de este modo lo que en doctrina se denomina "derecho al olvido", es decir: "El principio a tenor del cual ciertas informaciones deben ser eliminadas de los archivos transcurrido un determinado lapso desde el momento en que acaeció el hecho a que se refieren, para evitar que el individuo quede prisionero de su pasado"[371][372] y además: "Sin que sea necesario más que demostrar la existencia del transcurso del plazo respectivo, ya que para que comience a correr el plazo de cinco años no es necesario que la deuda haya sido cancelada o extinguida, caso contrario, carecería de sentido que el mismo artículo luego fijara un plazo menor de dos años para solicitar la supresión de aquella información que se refiere a deudas ya extinguidas"[373].

Anhelamos que algún día podamos contar con normas expresas que regulen los institutos que hemos analizado en el presente trabajo; mientras tanto, todos los actores judiciales deberemos redoblar los esfuerzos interpretativos para poder darle solución a una problemática tan actual y cotidiana como lo es el de la reinserción de las personas humanas que alguna vez tuvieron un tropiezo económico.

369 Art. 573 del Código General del Proceso de Colombia ya citado.
370 Conforme los términos del artículo 26, apartado 4 de la ley 25.326 ya citado.
371 Gozaíni, Osvaldo A1fredo, *El Derecho de Amparo. Los nuevos derechos y garantías del art..43 de la Constitución Nacional*, Depalma, Buenos Aires, 1995, p. 186.
372
373 De Francesco, Gerónimo, ¿Hasta cuándo se pueden informar las deudas bancarias?, *El Derecho, Diario de Doctrina y Jurisprudencia*, 6 de febrero de 2008.

SOBRE EL EFECTO LIBERATORIO FALENCIAL Y LOS CRÉDITOS PREDEDUCIBLES

GRAZIABILE, Darío J. y GARCÍA BAMBILL, Emiliano A.

Ponencia

Los créditos prededucibles en la quiebra no quedan afectados por el efecto liberatorio de la misma ya que no se trata de créditos concursales sino posconcursales. En la quiebra los créditos prededucibles no pueden ejecutarse sobre bienes del concurso, solamente pueden ser cobrados al ser exigibles y *paripasu* con el producido de la liquidación de los bienes, en caso de insuficiencia tales créditos devengaran intereses moratorios hasta el efectivo pago. Producida la conclusión falencial, los acreedores prededucibles podrán ejecutar los bienes que ingresaron al patrimonio del fallido luego de la rehabilitación o incluso demandar una nueva quiebra (doctr. arts. 104 y 107 LCQ).

I.- Introducción

Uno de los temas más controvertidos de la ley 24.522 es determinar si la conclusión de la quiebra tiene efectos liberatorios de los saldos insolutos que no logran ser cobrados por los acreedores en el proceso falencial. Bajo el régimen de la ley 19.551, existía una norma que expresamente disponía: "*El fallido queda librado de los saldos que quedare adeudando en el concurso, respecto de los bienes que adquiera después de la rehabilitación*". La norma no fue reproducida por la ley 24.522, al derogarse la calificación de conducta, donde estaba incluido el precepto referenciado.

II.- Inhabilitación

El tema en cuestión se encuentra directamente relacionado con la inhabilitación falencial, razón por la cual la previsión de la ley anterior —ahora no reproducida— se encontraba en el capítulo correspondiente a la calificación de conducta, directamente vinculada con aquel efecto inhabilitatorio.

También aquí adquiere virtual importancia, relacionándose con los efectos de la inhabilitación y el cese de la misma, el desapoderamiento.

Dicha conjunción permite entender los efectos extintivos de la quiebra y la posibilidad de los acreedores no concurrentes de recuperar, o no, sus acciones individuales luego de concluido el trámite falencial.

La inhabilitación, si bien no importa incapacidad, limita el ejercicio de ciertos derechos del fallido, que lo afectan personal y patrimonialmente, pues tiene consecuencias directas respecto del desapoderamiento. Es una disminución en la capacidad. En ciertos casos, como veremos, se comporta como un modo extintivo de las obligaciones, dividiendo el patrimonio en dos, uno el desapoderado y otro nuevo ajeno a aquella ejecución.

Como primera medida, corresponde determinar el *dies a quo* de la inhabilitación y, por consiguiente, de sus efectos. No existen dudas de que la inhabilitación se produce de puro derecho.

La inhabilitación se produce desde la misma fecha de la sentencia de quiebra. Así lo dispone el artículo 234 LCQ, tanto para las personas humanas como las jurídicas. La ley crea una presunción *iure et de iure* de que se ha realizado un acto ilícito que merece la inhabilitación. La rehabilitación, o cese de la inhabilitación, hace renacer en el fallido el ejercicio de todas estas actividades. Asimismo, impone el límite temporal del desapoderamiento (art. 107 LCQ), lo que no importa su cese, sino que tal efecto sigue cumpliéndose, pero solo con respecto a los bienes existentes antes de la rehabilitación, por lo que cabe concluir que todos los bienes adquiridos por el fallido luego del cese de la inhabilitación no quedarán afectados al desapoderamiento y serán ajenos a la quiebra.

La duración de la inhabilitación de las personas físicas se encuentra regulada en el primer párrafo del artículo 236 LCQ, el cual prevé el *dies ad quem* de la misma. La inhabilitación tiene como término de duración el de un año y la rehabilitación o cese de la inhabilitación se producirá de pleno derecho al año, o al vencimiento del plazo —mayor o menor— fijado por el juez. También la inhabilitación puede ser reducida y prorrogada, e incluso retomar sus efectos luego de cesada.

La mayoría de la doctrina y la jurisprudencia entienden que el cese de la inhabilitación de las personas físicas es automática al cumplirse el año desde la sentencia de quiebra (CSJN “Barreiro” 6/sep/2010). Sin embargo, por nuestra parte, entendemos que debe hacerse aquí una importante aclaración, y es sobre la consideración de que la rehabilitación opere en forma automática o de pleno derecho y su injerencia sobre la prórroga de la inhabilitación. Lo primero importaría que con el solo transcurso del tiempo el juez deba declararla sin consideración alguna, y lo segun-

do requiere que exista una declaración judicial que haga retrotraer sus efectos al momento en que se ha cumplido dicho plazo. En tal sentido, es necesario un auto judicial que establezca la rehabilitación del fallido, por razones de seguridad, certeza y publicidad, quedando perfeccionado el efecto del cese de la inhabilitación, certificándose judicialmente el cumplimiento del plazo. Pero en este último caso, el juez no solo debe ponderar el efectivo transcurso del tiempo, sino la inexistencia de causales de prórroga, y esto es estar sometido el fallido a proceso penal. Está a cargo del juez concursal y únicamente bajo su responsabilidad decidir sobre el restablecimiento o prórroga de la inhabilitación, y la única forma de poder hacerlo es conocer a través de un certificado de antecedentes penales (Registro Nacional de Reincidencia) si el deudor se encuentra procesado penalmente, el que deberá ser acompañado por el fallido interesado en su rehabilitación. Y la exigencia de dicho certificado no enerva la declaratoria del cese de la inhabilitación, la cual, en caso de inexistencia de proceso penal, retrotraería sus efectos a la fecha en que *ipso iure* se produjo.

La inhabilitación de la persona física cesa igualmente por la conclusión de la quiebra (incluido el caso de conversión en concurso preventivo) producida antes de la rehabilitación.

En el supuesto de personas de existencia ideal, como la quiebra produce la disolución, la inhabilitación es definitiva, salvo que la quiebra concluya por un modo no liquidativo.

III.- Extinción de las obligaciones falenciales

La influencia de la inhabilitación sobre la extinción de las obligaciones en la quiebra tiene que ver con el hecho de que la ley concursal no prevé norma alguna sobre la extinción de las obligaciones de los acreedores no concurrentes luego de la conclusión de la quiebra. Ello hace diferenciar las conclusiones liquidativas de las no liquidativas.

En las no liquidativas, los acreedores no concurrentes recuperan sus acciones individuales, las cuales prescriben conforme las normas comunes de fondo, y si no estaban sometidas al fuero de atracción, el término corre desde que la acción estaba expedita (art. 2.554 CCivCom), en caso contrario, desde la conclusión de la quiebra.

En el supuesto de personas de existencia ideal, como la inhabilitación es definitiva, subsiste concluida la quiebra, salvo los modos no liquidativos donde la conclusión hace cesar la inhabilitación.

Se han dado distintas posturas con respecto a la existencia de liberación del deudor por rehabilitación.

1. No se libera por inexistencia de norma expresa: los bienes adquiridos luego de la rehabilitación son ejecutables individualmente por los saldos insolutos de los créditos concursales (Maffía).

2. El dividendo extingue totalmente el crédito: el pago del dividendo implica un pago liberatorio del crédito concursal, lo que implicaría una adjudicación de bienes (Castillo).

3. La rehabilitación implica liberación: el desapoderamiento se extiende hasta la rehabilitación y los créditos posfalenciales pueden ejecutarse sobre el saldo de la quiebra o sobre bienes adquiridos luego de la rehabilitación —arts. 104 y 107 LCQ— (Lorente, Truffat, Rouillon). Se forman dos patrimonios separados, uno hasta la rehabilitación y otro posterior (Conil Paz). La derogación del artículo 253 de la ley 19.551 fue consecuencia de la derogación de la calificación de conducta (derogación involuntaria).

Concordamos con esta última postura, a la que agregamos que no solo el desapoderamiento se extiende hasta la rehabilitación, sino que concluida la quiebra cesa el desapoderamiento como efecto patrimonial, por lo que no existen bienes sobre los cuales puedan ejercer los derechos los acreedores concursales. La inexistencia del texto expreso bajo el régimen anterior no modifica el sistema falencial liquidativo que tiene manifiesto efecto liberatorio, que fluye de las normas de los artículos 104, segundo párrafo, y 107 LCQ. Además, en el supuesto de quiebras no liquidativas, como en ellas no se realiza la liquidación total de los bienes desapoderados, concluida la falencia, se confunden los bienes de aquel patrimonio de afectación con los posteriores a la rehabilitación, por lo que no pueden extinguirse las acreencias de los acreedores no concurrentes que no participaron en la conclusión no liquidativa.

IV.- ¿Se extinguen igualmente los saldos insolutos de los créditos prededucibles?

Además del problema desarrollado, traemos un aditivo más al tema y es determinar si dicho efecto extintivo se aplica a los créditos prededucibles y, especialmente, los honorarios del síndico.

El titular de algún crédito prededucible no es acreedor de la quiebra, sino que es titular de lo que el artículo 240 LCQ denomina *gastos de conservación y justicia*, que poseen una naturaleza distinta a las acreencias anteriores y posteriores a la declaración de quiebra, por lo que la porción insatisfecha de tales honorarios no resultaría alcanzada por la liberación que provoca la rehabilitación.

No se trata de deudas preconcursales que deben ser pagadas conforme la ley del dividendo, sino de deudas que ha asumido el fallido con poste-

rioridad a la declaración de quiebra (y solo excepcionalmente anteriores) que se sustraen a las leyes del concurso y, por tanto, no se encuentran limitadas en su cobro al producido de los bienes desapoderados, sino que pueden cobrarse de todos los bienes presentes y futuros del fallido.

El saldo insoluto que se pretende cobrar resulta independiente del proceso falencial principal en el que se determinaron y posee una naturaleza distinta a las acreencias anteriores a la declaración de quiebra, por lo que es válido perseguir su cobro por ejecución de sentencia y sobre los bienes ingresados luego de la rehabilitación del fallido. La separación de masas redunda en la delimitación de la extensión de la responsabilidad sobre unos y otros bienes del fallido, de manera que solo responderá con los bienes objeto de desapoderamiento a los acreedores verificados de causa o título anterior a la falencia, mientras que los gastos generados por el proceso y luego de haber sido declarada la falencia se podrán hacer efectivos no solo sobre los bienes desapoderados, sino sobre los demás bienes que pudieran haber ingresado al patrimonio luego de la rehabilitación.

Además, estos créditos prededucibles posconcursales dentro de la quiebra, es decir frente a los efectos del desapoderamiento, concurren concursalmente en paridad a prorrata, pero fuera de ello, ante la llamada nueva masa activa, concurren bajo el adagio *prior intempore potior in jus*. Cabe destacar también que estos créditos tienen preferencia temporal en el cobro, sin ser necesaria su verificación, serán oblados ni bien sean exigibles.

Entonces, los créditos prededucibles son prededucibles en el concurso, pero se comportan como créditos posconcursales luego de finalizado el concurso, es decir, no quedan alcanzados por la liberación falencial, la que queda limitada a los créditos concursales.

Dice claramente la segunda parte del artículo 104 LCQ que las deudas contraídas mientras el fallido no esté rehabilitado pueden dar lugar a nuevo concurso, lo que justifica este doble régimen de los créditos preduducibles: la preducibilidad en el concurso y la posibilidad de ejecución o de pedir la formación de nuevo concurso luego de la rehabilitación.

El acreedor titular de créditos prededucible no tiene acción ejecutiva contra el concurso, pero sí la tiene contra el deudor rehabilitado, su régimen posconcursal va más allá de la quiebra.

Durante el trámite falencial, los titulares de créditos prededucibles no podrán ejecutar bienes del concurso, sino que deben ser desinteresados a prorrata con el producido de los bienes liquidados al ser exigibles; si estos fondos son inexistentes o insuficientes, devengarán intereses moratorios hasta el efectivo pago. Luego de la conclusión de la quiebra,

los acreedores prededucibles podrán ejecutar los bienes que haya adquirido el deudor luego de la rehabilitación o incluso demandar otra quiebra (doctr. arts. 104 y 107 LCQ). Para incoar la acción que les permita a estos acreedores percibir la totalidad de su crédito o la diferencia no cobrada en el proceso falencial, cuentan con el plazo de prescripción de cinco años previsto en el artículo 2.560 CCivCom, término que comenzará a computarse desde que hubiere quedado firme la resolución que dispone la conclusión de la quiebra (arts. 2.554 y 2.558 CCivCom).

V.- Conclusión

Frente al desarrollo que hemos hecho, podemos sintetizar el tema en las siguientes conclusiones:

1. La conclusión de la quiebra en modo liquidativo produce la liberación del fallido respecto de los saldos insolutos de los créditos concursales por efecto del régimen de desapoderamiento e inhabilitación (doctr. arts. 104, 2ª parte, 107 y cc. LCQ).
2. Dicha liberación no alcanza a los créditos prededucibles, ya que los mismos son posconcursales, porque no se comportan como créditos concursales (doctr. art. 240 LCQ).

LA PERSONA HUMANA SOBREENDEUDADA QUE NO REALIZA ACTIVIDAD EMPRESARIAL. LIQUIDACIÓN SIN QUIEBRA. LA EXONERACIÓN DE SUS SALDOS INSOLUTOS

MARCOS, Fernando J.

I. El planteo del problema. Un sistema legal inadecuado

Si bien el tema planteado en esta ponencia, por lo menos en sus conceptos generales, carece de toda novedad, tanto que se puede afirmar que hoy existe una suerte de consenso casi unánime en la necesidad de estructurar mecanismos legales específicos para atender el fenómeno del sobreendedudamiento de la persona humana que no lleva a cabo actividad mercantil o empresarial –como se la quiera denominar–, la tradicional apatía del legislador en estos temas y las complicaciones que van acrecentándose en esta materia a causa de sucesivas crisis económicas y, por cierto, las causadas últimamente por la pandemia provocada por el coronavirus desde principios del año 2020, obligan a la comunidad jurídica a hacer escuchar su reclamo para que estas situaciones encuentren contención en el sistema legal. Se trata nada menos que de encauzar y tratar de manera eficiente la crisis económica y financiera del hombre común, o sea, del que trabaja en relación de dependencia, que es un pequeño comerciante, artesano o industrial, el que desempeña por cuenta propia un oficio o arte o que ejerce una profesión. Esta especie distinta de insolvencia –e, incluso, de pre-insolvencia–, que lo es porque en todos los casos se encuentra ausente la existencia de un patrimonio direccionado a llevar a cabo una actividad empresarial en sentido estricto, solo encontró respuesta en la doctrina especializada y en la labor de muchos jueces que tuvieron –y tienen– que adaptar una normativa concursal vigente que, como se sabe, nunca estuvo pensada para tratar esta problemática, a pesar de la intención que tuvo la ley 22.917 de cobijar al pequeño comerciante y de unificar el régimen jurídico para todas las personas sin distinción. Es un hecho que el crecimiento del consumo –y la incitación a consumir motorizada por una publicidad abrumadora y dirigida a crear necesidades, incluso, cuando estas no existen–, los cambios de hábito, básicamente culturales, dieron origen a un sujeto que consume bienes y servicios constantemente y que incitado a ello, el cual suele asumir una suerte de *comportamiento irracional*, característica de actuar que ha adquirido tal relevancia que actualmente ocupa un lugar importante en el estudio de la teoría económica, pues es

un hecho que las personas actúan influenciados por sus valores, deseos, prejuicios y miedos, que tienen una necesaria e indiscutida participación en la toma de decisiones[374]. Y si bien esta verdadera realidad cultural que fue *in crescendo* desde mediados de los años sesenta del siglo pasado no exculpa quienes obran con esa "irracionalidad", sí provocó nuevas situaciones de endeudamiento derivadas del consumo, tanto que se suele hacer mención a esta patología patrimonial como el *sobreendeudamiento del consumidor*, lo que trajo aparejado el incremento de la personas humanas no comerciantes/empresarios que cayeron en un real estado de insolvencia que los dejó fuera de juego, es decir, del mercado, especialmente como sujetos del sistema financiero. A ese problema se agregó otro que mantiene plena vigencia, que es la ausencia de mecanismos legales adecuados y dimensionados que posibiliten enfrentar esta clase de crisis, cuyas alternativas de solución son mucho más limitadas que aquellas que se pueden presentar en un concurso preventivo o en la quiebra "tradicional" de un empresario, generalmente representado por una sociedad comercial.

De ello se sigue que la ley 24.522 como sistema para resolver la crisis económica y financiera –temporaria o definitiva– de estos deudores no es un mecanismo legal eficiente, algo que a esta altura no se puede ignorar, por lo que debe ser debidamente atendido de manera especial por el ordenamiento jurídico. Como lo adelanté, aquella ambiciosa apuesta que representó para nuestro ordenamiento jurídico mercantil la reforma que la ley 22.917 produjo a la ley 19.551, al establecer un proceso concursal único que dejó atrás la versión original de esta última que "distinguía la calidad de comerciante o no comerciante del deudor insolvente"[375] –sistema que también mantuvo la ley 24.522–, no dio los resultados esperados, ni siquiera en el caso de los pequeños concursos o quiebras de comerciantes no matriculados a los que especialmente estaba dirigido aquel cambio legislativo antes mencionado[376]. Tampoco fue una solución el limitado –en cuanto a recursos adecuados– *pequeño concurso o quiebra* implementado por la ley 24.522, porque tampoco fue eficaz. Luego, tal como ya fue expresado, la situación que genera la falta de un proceso

374 Thaler, Richard H., *Portarse mal – El comportamiento irracional en la vida económica*, Bs. As., Ed. Paidós SAICF, 2017. El autor, Premio Nobel de Economía 2017, analiza entre otros temas, cómo los actores económicos que interactúan en el mercado no lo hacen siempre a partir de elecciones racionales —expectativas racionales— para optimizar sus elecciones o para tomar sus decisiones, sino que se encuentran influidos por todo aquello que integra lo humano, como las pasiones, miedos, prejuicios, deseos, valores y principios.
375 Fassi, Santiago y Gebhardt, Marcelo, *Concursos*, Buenos Aires, Ed. Astrea, 1988, p. 14.
376 Zavala Rodríguez, Carlos J., *Código de Comercio y leyes complementarias*, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1981, T. VII, p. 142. Al comentar el art. 1º de la ley 19551 en autor señaló que: "Para el concepto de comerciante debe estarse a lo que disponen los arts. 1 y ss. del C. Com. La ley en este art. alude simplemente a los "comerciantes"; en cambio, en el art. 5, cuando se refiere al "concurso preventivo", exige que par que se acoja a ese beneficio debe tratarse de "comerciantes matriculados".

judicial idóneo y dimensionado para asistir las situaciones de insolvencia o de sobreendeudamiento de personas humanas (art. 19, CCivCom.) que no desarrollan actividad comercial o empresarial[377] se ha agravado. Un dato a tener en cuenta es que gran parte de estos procesos son quiebras que en gran medida se clausuran por falta de activo o luego de magras e insuficientes realizaciones. En otras ocasiones, ante la falta de activo y fallando *contra legem*, se ha llegado a negar la declaración de su propia quiebra a estas personas bajo el falso prejuicio del abuso de derecho, entre otras argumentaciones, todas, insisto, ajenas al texto legal, que solo exige para la declaración de la propia quiebra –voluntaria– ser un sujeto concursable y estar en cesación de pagos, nada más (arts. 1, 2, 77 inc. 2, 78, y 82, LCQ). En este último, si bien se trata de otro tema, se toca con el que motiva estas líneas y, ciertamente –por sus consecuencias–, no es para nada menor. La reiteración de estos fallos, verdaderos "ilícitos judiciales"[378], es preocupante porque deja en una situación de mayor vulnerabilidad a estos deudores.

Antes de continuar, haré una aclaración. Dada la marcada relación que suelen tener con la insolvencia de estos sujetos las deudas originadas en relaciones de consumo, es común que se hable del sobreendeudamiento *del consumidor* o del *consumidor* sobreendeudado, denominación que en mi opinión no es correcta, pues la *persona humana* es la única y exclusiva destinataria de la tutela legal dirigida a resolver la clase de patologías de índole jurídico-patrimonial que origina la necesidad concursal descripta al inicio de estas líneas y no *el consumidor* quien, en sí, no es un *sujeto de derecho,* sino la calificación que reciben las personas humanas o jurídicas que contratan como usuarios o consumidores, bienes o servicios en el marco de una relación de consumo (art. 1 y 3, ley 24.240, art. 1092 CCivCom.).

Desde esta perspectiva –única posible para nuestro ordenamiento–, el consumidor es solo otra de las partes que integran la relación de consumo, pero nada más que eso[379]. No incluyo aquí a las personas jurídicas privadas, aun cuando se trate de micro o de pequeños emprendimientos, pues las características de estos entes hacen que, frente a su insolven-

377 Vítolo, Daniel R., *La Insolvencia del Consumidor*, Buenos Aires, Ed. AD-HOC, 2012. Véase pp. 62-71.

378 Garaguso, Horacio, "Necesidad de que el deudor sea titular de bienes para que proceda la apertura del concurso preventivo o para la declaración de quiebra", ponencia presentada en el LXXIII Encuentro de Institutos de Derecho Comercial de los Colegios de Abogados de la Provincia de Buenos Aires realizado en el Colegio de Abogados de San Martín, el 9, 10 y 11 de junio de 2021, Libro de ponencias (*e-book*) p. 337 y ss. (https://ebook.edicionesdyd.com.ar/auth/login).

379 Vítolo, Daniel R., *op. cit.*, p. 59. Dentro de esta línea de pensamiento, el autor afirmó que "el consumidor no es —en puridad de verdad— un sujeto a quien deba referirse la normativa —en aspectos de legitimación subjetiva— en materia de insolvencia, ni tampoco puede constituirse un régimen de insolvencia particular alrededor de este concepto".

cia, la vía idónea sea la de un real y pequeño concurso, no como el que regula insuficiente la ley 24.522 en los arts. 288 y 289, sino a partir de un proceso concursal que tenga en cuenta sus dimensiones, características, posibilidades y necesidades de estos específicos sujetos de derecho.

II. La necesidad de un traje a medida

1. Asociada a la condición de trabajadores, pequeños comerciantes o trabajadores autónomos, lo que también incluye a los profesionales, aparece la de su vulnerabilidad y la baja —muchas veces, inexistente— capacidad de reacción y de repago, algo que condiciona *ex antes* hasta la posibilidad de acceder a cualquier solución concursal. Uno de los temas que hacen a la cuestión planteada anteriormente es la vinculada al reconocimiento como presupuesto objetivo, no solo a la cesación de pagos, sino también, de *las dificultades económicas y financieras de carácter general* —habilitada actualmente para el acuerdo preventivo extrajudicial por el art. 69 LCQ— y del *sobreendeudamiento*. Este último como tal, se presenta como una distorsión entre el pasivo y el activo que debe responder por las obligaciones asumidas (arts. 242 y 743, CCivCom.) que precede el incumplimiento. Tal abanico de presupuestos objetivos —también pesados para todos los sujetos concursables en general— es promovido por la doctrina especializada y también exhiben por algunos proyectos de reforma que han tomado estado público en la República Argentina.

2. Como se sabe, acudir a acuerdo preventivo extrajudicial (APE) o un concurso preventivo no es una opción viable para los sujetos que aquí se consideran, por descarte solo cuentan con la quiebra que regula la ley 24.522 a partir de su art. 77, cuyos principales efectos –una vez declarada– son el desapoderamiento de los bienes del fallido, la pérdida de la legitimación procesal del último en lo que respecta a los bienes desapoderados y la inhabilitación del deudor. Y todo ello en el marco de un proceso judicial universal y complejo, pensado, reitero –por sus características– para tratar la insolvencia de un empresario, persona humana o jurídica, esencialmente, una sociedad.

3. Precisamente para sortear estos problemas, se han presentado diversas alternativas dirigidas a canalizar la insolvencia de la persona humana sobreendeudada, también para la emergencia que se está atravesando desde el comienzo de la pandemia, aunque los legisladores nacionales parecen tener otras cosas en qué ocuparse pues, a diferencia de lo que hicieron la Unión Europea y muchos países, a la fecha no han dictado norma alguna para tutelar a los deudores, empresarios o no empresarios[380].

380 Ejemplo de ello es el trabajo que ha realizado el grupo denominado El Arca, que ha elaborado un proyecto de ley donde se proponen diversos procedimientos como el *saneamiento por deudas de consumo*, el *acuerdo extrajudicial por componedores* y el

Una salida práctica y razonable para enfrentar estas situaciones fue propuesta hace tiempo por el Proyecto de Reformas a la Ley de Concursos y Quiebras, elaborando la Comisión redactora creada por la resolución número 1163/2015 del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación[381]. Allí, entre otros aspectos de este tipo de crisis, se previó una *liquidación judicial sin quiebra*[382], alternativa menos costosa pero más útil para minimizar los perjudiciales efectos que se derivan del estado falencial que regula la ley 24.522, para, de esta manera, poder liquidar el patrimonio del deudor[383]. Esta tarea sería llevada a cabo con la intervención de un *enajenador* —que debe designar el juez al disponer la liquidación— y de un *conciliador* —no se prevé la designación de un síndico—, aunque sobre este último no daba mayores precisiones sobre, por ejemplo, su rol frente a la administración de los bienes desapoderados, o si sobre su legitimación para promover acciones de recomposición patrimonial o de responsabilidad, supuestos estos. Igualmente, aún en el supuesto proyectado al que me he referido antes, aunque no exista un estado de quiebra, la apertura de un proceso dirigido a liquidar un patrimonio en el ámbito concursal "implica el desapoderamiento de los bienes del deudor existentes a la fecha de la resolución del juez, sin perjuicio de lo cual, el deudor conserva facultades y legitimación para desempeñar tareas artesanales, profesionales o en relación de dependencia"[384].

4. Pues bien, al margen de dicho Proyecto que, como no podía ser de otra manera —lamentablemente— no tuvo la atención de los legisladores nacionales, me detendré brevemente a analizar el principal efecto que

concurso preventivo simplificado, ampliando el espectro de presupuestos objetivos a las dificultades económicas y financieras de carácter general —pre-insolvencia— y la cesación de pagos —insolvencia—. Véase: https://elarcapress.wordpress.com/proyecto-de-ley/ (Fecha de captura 12/06/2021).

381 *Proyecto de Reformas a la Ley 24.522 de Concursos y Quieras*, (en adelante, PRLC). La comisión estuvo integrada por los doctores Roque Daniel Vítolo, Osvaldo Héctor Chomer, Juan Carlos Veiga, Francisco A. Junyent Bas, Alejandra Noemí Teves, Emiliano García Cuerva y Marcelo E. Hassiner. Posteriormente se incorporó el Dr. Ariel A. Dasso. Fue publicado por el Dep. de Der. Económico Empresarial de la Facultad de Derecho de UBA, dirigido por el Dr. Daniel Roque Vítolo. Buenos Aires, 2016. El texto fue presentado al público en la Facultad antes referida el 29/08/2016.

382 *Proyecto de Reforma*, Liquidación judicial sin quiebra. Art. 313— En caso de que la conciliación fracasara, ante la imposibilidad de cumplir cualquier medida de saneamiento, el juez mediante resolución fundada abrirá el proceso liquidatorio, disponiendo la realización de los bienes por parte del enajenador que designe, habilitando las vías más idóneas para el mejor resultado del proceso liquidatorio y el restablecimiento del deudor. Asimismo, ordenará al conciliador que presente el informe general que prevé el art. 315.

383 El proyecto citado en lo que respecta a la persona humana sobreendeudada, fue comentado en su totalidad en un trabajo de mi autoría publicado en la *Revista de las Sociedades y Concursos*, dirigida por el Dr. Nissen, editada por FIDAS, Bs. As., Año 17 – 2016 -3, pp. 73-108, que lleva el título El concurso de la persona humana que no realiza actividad empresarial en el proyecto de reformas a la ley 24.522. El concurso preventivo-conciliatorio y la liquidación judicial sin quiebra".

384 *Proyecto de Reforma*, art. 314.

entiendo debe producir una liquidación patrimonial sin quiebra de estos deudores no empresarios, a saber: la liberación de deudas o *discharge* posibilitando la reincorporación de la persona humana en el mercado mediante una segunda oportunidad —*fresh start*—, como lo hace, por ejemplo, el derecho estadounidense. Vale destacar que, a este beneficio liberatorio solo debe acceder el deudor honesto o de buena fe que supere un test de *dicharge* de la misma manera que lo prevé el art. 727 del *US Code —Chapter 7—* el cual, además de favorecer solo a personas físicas, excluye a quienes hubiera incurrido en conductas relacionadas con "la ocultación o alzamiento de bienes o con la ocultación o falseamiento de información y documentación relativa a la situación financiera y comercial del deudor dentro o fuera del procedimiento concursal, así como a la realización de actos al margen de los órganos del concurso" o cualquier actuación tendente a perjudicar a los acreedores[385], más allá de otros recaudos. Claro que esto no se debe transformar en un sistema que facilite la irresponsabilidad, por lo que también se debería fijar un *período de inhibición* para que el deudor pueda volver a presentarse en un proceso liquidatorio de las características como el que aquí se propugna. Entiendo que la solución no puede ser otra que liberar al deudor de buena fe de los saldos insolutos una vez distribuido el producido de los bienes desapoderados que fueron realizados, especialmente cuando esa es la solución que prevé la ley 24.522 para cualquier fallido.

También la legislación española ha tratado este particular tópico, aunque instaurando un mecanismo que advierto se presenta un tanto complejo y no tan contundente como el propuesto, aunque útil para estos fines[386]. De no ser así, resultaría prácticamente imposible su reinserción en el mercado al quedarse sin una chance cierta de revertir a futuro su situación personal-patrimonial y, por cierto, la de su grupo familiar. Por otra parte, difícilmente podría lograrse la efectiva tutela de la dignidad de la persona humana que exigen los tratados sobre derechos humanos —art. 75, inc. 22, CN—, pues el sujeto cesante, si no accede al descargo de sus deudas pendientes una vez liquidado sus bienes —si es que tienen alguno— nunca podría superar su crisis. En cuanto a los alcances de la liberación que propongo, para ser efectivamente útil, debe ser práctica-

385 SENENT MARTÍNEZ, Santiago, "Discharge y sobreendeudamiento en el ámbito del Derecho Norteamericano y Español", publicado en Documentos de Trabajo del Derecho Mercantil, Departamento de Derecho Mercantil, Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Madrid, 2012/47, Marzo 2021, p. 15, depositado en el archivo institucional, www.ucm.es/eprints (Fecha de captura 13/06/2021).

386 Real Decreto-Ley 1/2015, del 27/02/2015, norma que "incorpora diferentes dispositivos vinculados a la problemática analizada, pero la gran novedad es, sin dudas, la modificación del régimen de la llamada segunda oportunidad o exoneración del pasivo insatisfecho oportunamente diseñada por la ley 14/2013 (3). La reforma incorpora a la ley concursal un nuevo art. 178 bis, bajo el título "Beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho" y modifica el art. 178 que lo precede".

mente total, con excepción de las obligaciones de naturaleza alimentaria derivadas de las relaciones de familia del deudor exclusivamente. Cualquier otra deuda cuya exigibilidad se mantenga y que siga devengando intereses solo va a contribuir a agravar la situación sin que encuentre una real y eficiente solución a futuro[387]. Y siendo así, es evidente que le resultará más favorable pedir su propia quiebra en los términos el art. 77, inc. 3 LCQ. Naturalmente tal liberación necesitará de una resolución judicial que declare extinguidas todas las deudas, cuyos saldos insolutos quedarán regidos por el art. 728 CCivCom.[388]. Sin duda, se trata de una decisión de política legislativa que entiendo necesaria, especialmente si se quieren lograr efectos realmente útiles y que no dejen a estos deudores en una posición de mayor vulnerabilidad y en peor posición que un empresario —persona humana— fallido, quien sí obtiene un *discharge* total, porque una vez que cesa su inhabilitación los bienes que adquiera con posterioridad no pueden ser agredido por los acreedores de la quiebra a fin de cobrar los saldos no cubiertos con el producido de la realización de los bienes desapoderados, logrando este un verdadero *fresh start*.

El Proyecto citado en su art. 318 prevé que la liberación no alcanza la obligación alimentaria —en realidad, crédito por alimentos adeudados, no futuros—, los gastos de justicia, ni a las indemnizaciones por daño moral y por material a las personas humadas derivados de lesiones psicofísicas. Como lo señalé en alguna otra oportunidad, a sabiendas de no ser políticamente correcto, diré que para los gastos de justicia en el proceso de liquidación no encuentro justificación para apartarse del régimen que estatuye la ley 24.522 para la liquidación falencial —aunque existen posiciones que lo cuestionan para determinados créditos amparados por el art. 240 de la ley de Concursos—, y con mayor razón en el caso de la persona humana sobreendeudada, cuyas características a las que ya me he referido imponen un temperamento más tuitivo para permitir su reingreso al mercado. Similar criterio considero se debe aplicar a las indemnizaciones antes mencionadas, cuyos beneficiarios, incluso, pueden ser acreedores involuntarios, créditos que también deben quedar alcanzadas por los efectos liberatorios. Adviértase que, si este deudor de buena fe

387 Proyecto de reforma: Liberación del deudor. Descarga de deuda Art. 318.— Una vez realizados los bienes, si el producido del activo no alcanzare para pagar los créditos se procederá al prorrateo de los fondos debiendo abonarse en primer lugar los gastos de justicia, y el saldo entre los acreedores reconocidos, respetando en su caso el régimen de privilegios dispuesto en la presente ley. Una vez distribuido el resultado, el juez dictará una resolución en la que declarará extinguidas todas las deudas que tuviese el deudor vinculadas con el proceso, salvo los gastos de justicia, las obligaciones alimentarias, y los que constituyan créditos originados en daños a la persona humana por daño moral y por daño material derivado de lesiones a la integridad psicofísica, no pudiendo ningún acreedor reclamar en el futuro saldo insoluto alguno…".

388 C.N.Com., sala C, Autos: "Rizzo, María Marcela s/ Quiebra", expediente número 24121/2011/CA2-CA3, 29/09/2015.

no puede pagar estas indemnizaciones, que generalmente alcanzan valores importantes, se transformaría en un eterno deudor que quedaría *aeternum* fuera del sistema. Modificando mi postura presentada en el anterior Congreso realizado en Santa Fe, entiendo que las deudas alimentarias —solo las derivadas de las relaciones de familia del deudor— deben continuar siendo exigibles —sin perjuicio de la eventual prescripción de la acción para su reclamo— para lograr así un necesario efecto disuasivo dada la particular finalidad que estas obligaciones *ex lege* poseen.

5. Finalmente, dados los límites que debe cumplir de esta ponencia, solo queda por resaltar la importancia de contar con un procedimiento ágil, caracterizado por la oralidad y por una mayor inmediación del juez que permita al deudor, especialmente al de buena fe pero desventurado, someterse a un proceso liquidatorio de dimensiones adecuadas para poder superar su crisis de forma eficiente, problemática que debe ser abordada dentro del ámbito del derecho de crisis, porque se trata igualmente de un proceso de naturaleza concursal y colectiva.

LA LIQUIDACIÓN JUDICIAL DEL FIDEICOMISO NO DA LUGAR A LA APLICACIÓN AUTOMÁTICA DE LA INHABILITACIÓN DEL FIDUCIARIO

CARRARA, Carlos P.

Ponencia

Entiendo que el régimen inhabilitatorio de la ley 24.522 es automático en cuanto a su inicio con respecto a los fallidos y sus administradores, y no es de aplicación en esos términos para el fiduciario ante la declaración de liquidación judicial del fideicomiso.

Se ha dicho, y coincido plenamente, que la inhabilitación tiene en miras objetivamente el hecho de la quiebra de derecho, sin importar elementos subjetivos como la conducta personal del fallido[389], incluso se ha insistido que la inhabilitación del fallido y sus representantes se produce de pleno derecho por la sola declaración de quiebra, desaparece entonces aquel debido proceso, por lo que dicho régimen es inconstitucional[390].

Existen características propias del fideicomiso, normas, principios y garantías suficientes para sostener la no aplicación automática de la inhabilitación del fiduciario ante la liquidación judicial del fideicomiso, y existe por cierto un abanico de soluciones y alternativas.

Desarrollo

Introducción

No será objetivo de este trabajo detenerse a tomar partido a favor o en contra de la constitucionalidad del régimen de inhabilitación instaurado por la ley 24522, pero sí los argumentos en pos de la inconstitucionalidad servirán de puntos de partida para analizar la no procedencia de forma automática al fiduciario, o al menos morigerarla.

Tampoco cuestionaremos los demás efectos personales de aplicación al fiduciario, determinados por el artículo 102 y siguientes de la LCQ, pero sin dudas su aplicación al fiduciario atempera la necesidad de la inhabilitación automática.

389 Fernández Moores, Javier E., Las inhabilitaciones en la ley 24.522, *J.A.*, 1996-111-902.
390 Conil Paz, Alberto, ¿Ley penal más benigna?, *Revista La Ley* N°. 143, p. 5, 30.07.1996.

Brevemente diré que el fiduciario se encuentra obligado a prestar colaboración con el juez y con el liquidador en todo el curso del proceso, en cuanto será él quien más conocimiento e información tendrá sobre el estado del patrimonio, su administración y poder de disposición, en los términos del contrato suscripto.

La autorización para salir del país, conforme el artículo 103 LCQ, decanta a consecuencia del deber de colaboración. En este punto, no cabrían dudas con respecto al fiduciario persona humana, pero para el supuesto de fiduciario persona jurídica podría extenderse por aplicación del segundo párrafo del artículo 103 LCQ, mediante resolución fundada del juez a cargo. Esta solución ha sido empleada en el caso Fideicomiso Oil Trust, en donde el juzgador tuvo por acreditado que la sociedad fiduciaria había guardado silencio ante distintos emplazamientos judiciales, por lo que se decidió aplicar la interdicción de salida del país a sus representantes legales[391].

Ahora bien, como se observa, no se tiende a brindar una "capa de impunidad" al fiduciario, quien se encuentra alcanzado por los efectos personales definidos por la LCQ, pero la inhabilitación no podrá ser automática y objetiva, deberá en su caso ser la consecuencia de sus actos u omisiones de tal entidad y prueba que el juzgador analizará en el caso concreto para su aplicación. Ello sin escapar a las serias complicaciones que acarreará el caso del fiduciario que resulte ser una persona jurídica, reconociendo que existe destacada doctrina que así lo sostiene y fundamenta[392].

Fideicomiso

No podemos negar que el fideicomiso ha constituido y constituye un vehículo fundamental en el desarrollo de los negocios en la actualidad económica nacional, particularmente en la industria de la construcción, pero no limitada solo a ella, sino que también permitió viabilizar negocios agropecuarios, financieros e incluso de planificación sucesoria. Tal realidad no pudo ni podrá evitar que en algunos casos los proyectos fracasen o colapsen por diversas razones, y la insolvencia aparezca como un fantasma que nos empuje a buscar responsables a los cuales perseguir o de antemano ya advertirlos de las graves consecuencias que les esperan por no obtener los resultados deseados, cualquiera fuesen las causas que los

391 Juzgado Nac. 1ra. Instancia Com. Nro. 23, Secc. Nro. 46, Hilchenbach, Heriberto G. y o. c/Fideicomiso Oil Trust s/Liquidación Judicial, 5-VII-2018, citado por Eduardo M. Bustamante, Tesis de Derecho Aplicado, Liquidación del Patrimonio Fideicomitido, U. Austral.

392 García, Silvana M., Inhabilitación del fiduciario en la liquidación judicial del fideicomiso insolvente, X Congreso Argentino de Derecho Concursal-VIII Congreso Iberoamericano de la Insolvencia, p. 59, Santa Fe, 2018.

provocaron. Aquí es entonces donde debemos tener presente la finalidad en la legislación del contrato de fideicomiso y compatibilizar la norma del artículo 1.687 CCCN con la LCQ, y con la inhabilitación concursal en particular, entendiendo que los casos deben ser resueltos fundadamente, conforme un sistema de fuentes y una interpretación que las contemple (arts. 1, 2 y 3 CCCN).

Esa es la delgada línea que me preocupa y creo que debemos evitar transitar. El fiduciario generalmente es designado para un negocio en particular —que se agota con su cumplimiento—, elegido por una relación de confianza previa relacionada con su profesionalidad o idoneidad, o en su caso por la experiencia o prestigio de sus representantes. La insolvencia no siempre pondrá en duda o crisis la conducta del fiduciario.

Un fallido —persona humana o jurídica— y sus representantes revisten otras características y el desarrollo de sus acciones se extienden en el tiempo. La complejidad de un análisis concomitante con la declaración de quiebra devendría imposible, por ello se justifica la automaticidad de la inhabilitación, sin importar cuestiones subjetivas.

Por ello propongo un **"test de pertinencia"** previo a la aplicación automática de la inhabilitación, en aquel momento en el que el juzgador deberá —en los términos del art. 1.687 CCCN— fijar el procedimiento, o con posterioridad, en caso de ser necesaria su adecuación y/o ampliación, a saber:

1. En primer lugar, resultará determinante si quien solicita la liquidación judicial del fideicomiso es el propio fiduciario o si, por el contrario, es llevado a sede judicial por los fiduciantes o un acreedor[393]. En el primer caso, el accionar del propio fiduciario se compatibiliza *prima facie* con el "buen hombre de negocios" (art. 1.674 CCCN) que recurre a la solución legalmente establecida ante la falta de otros recursos provistos por el fiduciante o el beneficiario ante la insuficiencia de bienes para atender las obligaciones exigibles.
2. La inexistencia de acciones de remoción contra el fiduciario por incumplimiento de sus obligaciones o por cualquier otra causal (art. 1.678 CCCN) que ponga en dudas su idoneidad o confianza.
3. Haber rendido cuentas conforme la ley o las previsiones contractuales, nunca con mayor periodicidad a un año previo al pedido de liquidación judicial.
4. Si de sus acciones se desprende haber tenido en cuenta la norma del

393 Lisoprawski, Silvio. El Fideicomiso en crisis insuficiencia del patrimonio fiduciario. LL 04/08/2010. "El fiduciario es el responsable de poner a la luz, la insuficiencia de los bienes fideicomitidos, por su propia iniciativa o requerimiento de las partes del contrato, e incluso terceros como lo son los acreedores".

art. 1.710 CCCN en cuanto a la prevención del daño, principalmente en atención a los incisos 2 y 3, cuando disponen adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño o disminuir su magnitud; o en su caso, no agravar el daño, si ya se produjo.

5. También se debería evaluar si existen medidas de protección de los bienes fideicomitidos suficientes y razonables (inscripción litigiosa), incluso alguna medida cautelar sobre el fiduciario (fianza, embargo, inhibición, etc.) para no tornar ilusorio el resultado de un pleito por alguna conducta reprochable que *a posteriori* lo responsabilice, según permite el artículo 1.687 CCCN.
6. Por último, deberá tenerse en cuenta que para el caso de fiduciarios personas jurídicas deberá aclararse, de corresponder, si la inhabilitación alcanza solo a los administradores de esta, de lo contrario, llevaría al extremo de impedir toda actividad de la misma, aun sin insolvencia.

¿Concurso preventivo NO, inhabilitación SÍ?

Sin pretender incorporar otra discusión a esta ponencia, brego por la posibilidad de acceder al concurso preventivo de un fideicomiso, más NO a la inhabilitación automática del fiduciario en caso de liquidación judicial.

Brevemente mencionaré entonces, sin abrir debate al respecto, que concuerdo con aquellas serias posturas doctrinarias[394] que alientan la posibilidad de concursamiento de los fideicomisos, que si bien es cierto no resultan personas jurídicas, no dejan de ser un centro de imputación de bienes y obligaciones, que tienen un patrimonio propio y en muchos casos una actividad económica dinámica. Agregan que en nuestro derecho positivo rige la norma constitucional del artículo 19 CN, del cual se desprende el paradigma de que lo que no está prohibido es permitido. También es cierto que en la evolución del derecho concursal moderno, las soluciones preventivas se privilegian frente a las liquidativas, donde se advierte una escasísima posibilidad de recupero de los créditos concurrentes.

Todo ello viene a cuento porque, en un caso de trámite en la ciudad de Rosario[395], con los argumentos antes reseñados, se intentó infructuosa-

394 Vaiser, Lidia. Patrimonios de afectación e insolvencia. *Revista Deconomi*, Año IV, Número 11.

395 Fideicomiso Nueva Pompeya s/Liquidación Judicial, cuij 21-02898244-2, Juzgado de Primera Instancia de Distrito en lo Civil y Comercial de la 17ma. Nominación, Rosario. Resolución Nro. 2032 de fecha 16 de agosto de 2018. "En efecto, atento que la norma es explícita en punto a la imposibilidad de declaración de quiebra del patrimonio de afectación, admitir por vía interpretativa que es viable la solución preventiva, produciría

mente acceder a la apertura concursal del fideicomiso, pero el juzgador, amén del rechazo del pedido de concurso preventivo y a pedido de la sindicatura[396] ya interviniente, ordenó la aplicación de los efectos personales de la quiebra (arts. 102 y 103 LCQ) y la inhibición del fiduciario. Tras el recurso de revocatoria interpuesto por el fiduciario, se resolvió dejar sin efecto la inhibición general de bienes del fiduciario y anotar como litigiosos los bienes inmuebles pertenecientes al fideicomiso, y ordenó que el fiduciario prestara fianza suficiente, entendiendo que de esta manera se protegían los intereses de los futuros insinuantes. No deviene ocioso referir que en este fideicomiso agropecuario el objeto no pudo concretarse por cuestiones ajenas al fiduciario, y la imposibilidad de hacer frente a las obligaciones exigibles respondía a cuestiones de índole administrativo/legal que en nada pusieron en duda la idoneidad o confianza depositada en el fiduciario, ingeniero agrónomo designado en el contrato.

Lo destacable del fallo traído a análisis en este caso no es el rechazo del concurso preventivo, sino que en primer término, al ordenar el procedimiento y reglas pertinentes de nuestra legislación concursal, no aplicó los efectos personales de la quiebra al fiduciario, pero sí lo hizo con posterioridad a pedido de la sindicatura, teniendo en cuenta las particularidades del caso. De alguna manera, la decisión final pasó por un **"test de pertinencia"**, que llevó a la jueza a la convicción de que con las medidas ordenadas resultaba suficiente, y aplicó los artículos 102 y 103 LQC, pero no recurrió ni a la inhabilitación ni inhibición del fiduciario, le bastaron además solo la inscripción litigiosa de los bienes fideicomitidos y la fianza del fiduciario para asegurar el cumplimiento de futuras acciones en su contra.

Considero correcta esta interpretación, y no aplicar lisa y llanamente al fiduciario a una inhabilitación concursal, trasladando a este la posibilidad de revertir dicha decisión en los términos del artículo 236 segundo párrafo de la LCQ, facultad esta duramente criticada, pues obliga al magistrado a efectuar una valoración ajena a la esfera de su competencia

un desgarro inadmisible en el entretejido de la Ley de Concursos y Quiebras. Así es, no podemos cortar la ley en 'dos pedazos' ya que dejaría de tener la organicidad con la que fue concebida y, ante el fracaso del concurso preventivo sabido es que no está previsto otro medio de ejecución que no sea la quiebra como medio de ejecución colectivo".

396 En la misma resolución que rechaza el concursamiento del fideicomiso, el juez ordena la liquidación judicial del fideicomiso, establece el procedimiento pertinente, pero aclara que deja a criterio de la sindicatura las demás normas que estime pertinente: "Por lo demás, la suscripta dejará la decisión sobre la aplicación de otras tantas reglas concursales para la oportunidad en que se configuren eventuales situaciones conflictivas y/o dudosas, es decir, que la casuística que se plantee en lo sucesivo ameritará el análisis que determinará la pertinencia y compatibilidad del régimen falencial según las circunstancia particulares del caso".

comercial[397], que adicionalmente puede resultar adversa a la apreciación efectuada en sede penal. Así se ha sostenido que en este supuesto de supresión o reducción del plazo de inhabilitación no puede el juez de la quiebra actuar oficiosamente[398]. Claro resulta que el lapso de tiempo que transcurra desde la resolución de inhabilitación hasta aquella que la deje sin efecto, en su caso, será más que suficiente para provocar todos los efectos perniciosos que se pretenden evitar con la postura asumida en este trabajo.

Conclusión

Atento las particularidades señaladas de los fideicomisos y de haberse erigido estos como un motor trascendente de la economía nacional, debemos ser prudentes con avanzar con institutos como la inhabilitación automática en caso de liquidación judicial del fideicomiso, ya que ello traerá aparejado un desincentivo a su constitución, amén de resultar un castigo injustificado.

Existen otros remedios para asegurar una liquidación justa, y que tenga en cuenta a los acreedores, fiduciantes y beneficiarios, pautas o "test de pertinencia" que interpreten restrictivamente la aplicación de la inhabilitación automática.

Fue necesaria una prolongada evolución histórica para distanciar la quiebra de la defraudación; el quebrado del delincuente; aceptar espectros más amplios de concursalidad y que se distingan según el sujeto o patrimonio de afectación con relación al procedimiento aplicable. No castiguemos al fiduciario con una inhabilitación de manera objetiva. Que no paguen justos por pocos pecadores.

397 Iglesias, José A. "Concursos. Las reformas a la ley" Depalma, Buenos Aires, 1995, p. 270. "Esta calificación encubierta (referida exclusivamente a la incriminalidad penal de los inhabilitados) es deferida […] a juez carante de especialización que, sin manejar habitualmente la dogmática penal, deberá pronunciarse sobre la tipificación de conductas de esa naturaleza".

398 Tévez, Alejandra y Levinsonas, Daniel. Desapoderamiento y rehabilitación del fallido sometido a proceso penal. Implicancias patrimoniales en la quiebra. L.L. 03-07-2013, cita online: AR/DOC/2453/2013.

LA SEGUNDA OPORTUNIDAD FRENTE A LA CRISIS

RASPALL, Miguel Á.

I.- Introducción

Esta ponencia incluye a todas las personas físicas que sean declaradas inhabilitadas producto de la declaración de una quiebra, sea un comerciante o empresario unipersonal, o los administradores de una sociedad fallida, conforme lo disponen los artículos 234 y 235. Si bien la ley no distingue entre comerciantes y no comerciantes (consumidores o empresario), en realidad el contenido de esta ponencia apunta especialmente a la actividad empresarial, cualquiera fuera su importancia, en orden a alcanzar rápidamente la "segunda oportunidad" y, con ello, el acceso a la posibilidad de reemprender una actividad.

La reinserción de los empresarios fallidos e inhabilitados en el sistema productivo es un imperativo de este siglo. Por un lado, los estados tienen la necesidad de que se mantenga la actividad económica generadora de recursos y proveedora de empleo y, por el otro lado, enfrentan los costos de tener que asistir mediante subsidios, ayudas, salud, seguridad, pensiones o jubilaciones etc., a las personas desocupadas, sin ingresos y que no realizan aportes a la seguridad social, todo lo cual produce un alto impacto en la "tesorería". De esto se trata la *segunda oportunidad; darle a un sujeto fallido la oportunidad de volver a empezar libre de cargas de su fracaso anterior.* Este sujeto que fracasa, y se le da una nueva oportunidad, será entonces el reemprendedor[399].

En esta crisis, sabemos que muchísimos establecimientos han cerrado y van a seguir cerrando hasta el cese de la pandemia sanitaria (ASPO) y de la recesión que se ha generado. Ambos son factores externos a la gestión del empresario, que se ha visto arrastrado por el abrupto cambio de las reglas del mercado, pero que no obstante, va a tener que seguir atendiendo compromisos comerciales, familiares, laborales, etc., sin contar con ingresos ni capital de trabajo ni ahorros. Hemos dicho, y lo reafirmamos ahora, que estos empresarios son quienes tienen el conocimiento y la

399 Esta ponencia es una adaptación y síntesis de dos trabajos anteriores: 1) "Pandemia; Financiamiento y segunda oportunidad en el derecho de la crisis empresaria" publicado en Errepar *on line* el día 11.8.2020 y en la *Revista de Derecho Concursal y Societario* N°. 395 de octubre de 2020, pp. 1.101 a 1.139; y 2) Trabajo enviado a El Arca en 4.8.20 con sugerencias para incluir en proyectos de reformas que lleva el nombre de "Segunda oportunidad".

experticia para volver a generar una nueva empresa y que, por lo mismo, todos ellos son necesarios para la recuperación de la economía y del país.

Ahora bien, ante a esta profunda y excepcional crisis económica, nos preguntarnos si es imprescindible que se dicten normas transitorias que contemplen regulaciones especiales para acelerar el acceso a una nueva oportunidad o si, por el contrario, con las disposiciones que contiene la LCQ aplicadas con eficiencia y la amplitud de miras que requiere la emergencia, esta ya tiene herramientas idóneas a los fines de aligerar el peso de los pasivos de los deudores de "buena fe" y reponerlos prontamente en el mercado productivo.

Respondemos tempranamente que el régimen establecido (*lege lata*) es apto para producir el acceso rápido a la segunda oportunidad.

II.- Estado de situación

La ley 24.522 de 1995 tomó en cuenta muchos institutos de la Ley de Quiebras de EE. UU., entre los cuales recepta el relacionado con el *fresh start* o exoneración de deudas, que en ese país se aplica desde el año 1898[400]. En este orden, la LCQ argentina, que introdujo una profunda modificación al régimen anterior de calificación de conducta y sistema de inhabilitación por quiebra, fue de avanzada para Latinoamérica e incluso Europa[401].

En nuestra ley, la exoneración de deudas se alcanza en el proceso cuando ha existido liquidación de los bienes del deudor, más un lapso de tiempo que puede variar en más o menos conforme a la conducta del deudor antes de la insolvencia.

El sistema es aplicable (como toda la LCQ) a las personas o físicas o jurídicas, sean o no comerciantes, si bien es cierto que respecto de las personas jurídicas existen condiciones excepcionales para que puedan ser rehabilitadas[402]. Al producirse la rehabilitación, cesan respecto del deudor las inhabilitaciones concursales que establece el artículo 238 LCQ, permitiéndole volver a operar como comerciante o empresario, por cuenta propia o de terceros, apoderado, gestor de negocios y/o participar en sociedades, etc. O sea, el deudor-fallido recupera la aptitud para volver a operar por cuenta propia, cesando las limitaciones que resultan de los

400 Velasco Pecho, José F. "Exoneración del pasivo insatisfecho y concurso de acreedores". *Cuadernos de Derecho y Comercio* 2014, n° 61, pp. 267/274. En terminología anglosajona, la *discharge*, que es un instrumento jurídico, introducido en EE. UU. por la Bankruptcy Act de 1898.
401 Debemos considerar que la Guía Legislativa CNUDMI trata el tema en el 2006, o sea, once años después.
402 LCQ, art. 237.

artículos 104 y 238 LCQ (relación de dependencia, tareas artesanales o profesionales).

Para alcanzar la exoneración de deudas, la ley utiliza una combinación entre el desapoderamiento de los bienes que serán objeto de liquidación (arts. 107 y 108) y el lapso de tiempo durante el cual se extenderá el desapoderamiento (art. 236), de modo tal que el modelo genera una división del patrimonio del deudor en dos esferas separadas; el patrimonio desapoderable afectado a los acreedores de la quiebra[403] y otro patrimonio que está representado por los bienes que el deudor incorpore al mismo desde la rehabilitación en adelante, que responde frente a las deudas posteriores (art. 104). El desapoderamiento se extiende desde la fecha de la sentencia de quiebra hasta la rehabilitación, que podrá producirse automáticamente (al año), reducirse o dejarse sin efecto, o prorrogarse.

El instituto de la rehabilitación —cuando la quiebra concluye luego de la liquidación de bienes del deudor—[404] produce a la vez la *exoneración* de los pasivos anteriores a la misma, y le da al deudor la posibilidad de reiniciar su actividad sin esa carga. Nace así un nuevo estado, una nueva situación patrimonial, un nuevo estado (*fresh start*).

Por ello, es clave en nuestro sistema de liberación de pasivos anteriores, cómo y cuándo se produce la rehabilitación, siendo de aplicación principalmente el artículo 236 LCQ, que establece el plazo de 1 año desde la fecha de la quiebra para la rehabilitación de pleno derecho, lapso que podrá reducirse o dejarse sin efecto a pedido del deudor con una acreditación *verosímil* de la inexistencia —*prima facie*— de delito penal[405] o ampliarse o prorrogarse en caso de estar sometido a un proceso penal vinculado con la insolvencia, o sea, con la quiebra.

III.- La buena fe

Por último, cabe destacar que la pandemia está forzando a los países a incorporar modificaciones al régimen de acceso a la segunda oportunidad,

403 Un verdadero patrimonio de afectación.

404 García, Silvana. "La liberación patrimonial por rehabilitación del fallido. Pasado, presente y futuro". *Revista de Derecho Privado y Comunitario*. Rubinzal y Culzoni, 2019-3 (Insolvencia II) p. 289. La autora, en este muy completo trabajo, explica que la liberación o descarga de pasivos en el derecho argentino se produce cuando en el proceso de quiebra hubo liquidación de los bienes del deudor y no en los casos en los cuales la conclusión del procedimiento se ha alcanzado por carta de pago, avenimiento, ausencia de acreedores, porque habiendo el deudor retenido sus bienes o parte de ellos, estos siguen respondiendo por las deudas insolutas. En definitiva, similar al modelo de EE. UU. y su diseño en el capítulo 7 o capítulo 13.

405 LCQ art. 236 2°. párr. Duración de la inhabilitación: "El plazo puede ser reducido o dejado sin efecto […] si verosímilmente, el inhabilitado —a criterio del Magistrado— no estuviera *prima facie* incurso en delito penal".

para que el *deudor de buena fe* pueda alcanzar el cese de las inhabilitaciones de inmediato o rápidamente y la exoneración de pasivos. De este modo, el deudor podrá reingresar a la actividad, reinsertarse al sistema productivo, más allá de que el proceso de liquidación de sus bienes siga su curso. En el derecho comparado, no obstante las directivas de la UE y las modificaciones introducidas en las últimas reformas, el régimen de segunda oportunidad es más severo que el establecido por nuestra LCQ.

Este estándar de conducta (buena fe) es también recaudo establecido para la rehabilitación en nuestro país, solo que la ley lo describe con una terminología difícil de precisar, lo que ha dado lugar a interminables debates sobre sus alcances, al decir: la inhabilitación se prorroga o retoma su vigencia si "*es sometimiento del deudor a proceso penal*". Esta ponencia no da espacio para desarrollar los innumerables análisis realizados desde la doctrina para precisar cuándo un deudor es sometido a proceso penal.

IV.- Exoneración de deudas

La amplitud de nuestro sistema sobre la exoneración de deudas ha sido criticada y, de hecho, ya existen algunos fallos que consideran que las deudas extraconcursales, tales como las deudas del concurso, por ejemplo, los honorarios de la sindicatura, no son exonerables y el fallido debe pagarlos. Desde antes de la pandemia, se vienen levantando justificadas voces que reclaman por la laxitud del sistema de exoneración de pasivos[406] y se recomienda el análisis de la exclusión de algunos créditos (alimentarios, acreedores involuntarios, multas o penalidades, fiscales y otros que se advierten en las leyes comparadas) e incluso, determinar si el deudor no debería aportar para estos y demás acreedores alguna parte de sus nuevos ingresos durante un lapso de tiempo, como lo tienen previsto diversas normas.

V.- Rehabilitación y pandemia. *De lege lata*

Estamos conscientes de la necesidad de que los sujetos inhabilitados que han ingresado a la insolvencia de "buena fe" producto de la pandemia deben poder ser reinsertados rápidamente al sistema productivo para

406 Esta situación tan favorable para la exoneración de deudas ha llevado a la presentación de miles de pedidos de propia quiebra con la finalidad de "limpiar" sus embargos de sueldos, sus descuentos automáticos de haberes y sus obligaciones anteriores, estando pendiente de tratar este tema como corresponde en una ley para deudores personas físicas no comerciantes (profesionales, consumidores y otros). Este es el gran debate que se da en todos los países respecto al *dicharge* y los efectos que produce en la economía y con fuerte incidencia en el sistema bancario.

que puedan generar nuevos emprendimientos (reemprendedores). Sostenemos que para ello no es necesario producir modificaciones al sistema implementado, siendo suficiente utilizar el régimen en forma legal y eficiente, y que los operadores e inhabilitados conozcan esta posibilidad, y luego lo postulen para obtener rápidamente su rehabilitación.

Ocurre que los jueces esperan, antes de expedirse sobre la "reducción del plazo de inhabilitación", hasta la presentación del informe general del síndico, lo que insume un extenso lapso de tiempo. Sugerimos que los sujetos inhibidos por haber sido alcanzados por la crisis, si antes de la pandemia el sujeto persona física y/o la sociedad que administraban estaba operando regularmente, *in bonis* y sin la presencia de actos de fraude, el juez debería tomar en consideración que la buena fe "se presume" y, ante las evidencias que resulten de una acreditación sumaria y documentaria del deudor sobre su situación (balances, estados patrimoniales, cumplimiento de deudas fiscales o de la seguridad social), debería hacer cesar las inhabilitaciones por anticipado, tal como lo autoriza el artículo 236, párrafo 2, que dice: "Ese plazo puede ser reducido o *dejado sin efecto*", de modo que el juez puede aplicarle al fallido el régimen de rehabilitación dentro del marco legal en forma muy rápida.

Proponemos que la acreditación de la buena fe —atendiendo a la emergencia y el caso fortuito— sea desarrollada mediante un procedimiento sumario y expeditivo, que consiste en que el inhabilitado acompañe a su petición prueba apta, que el síndico —al cual el juez debe correrle vista— emita su dictamen y que la petición de rehabilitación quede en estado de resolver. Este procedimiento puede generar en el magistrado la convicción suficiente de *verosimilitud* que permita *dejar sin efecto* la inhabilitación, tal como postula el artículo 236.

Luego, en caso de que la situación se revirtiera por prueba posterior que acredite la inexistencia de buena fe, fraude, delitos, etc., deberá revocarse la resolución anterior, aplicarle la disposición de *retorno a la vigencia* y, con ello, regresar al desapoderamiento de los bienes que ha generado durante dicho lapso de tiempo y el renacimiento las deudas insolutas.

En la petición de rehabilitación inmediata mediante la acreditación de buena fe, el que asume el riesgo es el propio inhabilitado peticionante, dado que si luego se demostrara lo contario, los bienes que ha producido durante dicha etapa, pasan a ser desapoderados. Está claro en los términos de la redacción del artículo 236 que la resolución de rehabilitación "no causa estado", o sea, que puede ser provisoria; la inhabilitación se prorroga o *retoma su vigencia*.

VI.- *De lege ferenda*. Reformas al régimen de segunda oportunidad

El sistema de exoneración de pasivos y segunda oportunidad debe ser reformado, lo cual puede hacerse por una ley de emergencia, pero consideramos que sería de buena técnica incluir las reformas en el régimen concursal permanente, a fin de superar en forma definitiva los innumerables debates y cuestionamientos que el mismo merece justificadamente.

Veamos en forma sintética, lo que debería incluirse en la reforma:

1) Se debe establecer en forma expresa que la rehabilitación produce la exoneración de pasivos (total o con exclusiones).

2) Esta ley debería disipar los debates sobre tres temas que son conflictivos, tanto en doctrina como en jurisprudencia:

1. Debería modificarse la redacción "es sometido a proceso penal" por una terminología precisa y certera que no dé lugar a controversias, tal como puede ser "imputación", "auto de procesamiento". En el derecho comparado existen diversos modelos que establecen recaudos para determinar la buena fe y la procedencia de la segunda oportunidad.[407]

2. Debería definirse si en las quiebras clausuradas por falta de activo los deudores son o no rehabilitables (LCQ arts. 232/233). Me expido en el sentido que en esta crisis externa al deudor deberían igualmente acceder a la rehabilitación-exoneración, excepto que existieran actos de fraude o vaciamientos de activos, entre otros actos reprochables.

3. Debería expedirse sobre los pasivos que no son exonerables y también si el deudor no debería hacer un esfuerzo mínimo y durante un lapso de tiempo para pagar algo a los acreedores.

407 España. Texto refundido (2020), arts. 486 y ss.

NADA ES PARA SIEMPRE. CONCLUSIÓN DE LA QUIEBRA POR PRESCRIPCIÓN DE LOS CRÉDITOS RECONOCIDOS POR LA SENTENCIA DE VERIFICACIÓN

GARCÍA, Silvana M.

Ponencia

Es viable disponer la conclusión de una quiebra por prescripción de los créditos verificados y/o admitidos en ella. El fallido goza de legitimación para solicitarlo.

La prescriptibilidad del crédito emergente de la sentencia verificatoria ha sido admitida desde siempre. Rige al respecto el plazo de prescripción de la llamada *actio iudicati*. El curso de la prescripción se interrumpe a favor de todos los acreedores mientras dura la liquidación de los bienes y se cumplen los trámites normales del proceso. La inacción absoluta del síndico no es invocable por los acreedores admitidos como hecho ajeno a ellos o como imposibilidad de hecho (art. 2.550 CCyC), porque pueden requerir que se intime al órgano sindical a instar el proceso bajo apercibimiento de remoción por abandono de sus funciones, intimación que beneficiará a todos porque está dirigida a activar el trámite natural del concurso. Si así no lo hicieren, a partir del último acto impulsorio del proceso la prescripción de la *actio iudicati* retomará su curso. La *clausura del procedimiento* detiene el curso de la prescripción de la *actio iudicati*. El devenir de la prescripción se reanudará en el supuesto de reapertura del procedimiento. Si transcurre el lapso temporal previsto para que la clausura se transforme en conclusión de la quiebra (art. 231 LCQ) y ella así no se dispone, el curso de la prescripción debe considerarse reanudado a partir de los dos años de la clausura, ya que transcurrido ese lapso temporal corresponde que la misma se transforme en conclusión de la quiebra (art. 231 LCQ), pudiendo el acreedor instar el dictado de esa resolución si el síndico no lo hace.

La desidia del titular de un crédito en procurar su satisfacción no es amparada por la normativa concursal. Un deber de diligencia le impone velar por la defensa de sus derechos instando a los órganos a cumplir sus deberes en lugar de ampararse en la inacción de los naturalmente responsables.

I.- Desarrollo

La práctica profesional nos pone a diario en contacto con procesos falenciales "eternizados". Expedientes enviados a archivo (hoy tal vez "digitales") o a la espera de ello en los casilleros de los juzgados donde, *se supone*, deberían estar tramitando (actividad procesal mediante), pero que en lo concreto no registran, por años, movimientos de ninguna especie ni impulso por ninguno de los protagonistas (empezando por el propio tribunal).

En el mejor de los casos, es posible que se haya llegado a dictar resolución de clausura del procedimiento (arts. 230 y 232 LCQ), pero sin haberse resuelto nunca la conclusión de la quiebra. Mientras tanto, el fallido padece los efectos de esa desidia, sin que le sea permitido poner atrás su pasado y avanzar con su vida.

De allí el interés en enfocar el tema que proponemos: la viabilidad de concluir un procedimiento de quiebra por la declaración de prescripción de los créditos verificados y/o admitidos en él.

Partimos de la premisa de que la liquidación en una quiebra, según establece la propia ley, debe resolverse en el exiguo plazo de cuatro meses (art. 217 LCQ), lo cual evidencia que el tiempo en la culminación del proceso no ha sido indiferente para el legislador. Todo lo contrario, su preocupación fue la celeridad en la terminación del conflicto desatado por la insolvencia. Por ello mismo, dota al juez de las más amplias facultades-deberes de dirección, investigación e impulso (art. 274 LCQ), lo responsabiliza por el estricto cumplimiento de los plazos legales (art. 273 LCQ) y exige al síndico la máxima diligencia en la tramitación de la causa (art. 275 LCQ).

Desde otra perspectiva, la exigibilidad del crédito que tiene vocación a satisfacerse con el producto de la liquidación, es presupuesto de ella. Si en lo concreto un crédito está extinguido —cualquiera fuera su causa—, ningún derecho puede atribuirse a su titular sobre el patrimonio falente.

La prescriptibilidad del crédito emergente de la sentencia verificatoria ha sido admitida desde siempre. Rige al respecto el plazo de prescripción de la llamada *actio iudicati*, que se sustenta en el carácter de sentencia de conocimiento pleno que se atribuye a la resolución de verificación y su consiguiente eficacia de cosa juzgada material. Así entonces, la prescripción de la ejecutoria judicial (*actio iudicati*) se extiende al cobro del crédito verificado en la quiebra[408]. Se postulaba aplicar el

408 Cámara, Héctor; *Naturaleza de la resolución de verificación de créditos;* RDCO, 1980 pp. 573 y 581; Heredia, Pablo; *Tratado exegético de Derecho Concursal*, Bs. As., Edit. Abaco, 2000, Tomo 1, p. 763; Díaz de Guijarro, Enrique; *La prescripción de los créditos y el concurso civil*, J.A Tomo 55, p. 874; Busso, Eduardo; *Código Civil Anotado*, Bs. As,

plazo decenal del artículo 4.023 del CC, que hoy debe entenderse reemplazado por el quinquenal del art. 2.560 del CCyC, al no existir otra disposición relativa al caso. Ese término, según doctrina y jurisprudencia que compartimos, comienza a computarse a partir del momento en que la sentencia sobre verificación adquiere carácter de firme[409].

El problema es determinar si el curso de la prescripción continúa durante el trámite de la quiebra, o bien el mismo se detiene, por cuáles razones y hasta cuándo en su caso. Establecer pues, si existen causales de interrupción y/o suspensión aplicables en función del proceso, o por la actuación de los protagonistas, que impidan tener por operada la prescripción del crédito verificado.

El impulso del proceso falencial, dado su carácter oficioso, descansa en la sindicatura y el juez. Por ello, mientras dura la liquidación de los bienes y se cumplen los trámites normales del concurso, el curso de la prescripción se interrumpe. Así entonces, cada nuevo acto del síndico o diligencia procesal que active el trámite interrumpe la prescripción a favor de todos los acreedores[410], por lo que el término de prescripción de la *actio iudicati* comienza a contarse nuevamente a partir de cada una de las actuaciones del proceso de quiebra.

Sin embargo, entendemos que no tienen idoneidad interruptiva respecto de todos los acreedores, los actos realizados por el síndico en beneficio exclusivo de uno solo de ellos (como podría ser la evacuación de una vista o traslado por actuación individual de un acreedor) o por un acreedor en su solo interés.

Ahora bien, ¿qué ocurre si el síndico y/o el tribunal no impulsan el proceso? Porque aunque machaconamente se afirme en ciertos fallos que dada la oficiosidad propia del trámite "resulta casi imposible concebir inexistencia de impulso procesal"[411], la realidad de los expedientes nos

Ediar S.A Editores, 1955, Tomo V "Obligaciones" p. 259; Llambias, Jorge y Raffo Benegas, Patricio (actualizador). *Tratado de derecho Civil. Obligaciones,* Lexis Nexis, *on line*. 2006, N°. 70008/003036.

409 Rivera, Julio; 2ª Edición actualizada, Bs. As, Edit. Rubinzal Culzoni, 2003, Tomo II, p. 293; Moisset De Espanes, Luis; *Prescripción de la actio "res iudicata". Comienzo del plazo*, Zeus, Tomo 90, D-155. En ese sentido: CNCiv, Sala F, 30-3-04, "Carpaneto Agustín s/ suc" LL 2004-D,837. Ídem CNCiv. Sala C, 22-3-1990, "Pezzoni, Adolfo" (citado en Carpaneto).

410 Díaz de Guijarro, Enrique; *La prescripción.* cit., p. 884. C.C.1ª.Cap., 9-9-36, "Ruiz de los Llanos Rafael (conc)" J.A, T. 55, p. 875; Busso, Eduardo; *Código civil*...cit. Tomo V, p. 259. Se afirmó la existencia de actos interruptivos en: CNCiv Sala F, 30-3-04, "Carpaneto Agustín s/ suc." LL 2004-D,837; CNCom Sala A, 19-12-2008, "Molina Enrique D s/ quiebra" LL *online*, AR/JUR/24629/2008; CNCom Sala B, "Btesch José s/quiebra" La Ley *on line*, Ar/jur/24791/2018; 2° Juzgado de Procesos Concursales, 29-12-16, "Meizenq Nelson Guillermo s/ quiebra" http://www2.jus.mendoza.gov.ar/listas/proveidos/vertexto.php?ide=5222602785.

411 Entre otros: CNCom Sala A, 19-12-2008, "Molina Enrique D s/ quiebra" LL *online*, AR/

revela con frecuencia que lo que debiera ser imposible, en los hechos no lo es y sucede.

Varios de los precedentes en los que la cuestión de la conclusión por prescripción de los créditos verificados fue planteada, refieren a trámites falenciales de más de una década de duración. ¿Y si se tratara de procesos con tiempo de dilación aun más extenso?, ¿por caso veinte o veinticinco años?[412].

Más allá de las sanciones que podrían caber respecto de órganos y funcionarios por incumplimiento de los deberes respectivos, la cuestión a dilucidar es cómo influye sobre la subsistencia de la obligación verificada la ausencia de toda actuación por parte de quienes tienen a su cargo el impulso del proceso, si esa inacción perjudica el derecho del acreedor reconocido por la sentencia o bien puede el titular del crédito ampararse en ella.

Pensamos que la actividad de la sindicatura no es sustitutiva *in totum* de la de los acreedores. La inacción absoluta del síndico no es invocable por los acreedores verificados como hecho ajeno a ellos o como imposibilidad de hecho (art. 2.550 CCyC), porque pueden requerir que se intime al órgano sindical a instar el proceso bajo apercibimiento de remoción por abandono de sus funciones, intimación que beneficiará a todos porque está dirigida a activar el trámite natural del concurso. Si así no lo hicieren, a partir del último acto impulsorio del proceso, la prescripción de la *actio iudicati* retomará su curso.

La desidia del titular de un crédito en procurar su satisfacción no es amparada por la normativa concursal. Una prueba de ello es la caducidad del derecho al cobro del dividendo falencial (art. 224 LCQ) con que es posible sancionar la falta de ejercicio de su potestad de percepción del importe asignado en el proyecto de distribución. Y si bien el respectivo acreedor no puede por sí mismo impulsar el trámite liquidatorio, nada le impide —y contrariamente— un deber de diligencia le impone velar por la defensa de sus derechos instando a los órganos a cumplir sus deberes en lugar de ampararse en la inacción de los naturalmente responsables. Por lo demás, ni el síndico ni el tribunal asumen la representación de los acreedores, a quienes no desplazan en el ejercicio de sus derechos.

Cabe sí analizar qué efectos tiene la *clausura del procedimiento* en orden a la prescripción de la *actio iudicati* aplicable a la sentencia verificatoria.

JUR/24629/2008; CNCom Sala C, 21-7-2006, "Galeano Victor s/quiebra" LL 2006-F, 550.

412 En el precedente citado "Meizenq" habían transcurrido veinticuatro años desde la quiebra. En "Carpaneto", dieciséis.

La clausura del procedimiento implica la paralización del proceso de liquidación, por lo que no existirá ya actividad judicial ni sindical tendiente a ello. El proceso entonces se detiene a la espera del descubrimiento de nuevos bienes susceptibles de incautación (art. 231 LCQ), lo que puede ser puesto de manifiesto incluso por un acreedor.

Pero salvo esta denuncia, que de existir implicará la reactivación del trámite de liquidación, no existe otra posibilidad impulsoria del proceso, ni por sus órganos ni por los propios acreedores, con lo cual entendemos que el curso de la prescripción se detiene a partir de la resolución de clausura. Existe imposibilidad legal de accionar, y no podría dejarse de tener en cuenta a los fines de la prescripción un obstáculo que la misma ley ha creado, puesto que además el tiempo dado para la prescripción debe ser un tiempo útil para el ejercicio de la acción[413].

El devenir de la prescripción se reanudará en el supuesto de reapertura del procedimiento.

Pero ¿qué sucede si transcurre el lapso temporal previsto para que la clausura se transforme en conclusión de la quiebra (art. 231 LCQ) y ella así no se dispone? Entendemos que de todos modos el curso de la prescripción debe considerarse reanudado a partir de los dos años de la clausura, ya que transcurrido ese lapso temporal corresponde que la misma se transforme en conclusión de la quiebra (art. 231 LCQ), pudiendo el acreedor instar el dictado de esa resolución si el síndico no lo hace.

En conclusión: con sustento en las premisas y desarrollos efectuados, sostenemos que es viable disponer la conclusión de una quiebra por prescripción de los créditos verificados y/o admitidos.

Y aunque no se trate de un supuesto previsto por el legislador, participamos del criterio interpretativo según el cual parece razonable aceptar toda posibilidad de cese del estado falencial, por aplicación específica del principio general del *favor debitoris*[414]. La regla de interpretación *favor debitoris*, según la cual en caso de duda es necesario pronunciarse a favor de la liberación y no de la obligación, es otro argumento para apoyar la interpretación propuesta, más si se tiene en cuenta que el criterio contrario, *favor creditoris*, no juega en materia concursal[415]. En

413 Conf. Argañaras, Manuel; *La prescripción extintiva*; Bs. As., Tipográfica Editoria Argentina, 1966, pp. 50 y 93; Argeri, Saúl; *Clausura del procedimiento de quiebra por falta de activo y situación jurídica del acreedor cuya demanda de reconocimiento de su crédito se encuentra en trámite*, LL 1979-C, p. 1.149.

414 Conil Paz, Alberto; *Conclusión de la quiebra. Según ley 24.522*, Bs. As, Edit. Abaco, 1996, p. 22.

415 Maffia, Osvaldo; *La verificación de créditos en la nueva ley de concursos, Actualización de "Verificación de créditos 3ª edición"*, Bs. As, Depalma, 1996, p. 129; Graziabile, Darío; *Derecho Concursal*, Bs. As, Lexis Nexis, 2007. Tomo I, p. 407.

doctrina algún autor ha admitido este modo de conclusión que postulamos[416]. Advertimos resistencia a aceptarlo por los magistrados, si bien en precedentes aislados se ha valorado como sustentable la viabilidad del supuesto conclusivo[417]. Pensamos que ello sucede más por incomodidad (que provoca al juzgador la evidencia de la falta absoluta de impulso de oficio de las actuaciones) que por imposibilidad jurídica de que el modo de conclusión pueda operar.

No vemos tampoco óbice a que la conclusión de la quiebra con sustento en la prescripción de los créditos verificados sea esgrimida por el propio fallido.

Entendemos que goza de legitimación a tal fin[418]. Ello así, pues no es discutible que mantiene la titularidad de sus bienes pese al desapoderamiento y puede aspirar a conservar algunos de ellos en el momento procesal oportuno.[419] Y asimismo, porque no se le desconoce su legitimación en orden a la conformación de la masa pasiva, más allá de que en el supuesto que analizamos lo que busca es su desintegración por acaecimiento de la prescripción de los créditos oportunamente reconocidos[420]. También ha sido admitida por la SCJN la legitimación de la fallida cuando no existe coincidencia entre sus intereses y los que debe sostener el síndico[421]. Con más razón, pensamos, debe admitirse su derecho de defensa si por omisión de toda actuación (incumplimiento de deberes funcionales) se causa un daño ilegítimo a sus propios intereses, impidiéndole concretar su lógica expectativa a la finalización de un proceso que no está en sus manos instar.

416 Migliardi, Francisco; *Sobre la conclusión de la quiebra*, LL 1982-A, 464.

417 Precedente "Galeano". La Cámara, admite que nada obstaría como principio a que se disponga la conclusión del procedimiento por prescripción de las obligaciones verificadas, aunque en el caso rechazó el planteo de prescripción del fallido por entender no transcurrido el plazo del art. 846 del C.Com. En los precedentes "Molina" y "Meizenq" es de hacer notar que, aunque se afirma que no es posible concluir la quiebra por prescripción de los créditos verificados con sustento en que la oficiosidad del proceso impide que la prescripción suceda, se valora la existencia de hechos interruptivos o suspensivos de su curso, con lo que indirectamente se está admitiendo que la prescripción mantuvo su devenir.

418 Así fue reconocido en "Bazarian Mardig s/ quiebra" CNCom. Sala A, 25-11-10, si bien se rechazó el planteo prescriptivo.

419 Alegria, Héctor y Di Lella, Nicolás J.: "La legitimación del fallido y su intervención en procedimientos relacionados con el activo concursal en orden a su derecho al remanente". DCCyE 2014 (junio), 02/06/2014, 45.

420 Si bien con referencia a un planteo de caducidad de un acción verificatoria, se ha afirmado: "La fallida está legitimada para instar la declaración de la perención, pues esa petición tiende a la exclusión siquiera transitoria del crédito insinuado en el pasivo concursal, situación que influirá (de ser admitida la articulación), en el derecho de la deudora al eventual remanente" (C. Nac. Com. Sala D, 27/8/1993, "Villacieco SA. s/ Quiebra s/ Inc. verificación promovido por Rienzo, Antonio", LL. 1994-D-534, Sección Jurisprudencia Agrupada, caso 9956).

421 CSJN Fallos Corte: 318:1583, La Ley On Line, Cita Online: 04_318v2t069 autos "Rospide, Oscar y otra s/ quiebra" 15/08/1995.

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