



DECONOMI

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

AÑO VII - NÚMERO 22 - JULIO DE 2024

DIRECTOR:
PROF. HÉCTOR OSVALDO CHOMER



DECONOMI

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

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

Comité Editorial

Director general: Héctor Osvaldo Chómer

Director Área Comercial: Pablo Frick

Director Área Tributario: Eduardo Laguzzi

Director Área Recursos: Natalia Waitzman

Coordinador General: Rodrigo Jaime

Coordinadores:

María José Alzari

Rodrigo Bustingorry

Micaela Belén Jaime

Liliana Taverna

Comité de Honor:

Héctor Alegría

Salvador Bergel

Raúl Etcheverry

Rafael Manovil

Comité Académico:

Griselda Capaldo

Horacio Corti

Miguel De Dios

Leila Devia

Graciela Junqueira

Beatriz S. Krom

Silvia Nonna

Martín Paolantonio

Jorge S. Sicoli

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



DECONOMI

ÍNDICE

<u>Nota del director</u> por Héctor Osvaldo Chómer	Pág. 5
Doctrina	
<u>“¿La judicatura en búsqueda del número áureo? Acuerdo y facultades jurisdiccionales en el derecho concursal argentino”</u> por Daniel Fernando Alonso	Pág. 6
<u>“Desterrar la quiebra sanción”</u> por Victoria Ambrosini y Martín Coraita	Pág. 28
<u>“La pesada carga de las quiebras sin activo”</u> por Javier Cosentino	Pág. 41
<u>“Renegociación del acuerdo homologado. ¿Una cuarta vía? Algunos apuntes para pensar.”</u> por Alfredo Alesio Eguiazu	Pág. 48
<u>“Los honorarios generados en los procesos de conocimiento habilitados para continuar o iniciarse durante el concurso preventivo. Dilemas y tensiones en la jurisprudencia.”</u> por Angel Luis Moia	Pág. 67



DECONOMI

Nota del Director

Muy Estimados lectores:

Este nuevo encuentro con los lectores se enmarca en la muestra de una parte importante de opiniones, visiones y estudios de experimentados Magistradas/os de todo el país, con jurisdicción concursal, que exponen sobre los más variados temas que aquejan a esa disciplina.

Nos ha parecido interesante exponer a la consideración de los lectores las vivencias y problemáticas suscitadas en aquel campo, no sólo por la ya mencionada experiencia funcional, sino por las diferentes situaciones contextuales que cada Magistrada/do puede resolver en su jurisdicción.

Agradecidos desde ya por la colaboración inestimable que ahora ponemos a consideración del público, esperamos, como siempre, que lo aportado sea de agrado y utilidad para quienes siguen nuestra publicación.

Hasta la próxima!!!

Héctor Osvaldo Chómer



**“¿La judicatura en búsqueda del número áureo?
Acuerdo y facultades jurisdiccionales en el derecho concursal
argentino”**

por Daniel Fernando Alonso¹

Contenido

Introducción.....	
I.- El concurso preventivo como modo de resolución de la insolvencia	
II.- Facultades jurisdiccionales en torno al acuerdo: generalidades	
III.- Facultades jurisdiccionales en torno a la homologación: evolución legislativa.....	
IV.- Las facultades jurisdiccionales entendidas desde la jurisprudencia	
V.- El régimen vigente y los ejes del debate	
VI.- Reflexiones finales abiertas.	

Ciencia o mito, casualidad o causalidad, la trayectoria de interpretaciones y creencias sobre el denominado número áureo, número de oro o divina proporción ha acompañado a la humanidad desde antaño. Como número algebraico irracional, su representación decimal es infinita, lo que a los ojos profanos le da cierto halo de incertidumbre, de misterio.

Fray Luca Pacioli,² reconocido como el autor del método contable conocido como sistema de partida doble, presentó a Ludovico Sforza, Duque de Milán, su obra “La Divina Proporción”, *De divina proportione*, con ilustraciones de Leonardo Da Vinci. La divina proporción refiere a la proporción ligada con el número áureo.

Llevándolo a nuestro tema: ¿Estamos buscando la “divina proporción”, “el número áureo”, cuando analizamos las facultades

¹ Vocal de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Santa Fe. Adjunto ordinario por concurso de *Derecho de la insolvencia y títulos valores* (UNL). Profesor asociado (U.Austral). Miembro del Consejo Académico de la *Maestría en Derecho Empresario y Maestría en Derecho Empresario Global* (U.Austral).

² Fray Luca Bartolomeo de Pacioli (Sansepolcro, c. 1445 - 1517).



jurisdiccionales ante el acuerdo? ¿O estamos reclamando que la judicatura lo encuentre al momento de realizar el juicio de ponderación para homologar? A este interrogante dedicaremos el presente trabajo.

Introducción

³Inicio por subrayar el desafío que para los poderes judiciales significa al presente justificar ante el ciudadano común, que los costos del sistema jurisdiccional son costos sustentables. Esto implica que la magistratura, el funcionariado y el personal deben desempeñarse con nivel adecuado y la infraestructura operar al mismo; caso contrario se arriesga a devaluar los principios democráticos generando descontento y descreimiento ante la comunidad.

Entiendo que en ese marco tenemos que analizar la viabilidad y, en su caso, los tiempos, involucrados en buscar un “juez oráculo”, omnisciente, que no sólo garantice que sólo se homologuen acuerdos que exhiban equidad en las prestaciones, sino que lo haga en tiempo útil. Frente a tal demanda, está el opuesto, la posibilidad de tener un “juez-sello”⁴, restringido a autenticar acuerdos obtenidos entre partes; un juez autómatas calificado.

Ante el acuerdo, la judicatura se encuentra con la decisión de las mayorías, que lo impone o lo deniega. El gran argumento en favor de la imposición por las mayorías no se ubica en que ellas aseguran o que se lograrán soluciones mejores, sino que a través de ellas se evitarían las soluciones terribles que podrían provenir de la imposición arbitraria por los más “fuertes”, “eficientes” o “aptos” o, en el otro extremo, por el propio deudor.

³ El presente ha sido redactado durante la vigencia del siguiente marco normativo, a saber: La ley 24.522, sancionada en fecha 20/07/1995, con promulgación parcial el 7/08/1995 y publicación en el *B.O.* 9/8/1995 -ADLA, LV-D, 4381-, con las reformas por: ley 24.760 (11/12/96), ley 25.113 (23/6/99), ley 25.563 (30/1/02), ley 25.589 (15/5/02), ley 26.086 (22/3/06), ley 26.684 (1/6/11) y ley 27.170 (29/7/15). En adelante, nos referiremos a la misma por las siglas LCQ; asimismo, las alusiones genéricas a lo largo del presente, mencionando al “ordenamiento concursal”, la “ley concursal” o la “normativa concursal” harán referencia a este mismo régimen.

Además del régimen concursal, al momento de la redacción del presente se encuentra vigente el Código Civil y Comercial –en adelante, CCyCom- aprobado mediante Ley 26.994 (Sanción: 01/10/2014 - Promulgación: 07/10/2014 - Publicación: *B.O.*: 08/10/2014 - ADLA 2014-E, 3554).

⁴ Recuérdese que los sellos han históricamente obrado como símbolos de poder, imprimiendo una marca distintiva que proyecta garantía de autenticidad y validez. El sellar confirmaba el acto y acreditaba su autenticidad.



DECONOMI

Desde esta perspectiva, el acuerdo obtenido en el procedimiento preventivo no depende de lo “equitativo”, “bueno” o “justo” del mismo, sino de la libertad, de lo consensual. El campo de juego predecible para el ejercicio de la libertad por los acreedores, resulta una solución más simple, económica en esfuerzos y tiempos y que sólo puede requerir un límite en casos extremos. La primacía de lo consensual evita absolutizar la “conveniencia”, que conlleva el problema de a quién legitimar para interpretarla; ¿es que tal “conveniencia” resuelta jurisdiccionalmente resulta preferible a lo consensual en casos que no son los extremos apuntados?

La respuesta demanda la búsqueda constante del equilibrio. Pero el equilibrio es una situación momentánea, una constatación instantánea, y por ende, difícil de encontrar y más difícil aún de conservar. Y en el escudriñamiento de ese equilibrio entre principios y valores jurídicos (art. 2 CCyCom), asoma otra pregunta: si es posible –y en qué condiciones- apoyarse en una judicatura, con la expectativa de cierta superioridad técnica y disponibilidad de información, cuando se compara con los acreedores. Todo ello resulta dudoso, ¿o acaso puede hablarse de una judicatura con habilidades de Leonardo da Vinci?

I. El concurso preventivo como modo de resolución de la insolvencia

Para iniciar, hay que recordar que el concurso preventivo es un “modo colectivo de regular el pasivo”.⁵ El mismo sólo ocurre cuando han fracasado las posibles reestructuraciones privadas, a través de acuerdos internos o con todos o parte de los acreedores. Y aunque tal revés pueda responder a la infructuosidad de acciones o simples omisiones, debe resaltarse que las soluciones autónomas no lograron evitar el procedimiento judicial que denominamos concurso preventivo.

En otros términos, quien se concursa no ha podido resolver autónomamente su crisis y recurre, en consecuencia, a una solución en un marco

⁵ El término es empleado por Ariel A. DASSO, en “La exclusión de la base de cómputo de las conformidades y la regla de la mayoría concursal” en Arecha, Martín (editor), *El voto en las sociedades y en los concursos*. Buenos Aires, Legis, 2006, p. 95-129. Al respecto, debe decirse que el autor lo emplea refiriéndose a la ley belga del 18 de abril de 1851.



DECONOMI

de negociación regulado⁶ que, al menos en parte, es heterónoma: la solución mediante terceros. Esa merma de la autosuficiencia en la gestión de su patrimonio conlleva un correlativo acrecentamiento en el involucramiento de los terceros.

Frente a esto, surge la intervención del Estado, a través de la judicatura concursal. La homologación del acuerdo preventivo, o su denegación, o la imposición de una propuesta sin mayorías, constituyen el cenit de la labor judicial en la solución preventiva.

II. Facultades jurisdiccionales en torno al acuerdo: generalidades

Para transitar ese debate en el derecho argentino, la homologación judicial del acuerdo preventivo otorga autoridad a la voluntad manifestada por los acreedores legitimados para dar su conformidad. Así, la homologación se yergue como requisito esencial para la aplicación del acuerdo pre-aprobado, puesto que hasta tanto ella ocurra, el mismo carece de eficacia⁷ aunque cuente con los demás requisitos legales e incluso con unanimidad de los legitimados a dar conformidades. En tal sentido, se ha sostenido que la homologación tiene una función declarativa de la validez del acuerdo previamente aceptado⁸.

En esta intervención judicial, la actividad jurisdiccional tiende a tutelar los derechos de ausentes y disidentes, puesto que el acuerdo homologado tendrá efecto vinculante para ellos, y no sólo para quienes lo han consentido. Por ello, dejando de lado el interesantísimo debate respecto de la naturaleza jurídica del acuerdo⁹ y sin ignorar que el mismo conlleva importantes consecuencias

⁶ Una aproximación al tema he realizado en: Daniel F. ALONSO, “El art. 59 LSC como pauta valorativa del ejercicio del derecho a brindar o no la conformidad con la propuesta de acuerdo en el concurso preventivo”, en: *Revista Argentina de Derecho Concursal*, Fecha: 13/12/2012 Cita: IJ-LXVI-577 (disponible online: <https://riu.austral.edu.ar/bitstream/handle/123456789/2902/EI%20art%2059.pdf?sequence=1>, última consulta 10/05/2024).

⁷ Por todos, Héctor CÁMARA, *El concurso preventivo y la quiebra. Comentario Ley 19.551*, Vol. II. Bs. As., Ed. Depalma, 1979, 1090

⁸ Roberto GARCÍA MARTÍNEZ – Juan Carlos FERNÁNDEZ MADRID, *Concursos y quiebras*, T I. Bs. As., Ed. Contabilidad Moderna, 1976, 554 y ss.

⁹ Sobre el tema puede verse, entre otros: DASSO, “La exclusión de la base de cómputo ...” –cit.- y Francisco Junyent Bas, “La figura del concordato” en Arecha, Martín (editor), *El voto en las sociedades y en los concursos*. Buenos Aires, Legis, 2006.



prácticas, puede analizarse la función de la judicatura concursal, a la hora de la homologación, centrándose en sus potestades jurisdiccionales homologatorias y denegatorias.

Continúo por relatar brevemente el derrotero legislativo, con puntuales referencias a algunos precedentes jurisprudenciales, para proponer luego cierta sistematización de los ejes del debate, en los términos más recientes.¹⁰

III. Facultades jurisdiccionales en torno a la homologación: evolución legislativa

Código de Comercio. Insuflada de una perspectiva punitiva de la conducta del deudor y orientada a la satisfacción de los acreedores, este ordenamiento rigió las quiebras desde 1862 a 1902. Previó el “concordato” como forma de conclusión de la quiebra, diseñando un rol judicial de control de legalidad y no de conveniencia.

*Ley 4.156.*¹¹ Reemplazando al Código de Comercio, esta ley de 170 artículos rigió las quiebras desde 1902 a 1933, asumiendo a la insolvencia como una cuestión de interés privado. Pionera para su tiempo, incorporó a la “convocación de acreedores” (art. 6 y ss.), como procedimiento judicial alternativo a la quiebra, pero conservando el juez un rol de control de legalidad y no de conveniencia.¹²

*Ley 11.719.*¹³ Virando de política legislativa, esta ley derogó el régimen anterior, rigiendo la materia concursal desde 1933 a 1972. La “Ley Castillo”,¹⁴ innovó en la dirección de agregar la consideración del interés general

¹⁰ He intentado un cometido parcialmente semejante, hace más de cinco años, en: “El juez y la homologación del acuerdo en el derecho argentino” en *Estudios de Derecho Empresario*, Universidad Nacional de Córdoba, 2018, ps. 27-36. ISSN 2346-9404. Ciertos aspectos de aquél resultan aquí renovados, con el agregado de otras consideraciones.

¹¹ Sanción: 23/11/1902 - Promulgación: 30/12/1902 - Publicación en: *Registro Nacional* 1902, t. III, p. 784 – *ADLA* 1889 - 1919, 564. Antecedentes parlamentarios: D. ses. Sen., 1902, p. 456; D. ses. Dip., 1902, t. II, p. 627; D. ses. Sen., 1902, p. 826

¹² Véase que sus arts. 23 a 25 restringían -comparado con la legislación presente- la legitimación y las causales de impugnación, preveían un trámite abreviado para las mismas y el marco para la resolución judicial.

¹³ Publicación: *B.O.* 30/09/1933 - *ADLA* 1920 - 1940, 325. Antecedentes parlamentarios: D. ses. Sen., 1933, t. I, p. 836 - D. ses. Dip., 1933, t. V, p. 38.

¹⁴ Esta ley tuvo por inspirador a Ramón Castillo, cuya carrera pública, política y académica incluyó el formar parte de la Cámara Nacional de Comercio, ser profesor titular y decano de esta Facultad de



o intereses *supra* individuales al interés individual o privado de los acreedores. Ello incorporó a la “convocatoria” alguna impronta de “salvaguardar el interés general”, para lo que necesitó del rol judicial de “director del proceso” -en expresión reiterada hasta el presente-, y agregó un control de mérito al -ya existente- de legalidad, en lo que podría denominarse “facultad denegatoria”.

Muy cerca del fin de su vigencia, la sala C de la Cámara Nacional de Comercio –en adelante CNCom.- dictó el fallo “Compañía Swift de La Plata S.A.F., conv”.¹⁵ En el caso, habiendo el juez de primera instancia denegado la homologación pese a la obtención de mayorías legales, la Cámara confirmó argumentando que la facultad denegatoria se inspiraba en el interés general y que la finalidad legal era beneficiar al comerciante desventurado, salvaguardar el interés general y evitar proceder contrario al espíritu de ley.

Ley 19.551. ¹⁶ Sancionada días antes del fallo en “Compañía Swift de La Plata S.A.F., conv” –cit., la nueva ley se encontraba imbuida del principio de conservación de la empresa, inclinándose hacia la primacía de los intereses *supra* individuales sobre los meramente privados. Vigente desde 1972 a 1995, reguló en mayor detalle la solución preventiva (arts. 5 a 83) y en lo relativo a la homologación (arts. 61 a 63), acentuó la tonificación del interés general diferenciado del interés –privado o particular- de los acreedores. Conservaba la facultad denegatoria, pero con criterios para su valoración (art. 61).¹⁷ En su texto

Derecho de la Universidad de Buenos Aires, ser senador nacional, Ministro del Interior, vicepresidente de la Nación -del Dr. Ortiz- (1938-2942) y finalmente Presidente de la República (1942-1943). Sobre el tema, ver: Fernando SABSAY (1999). «Presidente Ramón Castillo». Presidencias y Presidentes constitucionales argentinos. Buenos Aires: Biblioteca Nacional, por un resumen ver:

<http://web.archive.org/web/20130715062556/http://www.pais-global.com.ar/html/argentina/presidencias/presi22.htm> (última consulta: 09/05/2024).

¹⁵ Fechada 06 de junio de 1972. Publicado en: *ED*, t. 43, 129/143.

¹⁶ Sanción: 04/04/1972 - Promulgación: 04/04/1972 – Publicación en: *B.O.*: 08/05/1972 – *ADLA* 1972 - B, 1847.

¹⁷ Art. 61. -- No deducidas impugnaciones en término o rechazadas las interpuestas, el juez se debe pronunciar sobre la homologación del acuerdo, por resolución fundada, en la que valora:

1. Su congruencia con las finalidades de los concursos de acreedores y si resulta conforme con el interés general.
2. Su conveniencia económica respecto de la conservación de la empresa y la protección del crédito.
3. Las posibilidades de su cumplimiento y las garantías o medidas dispuestas para asegurarlo.
4. La existencia de causales de impugnación no invocadas.
5. Si el deudor, en relación a las causas que provocaron su cesación de pagos y su propia conducta, es merecedor de una solución preventiva.
6. La época y condiciones de la matriculación y la regularidad de su contabilidad. La inscripción luego de comenzado el giro y dentro del año anterior a la presentación, autoriza a presumir que ha sido hecha a los fines de obtener el acuerdo.



DECONOMI

destacaba que disponía que el juez “se debe pronunciar sobre la homologación...”, estableciendo entre los criterios el merecimiento de la solución preventiva (inc. 5 art. 61).

Durante su vigencia, se tramitó el caso “Sasetru”. En este caso, habiendo la resolución de primera instancia denegado la homologación pese a contar con las mayorías legales, la sala D de la CNCom –por mayoría- confirmó el pronunciamiento,¹⁸ fundándose en que el acuerdo empeoraba la perspectiva de cobro e implicaba una conducta contraria al crédito, definiendo también cierta exigibilidad moral de preservar por el deudor la actitud de pagar “cuanto más pueda”. Contrariamente, en disidencia, el Dr. Rivera sostuvo que el parámetro era la conservación de la empresa y el “interés general” no equivale al interés general de los acreedores.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación –en adelante, SCJN- admitió el recurso extraordinario.¹⁹ La mayoría señaló que el fallo de Cámara “discurr[ía] con plausible inquietud ética” pero “se despreocupa[ba...] de la suerte que han de correr las plantas industriales y el valioso capital humano y económico que emplea un conjunto empresario”²⁰ y que la arbitrariedad radicaba en no acatar el principio rector.^{21, 22}

¹⁸ CNCom., sala D, 21/12/1982, “Sasetru S.A., quiebra”. *LL*, 1983-B, 658/677 – *TR LA LEY* 2/45930.

¹⁹ CSJN, 11/10/1984, “Sasetru S.A.C.I.F.I.A.I.E. s/ recurso extraordinario”. *SAIJ*: FA84000525 - JA, 1984-IV, p. 56 – *TR LA LEY* 70027158. En la oportunidad, la mayoría de la Corte fue conformada por los ministros Carrió, Caballero, Belluscio y Petracchi.

²⁰ El considerando 12 dice: “Que el fallo discurre con plausible inquietud ética acerca “del espontáneo rigor moral del concordato” y el “crédito moral para con el deudor” que implica su homologación. Se despreocupa, empero, de la suerte que han de correr las plantas industriales y el valioso capital humano y económico que emplea un conjunto empresario al que sitúa “entre los más importantes del país”, y no se hace cargo de los resultados que pueden derivarse de su extinción, en virtud de la diferencia más que sensible que registran los valores de explotación y los que eventualmente pueden obtenerse con la venta judicial.

“La escueta y aislada referencia sin mayor apoyo de fs. 572 no exime a los magistrados de considerar uno de los elementos de la misma norma que aplican, justamente aquel que por estar vinculado al interés general la doctrina pensó que “tiene que ser celosamente escudriñado por el juez, como ya lo había resuelto la jurisprudencia fundada en el art. 40, de la ley 11.719” (Héctor Cámara, “El concurso preventivo y la quiebra Comentario de la ley 19.551”, vol. II, p. 1121)”. Considerando 12, transcripto íntegramente.

²¹ Concretamente, puede decirse que la mayoría de la SCJN sostiene que el fallo de la CNCom: “satisface sólo de manera aparente la exigencia de constituir una derivación razonada del derecho vigente” (considerando 13), “en relación con la observancia del principio de conservación de la empresa como pauta central para decidir acerca de la homologación del acuerdo propuesto por la fallida y aceptado por la gran mayoría de sus acreedores” (considerando 14).

²² También en el fallo de la SCJN medió la disidencia del Dr. Carlos S. Fayt, quien sostuvo: “15. Que esta Corte no se desentiende de la tendencia actual de la legislación y la doctrina orientada a conservar aquellas empresas que por el capital invertido, mano de obra ocupada, los bienes que producen, lo que



DECONOMI

*Ley 24.522.*²³ Sustituyendo al régimen anterior, la versión originaria de la ley vigente regresó a la prevalencia del interés de los acreedores y explícitamente diferenció empresa y deudor, inspirándose en la protección de la actividad empresarial, del interés de los acreedores y la salvaguarda del interés general.

Su adopción disparó un interrogante: ¿implicaba esto un retroceso general de las facultades jurisdiccionales en torno al acuerdo? Y ¿cómo se interpreta el mandato “el juez dictará resolución homologatoria” (art. 52)²⁴ Adicionalmente, debe considerarse una segunda cuestión: ¿se procura la legalidad formal o la legalidad sustancial?

Entre los fallos dictados durante la vigencia de la versión originaria de esta norma (vigente 1995-2002) se dictaron, entre otros, los fallos en “Covello” y “Línea Vanguard”.

consumen y el efecto multiplicador que tienen sobre la actividad industrial o comercial gravitan positivamente sobre la economía en general. Y valora en su justo límite la disociación entre empresa y empresario como forma de preservar ese tipo de empresa. Pero considera que el principio de la preservación de la empresa tiene sentido cuando ésta se encuentra en marcha y no cuando no lo está. Ello es así, porque dentro del marco del Estado contemporáneo, la separación empresa empresario apareció como un requisito del sistema en correspondencia de los objetivos de crecimiento del consumo y el bienestar social, el pleno empleo, la aplicación constante de la tecnología al proceso productivo, y la economía de mercado con las limitaciones necesarias para suprimir sus consecuencias disfuncionales y por tanto, la lucha contra los monopolios y la defensa de la mediana y pequeña empresa.

“16. Que la función arbitral entre los distintos intereses y su acción económico social, convierten al Estado en una parte del sistema, que se complementa con las grandes empresas y las organizaciones de intereses. En los niveles empresariales se dan diversos estratos, que van desde el sector monopólico al competitivo y de las macroempresas a las medianas y pequeñas. Es en el primer estrato donde se da como estructura habitual interna la separación entre propiedad y gestión y la dispersión en empresas filiales o vicarias, generalmente dependientes en lo fundamental de un único centro de decisión. Estas macroempresas controlan su ambiente, tienen capacidad de autodeterminación y adquieren influencia sobre los poderes públicos, no necesariamente mediante prácticas corruptoras sino mediante otros medios de coerción. En este nivel de la tecnoestructura económica, la empresa es necesariamente una gran organización, no un conglomerado inerte de cosas, y le es de aplicación el principio de que su suerte no está subordinada a la suerte de los directores cuya conducta debe sancionarse por otras vías del derecho. Los jueces con competencia en materia concursal tienen potestad jurisdiccional para determinar con pleno conocimiento de la lógica de cada situación si tal empresa puede sobrevivir y si existen o no posibilidades concordatorias, teniendo en cuenta la realidad económica de la empresa. Este es el ámbito jurisdiccional en que tiene aplicación el principio de la disociación empresa empresario, situación que no se da en el presente caso en razón de las circunstancias examinadas en la sentencia en recurso.

“Por ello, habiendo dictaminado el señor Procurador General se declara procedente el recurso extraordinario y se confirma la sentencia apelada...” (considerandos 15 y 16 del voto en disidencia del Dr. Fayt).

²³ Sanción: 20/07/1995 – Promulgación parcial: *B.O.* 7/08/1995 – *ADLA*, LV-D, 4381.

²⁴ Reitero que su antecedente art. 61 de la ley 19.551 –precedentemente transcripto–, expresaba que: “el juez se debe pronunciar sobre la homologación del acuerdo”. De allí que, ausente un sustitutivo en el régimen que lo reemplazara, surgiera la expresión “cuenta porotos”.



DECONOMI

En “Covello”,²⁵ la sala B de la CNCom, aplicando el nuevo régimen a un procedimiento concursal en trámite y siguiendo el dictamen del Fiscal de Cámara, sostuvo que la norma proporcionaba una directiva para la homologación del acuerdo, pero la misma “no impide la facultad jurisdiccional de realizar un control excedente de la mera legalidad formal, en los casos en los que el acuerdo podría afectar el interés público, teniendo en cuenta el universo jurídico en su integridad, como menciona el Fiscal de Cámara con sustento en los arts. 953 y 1071 del Cód. Civil”.²⁶

En “Línea Vanguard”,²⁷ el juez de grado rechazó la impugnación del acuerdo preventivo interpuesta por un acreedor basado en que el mismo afectaba el orden público y el interés general.²⁸ Apelado el fallo por el impugnante y previa solicitud de confirmación del fallo por la sindicatura, el Fiscal de Cámara, ejerciendo su facultad requirente, postuló que se revoque la sentencia y se rechace la homologación. Al fallar, la sala C de la CNCom²⁹ la revocó haciendo lugar a la impugnación y denegando la homologación, con fundamento en que una propuesta de tales características podría importar un “verdadero ejercicio abusivo de los derechos por parte del deudor, y sobre todo de los acreedores que integran la mayoría”, “que virtualmente desnaturalizaría el instituto del concurso preventivo (art. 1071, Cód. Civil)” y como acto jurídico resultaría “encuadrable en la noción de ‘objeto ilícito’, violatorio de la regla moral

²⁵ CNCom, sala B, 03/09/1996. Covello, Francisca M. s/ quiebra. *LL* 1997-E, 244 – *LLO* AR/JUR/2289/1996 – *TR LALEY* 1/38334, integrada por las Dras. Gómez Alonso de Díaz Cordero, Piaggi y el Dr. Butty

²⁶ Considerando 4. En el mismo sentido, punto 4 del Dictamen del Fiscal de Cámara, Raúl A. Calle Guevara

²⁷ CNCom, sala C, 4/09/2001, “Línea Vanguard SA s/ concurso preventivo”, *LL* 2002-A, 394 - *TR LALEY* 30001231 - *Colección de Análisis Jurisprudencial Derecho Civil- Parte General* - Carlos A. Ghersi, 63 - ED 197, 206 - *Colección de Análisis Jurisprudencial Derecho Concursal* - Director: Julio César Rivera, Editorial LA LEY, 2006, 186 con nota de Julio César Rivera - *TR LALEY* AR/JUR/3387/2001.

²⁸ La propuesta había sido aprobada por la mayoría de los acreedores y consistía en un pago del 40% de los créditos verificados, sin interés, con cinco años de gracia y veinte cuotas anuales a contar desde la homologación (considerando 4).

²⁹ El voto mayoritario fue suscripto por los Dres. Héctor M. Di Tella y Bindo B. Caviglione Fraga. El Dr. José L. Monti votó por sus fundamentos, explicitando compartir íntegramente “lo expresado en lo principal de la resolución” y manifestó que “acorde con la finalidad preventiva que caracteriza a este proceso *...+ y habida cuenta que el rechazo del acuerdo propuesto se basa en circunstancias que podrían revertirse en una reformulación de sus términos, parece factible instar a la instancia de grado para que, sea mediante un nuevo período de exclusividad, sea mediante el procedimiento que arbitre al efecto, acuerde a la concursada la posibilidad de proponer esa reformulación a fin de hacer compatible la propuesta con los principios enunciados precedentemente”.



DECONOMI

ínsita en el art. 953 del mismo Código”.³⁰ Destaca en la decisión el rechazo a circunscribir al control a la legalidad formal –entendida como que los acreedores serían los únicos en situación de decidir y la función jurisdiccional estaría limitada al mero análisis formal de la propuesta- y la adhesión a la conservación de la potestad jurisdiccional de efectuar un control que trascienda la mera legalidad formal.³¹

Ley 25.589. El régimen de la ley 24.522 fue modificado en dos oportunidades durante el año 2.002: por ley 25.563³² y ley 25.589³³ Incliniéndose por el reverdecer de los intereses *supra* acreedores, la segunda procuró reposicionar en la balanza de la homologación, a la protección de la actividad empresarial, el interés de los acreedores y la salvaguarda del interés general. La nueva redacción del art. 52, explicitó las facultades jurisdiccionales denegatorias de la homologación del acuerdo para los supuestos de “propuestas abusivas” o en “fraude a la ley”. Paralelamente, incrementó las facultades homologatorias a través de la incorporación de la facultad de homologar e imponer –cierto que con el cumplimiento de determinados requisitos- un acuerdo que no haya previamente reunido las mayorías previstas en el art. 45 LCQ.

Reciente la reforma, en el caso “Havanna”,³⁴ el juez de grado, analizando un acuerdo preventivo con propuesta de pago del “100% del monto de los créditos quirografarios y/o declarados admisibles, sin intereses y con un único pago a los 3 días de la homologación”,³⁵ resolvió homologar, pero sólo después de cierto despliegue argumentativo y pese a contar con conformidades suficientes y no mediar impugnaciones.³⁶ En la oportunidad, refirió al valor de los

³⁰ Considerando 5, primer párrafo. Ver, asimismo, considerando IV del Dictamen del Fiscal de Cámara, Raúl Calle Guevara.

³¹ Cfr. considerando 5, segundo y tercer párrafo. Seguidamente, la sala se dirigirá derechamente a realizar tal control y concluirá que, en el caso, la combinación de quita y espera implica una quita real de casi el 95%, por lo que tampoco satisfecerían las exigencias mínimas de integridad patrimonial (cfr., considerando 6) y asimismo resalta que las mayorías de capital y acreedores “apenas superaron los mínimos legales (69,86% y 57,81%, respectivamente)” (considerando 7)

³² B.O. 15/2/2002.

³³ B.O. 16/5/2002.

³⁴ JNCom nro. 16, 10/03/2004. Havanna S.A. s/conc. prev. *Sup. CyQ* 2004 (septiembre), 54 – LL 2004-E, 764 – TR LALEY AR/JUR/830/2004.

³⁵ La cita textual corresponde a la propuesta de acuerdo por la concursada, reproducida por el juez Alfredo A. Kolliker Frers en el considerando 2 de la sentencia homologatoria, donde también se relatan otras precisiones respecto de la moneda de pago

³⁶ Cfr., considerandos 3 y 4, respectivamente.



principios generales del derecho, orden público, moral y buenas costumbres para analizar las facultades jurisdiccionales homologatorias.³⁷

Régimen vigente. Desde entonces, las posteriores modificaciones – además de la ley 25.563 y 25.589- al régimen de la ley 24.522, no implicaron cambios, ni directa ni indirectamente, en las facultades jurisdiccionales en torno al acuerdo, su homologación o denegación.

Así, nuestro régimen vigente ha adoptado un enfoque flexible, explicitando sólo aspectos mínimos de contenido de la propuesta, pero sin brindar criterios específicos –ni cuantitativos ni cualitativos- para la denegación de homologación. En otras palabras, sólo los apuntados términos –“propuestas abusivas” o en “fraude a la ley” (art. 52 inc. 4)-, con más la imposibilidad de imponer un acuerdo a los acreedores con privilegio especial que no lo hubiesen conformado (art. 52 inc. 3) informan el análisis respecto de qué acuerdos no deben ser homologados. Contrariamente, el texto es algo más detallado en lo referente a la posibilidad de imposición de un acuerdo carente de las mayorías de ley para el dictado de la resolución de existencia de acuerdo.

IV. Las facultades jurisdiccionales entendidas desde la jurisprudencia

Lo reseñado parece indicar que el régimen de la ley 24.522, con sus reformas –en especial por la ley 25.589- se orienta a balancear el interés de los acreedores con otros que lo exceden, contrapesando una concepción de la crisis e insolvencia como fenómeno de repercusión privada con otro de tendencia a la acentuación de lo público. Tal esfuerzo puede considerarse un híbrido, ecléctico, pero ciertamente ha favorecido el intercambio en doctrina y jurisprudencia.

Desde allí se ha ido delineando un análisis más profundo de las facultades jurisdiccionales en torno al acuerdo y a las evaluaciones de las propuestas concordatarias. Y aunque no podamos propiamente hablar de

³⁷ Resalto que tras subrayar que el régimen vigente confirmaba las facultades judiciales de analizar la propuesta con el criterio mencionado, realizó un minucioso análisis respecto del concreto alcance de las potestades judiciales contraponiendo la eliminación del “control de mérito” al deber jurisdiccional de hacer “valoraciones de distinta índole, entre las que no es dable considerar excluidas a las de naturaleza económica” (del considerando 5, v. sus abundantes citas jurisprudenciales y doctrinarias).



DECONOMI

estándares para la ponderación, resulta útil, a nuestro criterio, reseñar algunos pocos fallos entre los más relevantes y sin desconocer las notables omisiones que haremos, *brevitatis causae*. Veamos.

Caso “Arcángel Maggio”. Desestimadas las impugnaciones y homologado el acuerdo por el juez de grado, la sala A -por mayoría constituida por la Dra. Miguez y el Dr. Viale - de la CNCom hizo lugar a las impugnaciones formuladas y revocó la resolución.³⁸ La mayoría consideró abusiva la propuesta consistente en el pago de un 40% de capital en veinte cuotas anuales, sin intereses, con la primera pagadera a los sesenta meses de la homologación.³⁹ Expresó: que la espera sin intereses funge como una quita, que cuando la espera resulta tan significativa debe darse prevalencia a las facultades denegatorias previstas en el inc. 4 del art. 52, que las cláusulas de la propuesta permiten considerarla “abusiva e irrazonable” y que importan la “desnaturalización del derecho de los acreedores”, que “la obtención de las mayorías legales, es condición necesaria, pero no suficiente para merecer la homologación judicial”, que en las circunstancias del caso “es menester realizar con carácter previo a la homologación el análisis técnico-financiero de las propuestas”, que en la misma se encontraban “actos de liberalidad que resultan inverosímiles”, y que “la buena fe del deudor constituye un requisito esencial a los fines de la homologación”. Contrapuesto con lo anterior, el voto del Dr. Peyrano, en minoría, concluyó que no era abusiva la propuesta -“máxime en los tiempos que corren”-, basándose en el análisis de la noción de abuso y de la validez –o fraude- de las cesiones de créditos acaecidas en autos.⁴⁰

La CSJN confirmó el fallo.⁴¹ Sostuvo que la conformidad de los acreedores es condición necesaria pero no suficiente para obtener la homologación.⁴² Ello fue fundado en que las facultades jurisdiccionales permiten

³⁸ CNCom, sala A, 30/04/2004. Arcángel Maggio. LL 2004-D, 882 – LL 2004-E, 657 con nota de Carlos Alberto Azize - SJA 4/8/2004 - JA 2004-III, 105 - TR LALEY AR/JUR/732/2004.

³⁹ En el considerando se expresó que el “valor actual” de la propuesta homologada era del 12,39% y no de 27,62% como había computado el juez de grado, por lo que la calificó como contraria a la buena fe y a las buenas costumbres

⁴⁰ Cfr. considerando 10 del voto del Dr. Peyrano, en minoría.

⁴¹ Por mayoría conformada por los Dres. Lorenzetti y Fayt y las Dras. Highton de Nolasco y Argibay – ellas por su voto. CSJN, 15/03/2007, “Arcángel Maggio SA s/concurso preventivo s/ incidente de impugnación al acuerdo preventivo”. Fallos 330:834.

⁴² Cfr., considerando 10 del voto de los Dres. Lorenzetti y Fayt.



ejercer un control sustancial de la propuesta, lo que incluye la posibilidad de denegación de su homologación si se la considera abusiva o en fraude a la ley (art. 52 inc. 4º de la ley 24.522), lo que estimó había ocurrido en autos.

Caso “Nef S.R.L.”. Si bien se trata de un caso de nulidad del procedimiento de salvataje, declarada en primera instancia y confirmada por la sala B de la CNCom,⁴³ destaco lo postulado por la Fiscal General, Dra. Gils Carbó. Dictaminó que en el caso “se habría producido una suerte de vaciamiento de la empresa deudora” del que “no sería ajeno quien es el interesado en la adquisición de las participaciones de los socios...”, lo que tornaba imposible “convalidar jurisdiccionalmente una conducta que contraviene la regla del art. 953 del Cód. Civil”.⁴⁴ Al rechazar la apelación, la Sala afirmó que el juez tiene la facultad de realizar un control que excede la mera legalidad formal, teniendo en cuenta la integralidad del ordenamiento jurídico, de lo contrario, estaría incumpliendo con los deberes propios de la función jurisdiccional.⁴⁵

Caso “UAR”. En el caso de la Unión Argentina de Rugby – UAR-, en oportunidad de dictar la resolución de existencia de acuerdo (art. 49), el juez de grado rechazó el pedido y revocó el auto de apertura del concurso, esto fundado en que luego de la apertura del concurso había cesado el estado de impotencia patrimonial del concursado.⁴⁶ El juez rechaza el carácter de “acreedor hostil” de quien no había otorgado la conformidad; para ello, entendió que la finalidad del art. 45 es encauzar el ejercicio del derecho a dar la conformidad “en un marco de regularidad evitando abusos y distorsiones” y que en tal contexto “es deber del juez concursal velar por el cumplimiento de esa finalidad evitando que se

⁴³ CNCom, sala B, 13/04/2005, "Nef S.R.L. s/conc. prev.". LL 2005-E, 744, con nota de Daniel Truffat, "¿Resurrección del artículo 61, inciso 5 de la LEY 19.551?" - JA 2005-III, 86 -TR LALEY AR/JUR/2274/2005.

⁴⁴ Cfr., considerando 8.b).

⁴⁵ También resulta sugerente la decisión de la Sala B, integrada por las Dras. Gómez Alonso de Díaz Cordero y Ana Piaggi –rechazando la apelación- y el Dictamen de la Fiscal General de Cámara en “Romi SRL”. En este supuesto de acuerdo preventivo extrajudicial homologado -en primera instancia-, el acreedor impugnante apeló la resolución que desestimara su oposición. La Fiscal consideró al art. 76 de la ley concursal, violatorio de los derechos de propiedad, defensa en juicio y debido proceso que impone la sujeción al acuerdo de quienes no lo han aceptado. CNCom, sala B, 31/10/2005. “Romi S.R.L.”, LL 2006-B, 617, con nota de Gabriela Boquin – LL 2006-A, 165 - IMP 2006-1, 271 - ED 215, 449 - JA 2006-I, 119 TR LALEY AR/JUR/5094/2005.

⁴⁶ En el caso, un acreedor –respecto del cual se debatía la conformidad tácita y la exclusión de voto- sostenía la inexistencia del estado de cesación de pagos, manifestando que el concursado había confesado su impotencia para hacer frente a sus obligaciones corrientes, para presentarse en concurso haciendo un ejercicio abusivo de su derecho.



DECONOMI

incurra en abusos en el ejercicio de los derechos respectivos, tanto por la concursada como por los respectivos acreedores”.⁴⁷ Seguidamente, resolvió que pese a la ausencia de las mayorías legales, “ello no torna razonablemente posible decretar una quiebra” cuando existe la propuesta de pago como la de autos.⁴⁸ Finalmente, procedió, atendiendo a la realidad económica integral del patrimonio del deudor, a declarar la ausencia de un requisito indispensable -el presupuesto subjetivo concursal-, y sostuvo que “mientras que la apertura del concurso preventivo se realiza sin otro examen que el formal se contrarresta con el examen de fondo que pesa sobre el juez al homologar”.⁴⁹

Caso “Editorial Perfil”. En el caso, la sentencia de grado homologó el acuerdo preventivo pese a la impugnación por algunos acreedores alegando la abusividad de la propuesta. La resolución fue confirmada por la sala D de la CNCom.⁵⁰ Integrada por los Dres. Vassallo, Dieuzeide y Heredia, interpretó que si bien el texto legal tras la reforma según ley 25.589, ha otorgado al juez la facultad de estimar si la propuesta es abusiva, no existen parámetros estandarizados para mensurar la razonabilidad o, su contracara, la abusividad, por lo que “abusivo” es el acto contrario a los fines que tuvo en mira la ley para reconocer el derecho o que excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres.⁵¹ Resaltó asimismo que existe el parámetro de que la propuesta no puede depender de la voluntad del deudor (art. 43), y que habiéndose eliminado el límite de la quita -40%- la razonabilidad de la propuesta y el carácter restrictivo constituyen los dos principios interpretativos cardinales⁵². Desde tal inteligencia, el tribunal interpretó que no se daba un supuesto de abuso del derecho.

Caso “Talleres Reunidos Italo Argentino”. Aquí, la sala F –por mayoría- de la CNCom confirmó la decisión de grado que rechazó la

⁴⁷ Cfr., considerando *iv*).

⁴⁸ Considerando *v*. La propuesta consistía en el pago del 100% del monto verificado, más intereses devengados desde la fecha de presentación en concurso preventivo, calculados a la tasa LIBOR trimestral, pagadera dentro de los cinco días de que quedara firme la homologación (cfr., considerando *I.c.*).

⁴⁹ Considerando *vi.c*).

⁵⁰ CNCom, sala D, 19/09/2007. “Editorial Perfil S.A. s/ conc. prev.” *IMP* 2007-21, 2007 – *LL* 2007-F, 338 – *LL* 2007-F, 660 con nota de Francisco Junyent Bas - *DJ* 19/03/2008, 734 - *ED* 225, 347 - *TR* *LALÉY AR/JUR/5688/2007LLO*

⁵¹ Cfr. considerando *VI.a*).

⁵² Cfr. considerando *VI.c*).



homologación y designó coadministración para preservar el patrimonio, hasta tanto quedara firme la decisión.⁵³ La mayoría -integrada por los Dres. Ojea Quintana y Rafael Barreiro- sostuvo, con numerosa cita de doctrina y jurisprudencia, que el juez no se encuentra obligado, en todos los casos y en forma absoluta e irrestricta, a dictar sentencia homologatoria.⁵⁴ Apoyados en ello, interpretaron que resulta improcedente la homologación, pese a contar con las mayorías legales, cuando la propuesta vulnera el orden público económico, por dañar la protección del crédito, en tanto debe “siempre prevalecer el interés general del comercio, del crédito y de la comunidad en general por sobre el individual de los acreedores o del propio deudor”. En disidencia, la Dra. Tévez interpretó que previamente deberían remitirse las actuaciones a primera instancia para que se decidiera en torno a la validez o invalidez de la transferencia de acciones de la concursada.

*Caso “Rossi, Eudaldo”.*⁵⁵ Ante la impugnación planteada por un acreedor –efectuada conforme art. 50-, la sentencia de grado rechazó la homologación de la propuesta por considerarla abusiva y ordenó mejorarla fijando ciertas pautas mínimas al efecto. Impugnada tal resolución por el acreedor y ante el agravio respecto de las pautas mínimas fijadas, la Sala D de la CNCom interpretó que comoalzada podía declarar la abusividad de la segunda propuesta, descalificando así las pautas establecidas en primera instancia.⁵⁶ Expresó que sin perjuicio de no corresponder a la judicatura dar indicaciones sobre el contenido de la propuesta sino solamente controlar su legalidad, la intervención en la alzada se justificaba para evitar mayor dilación.

Caso “Vicentín SAIC”. De ineludible valor para este análisis es el estudio de este caso, cuyas resoluciones de primera⁵⁷ y segunda instancia⁵⁸

⁵³ CNC, sala F, 24/04/2012. Talleres Reunidos Italo Argentino S. A. s/ concurso preventivo. LL 2012-C, 499 – LL 2012-C, 499 con nota de Claudio Alfredo Casadío Martínez - LL 2012-D, 122 con nota de Alberto Víctor Verón - DJ 19/09/2012, 79 - TR LALEY AR/JUR/12698/2012.

⁵⁴ Cfr., considerando 3.a.

⁵⁵ CNCom, sala D, 05/12/2023. Rossi, Eudaldo Agustín s/ concurso preventivo. TR LALEY AR/JUR/167083/2023.

⁵⁶ Considerando 6º.

⁵⁷ Juzgado de primera instancia en lo civil y comercial, 2da. nom., Reconquista (Santa Fe), 03/10/2023. “Vicentín SAIC s/ concurso preventivo”.

⁵⁸ CCiv, ComyLaboral, Reconquista, 06/03/2024. “Vicentín SAIC s/ impugnación a la propuesta de acuerdo preventivo”. *Revista Argentina de Derecho Concursal* - Número 36 - Marzo 2024 - IJ-V-CDVIII-242 - *JA Litoral* 2024 (mayo), 10 con nota de Gastón Alejandro Montagna - *JA* 2024-II con nota de Gastón Alejandro Montagna - *TR LALEY AR/JUR/20093/2024*.



DECONOMI

exhiben argumentos interesantísimos para este debate. Omitiré su tratamiento por encontrarse el caso al presente sujeto a recurso de inconstitucionalidad.

V. El régimen vigente y los ejes del debate

El régimen vigente dispone de dos etapas para la aprobación de un acuerdo: la primera es la aquiescencia por las mayorías requeridas de acreedores (art. 45); la segunda es la homologación por el juez concursal.

Respecto a la segunda, para la homologación judicial pese a la carencia de las mayorías requeridas en el art. 45, el art. 52 inc. 2.b.iii explicita una regla básica de justicia y es que para imponer la homologación a los acreedores o clases disidentes, debe ofrecérseles un monto igual o mayor al que recibirían en una hipotética liquidación posterior.

No existe un estándar legal semejante para la primera, fuera de la expresión “propuesta abusiva o en fraude a la ley” (art. 52 inc. 4). Por ello, en estos casos, sólo el cumplimiento satisfactorio de las dos etapas permite que el acuerdo adquiera efecto vinculante, determinando los derechos de cada acreedor, incluyendo a los minoritarios disidentes y aún a quienes lleguen más tarde. El rol judicial en la segunda etapa no está explicitado como un análisis del merecimiento, ni de la viabilidad de cumplimiento; tampoco se impone analizar si un acuerdo diferente sería preferible para los acreedores o terceros. En tal sentido, antes de homologar, cada juzgador debe estudiar si las mayorías han sido apropiadamente obtenidas (v. art. 50) y con las mayorías necesarias (art. 45). De existir, analiza las impugnaciones fundadas en las causales expresamente previstas, que incluyen distintos supuestos que podrían calificarse de “fraude” por el concursado con o sin concurrencia de acreedores o terceros. Al respecto, los pocos precedentes citados reflejan cierta diversidad en el desempeño de esta actividad, a la vez que algunas similitudes.

Veamos seguidamente algunos ejes de debate:

Integración del derecho concursal al derecho privado patrimonial.

Resulta indudable que la modificación del art. 52 por la ley 25.589 ha ejercido fuerte influencia al recibirse la sustitución del texto como una distinta opción legislativa. Es que del desigual tenor literal del “juez dictará resolución



DECONOMI

homologatoria” a “el juez debe pronunciarse sobre la homologación del acuerdo” se desprende una divergencia significativa que obliga al intérprete a trascender de una hermenéutica fragmentaria de las normas concursales respecto del resto del ordenamiento jurídico. Entiendo esto acentuado por la entrada en vigencia del CCyCom y su explicitación normativa que impulsa interpretaciones armónicas que doten de coherencia al sistema de derecho privado (art. 1; 2; 9; 10; 12; etc.). En síntesis, la opción legislativa consagra facultades jurisdiccionales expresas tanto para homologar sin las conformidades suficientes (art. 52.2) como para denegar la homologación pese a existir las mayorías de ley (art. 52.4), recurriendo a la integración del ordenamiento positivo,⁵⁹ forzada por la insuficiencia de parámetros específicos de la ley concursal.

La tensión entre autonomía de la voluntad y el interés general. Otra cuestión es la relativa al límite para el ejercicio de las facultades jurisdiccionales. Aquí se vislumbra la tensión inherente a dos perspectivas: por un lado, el ejercicio de la autonomía de la voluntad de los acreedores y los intereses privatísticos, y por el otro, la protección del interés general, en sus diversos perfiles –protección del crédito, del mercado y el orden económico, protección de la empresa, protección del empleo, etc.-, por el otro. Esta tensión define el perfil de la judicatura y el ejercicio de sus facultades ante el acuerdo y su homologación. ¿Se trata de un juez “cuenta porotos” o de uno atento a las premisas generales de todo el ordenamiento jurídico?

Sobre la especie de control a realizar. Siguiendo el análisis, las distintas respuestas acentúan la diversidad factible en el empleo de las potestades jurisdiccionales al momento de considerar y, eventualmente, homologar el acuerdo. Concretamente, si bien no puede negarse que hay un implícito control de conveniencia social al recurrir a “la conservación de la empresa” o “la preservación de los puestos de trabajo”, mucha jurisprudencia se ubica entre un control de legalidad formal o un control de legalidad sustancial superando la legalidad formal.

Y en este último de los supuestos - control de la legalidad sustancial- renace el debate respecto de los parámetros para efectuar tal control; así, los

⁵⁹ El texto legal reza: “4. En ningún caso el juez homologará una propuesta abusiva o en fraude a la ley.”



más nóveles perfiles de tal control vuelven a traer a consideración el cuándo y el cómo puede considerarse a una propuesta abusiva o en fraude a la ley.⁶⁰

El trato equitativo y su proyección. Queda también, desde un ángulo más amplio, analizar si debe exigirse del acuerdo que permita la recuperación del concursado. O, si debe resultar evidente que no perjudica los derechos e intereses de ¿los acreedores?⁶¹, ¿la comunidad en general? O si las previsiones del acuerdo -y el plan para su cumplimiento- se ajustan razonablemente a los sacrificios que realizarán los acreedores y el mismo asegura “trato equitativo entre acreedores similares”.⁶² ¿Incluye esto el análisis de la posibilidad de cumplimiento del acuerdo?⁶³

Finalmente, en este eje del debate se agrega el rol de la jurisdicción ante la vulnerabilidad ontológica, con su protección constitucional y convencional constitucionalizada (art. 75 inc. 22 CN), basada en condiciones existenciales de las personas. Se despliega aquí el imperativo de propender a la tonificación de la situación de quienes han visto desaparecer la posibilidad real -*vulnus* por huida y *abilis* por posibilidad- de ejercer concretamente los derechos en condiciones equitativas con los demás. ¿Cabe aquí preguntarse en qué medida y modo pueden en la oportunidad efectuarse correcciones de estas asimetrías?

La información disponible a la hora de considerar la homologación en el período de exclusividad. Como es sabido, la “dirección del proceso” (art. 274)

⁶⁰ El texto legal reza: “4. En ningún caso el juez homologará una propuesta abusiva o en fraude a la ley.”

⁶¹ Por ejemplo, a través de la «prueba del interés superior de los acreedores»: una prueba que se supera si se demuestra que ningún acreedor disidente se vería perjudicado por un plan de reestructuración en comparación con la situación de dicho acreedor si se aplicase el orden normal de prelación en la liquidación según la normativa nacional, tanto en el caso de liquidación de la empresa, ya sea mediante liquidación por partes o venta de la empresa como empresa en funcionamiento, como en el caso de la mejor solución alternativa si no se hubiese confirmado el plan de reestructuración” (art. 2.1.6 de la DIRECTIVA (UE) 2019/ 1023, disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32019L1023> .

⁶² Los estándares internacionales son claros en este punto: “La aprobación del plan debe basarse en criterios claros dirigidos a lograr la equidad entre acreedores similares, el reconocimiento de las prioridades relativas y la aceptación de la mayoría, y que a la vez ofrezcan a los acreedores o las clases disidentes un dividendo igual o superior al que podrían recibir en un procedimiento de liquidación.”. Principio C14 del Banco Mundial, en versión revisada de 2021, *Banco Mundial Principios y líneas rectoras para sistemas eficientes de insolvencia y de derechos de los acreedores*.

⁶³ Nótese que esto no es requerido por los estándares internacionales relativos al tema. Ver, *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia - Partes Primera y Segunda* (2004), disponible en: https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/05-80725_ebook.pdf (última consulta: 10/05/2024), en particular, recomendación 152 y los *Principios* del Banco Mundial, antes mencionados.



DECONOMI

se orienta a potenciar la autoridad judicial, dotándola de facultades que encauzan la protección de los intereses públicos, de la mano de la indisponibilidad de ciertas situaciones materiales. Este marco da a la judicatura el control de la actividad procesal, comprendiendo tanto la dirección, con mayor amplitud de facultades discrecionales, como cierta promoción de la actividad investigativa orientada a la recolección de información. Esto habilita que los reconocimientos y admisiones de las partes no tengan carácter suficiente en el acuerdo, ni eximen a la judicatura de realizar otras tareas de investigación.

Dicho en otros términos, resulta de capital importancia la información inicial suministrada por el concursado (arts. 11 incs. 3 y 4; v. también art. 72 incs. 1 y 4) u otra que pueda surgir de sus libros (art. 14 inc. 5) o de peticiones que realice (arts. 16; 20), a las que se le agregará la que contenga la propuesta de acuerdo (art. 43); y la provista por la Sindicatura a través de los informes del art. 14 inc. 11 y 12; 35; 39 y de cualquier otra vista corrida o información solicitada por el juez o surgida de su labor funcional (arts. 33; 254; 257 y 274). Empero, la dirección del proceso requiere ser ejercida durante el avance del procedimiento y conforme el mismo avanza, no limitándose así al análisis del contenido, es decir, sin esperar a la oportunidad de analizar la homologación para referir aspectos que hayan podido advertirse con anterioridad. Pues esperar al momento de la homologación para denegarla, importaría tanto como no ejercer la dirección sino limitarse a un rol propio de un procedimiento de tinte acusatorio, para luego modificar la perspectiva y adoptar el principio procesal inquisitivo retratado en la concepción del juez director del proceso, para negar la homologación.

Todo esto claramente propende a una judicatura técnicamente especializada y atenta, que cuente con información, con habilidades para analizarla y experiencia para resolver en tiempos útiles, sin caer en “una suerte de apuesta a lo porvenir”.⁶⁴ ¿Es esto propender a un juez “empresario”? Probablemente no, pero sí favorecer una judicatura que entienda situaciones de

⁶⁴ Del considerando 14 del voto del Dr. Fayt, en "Sasetru" -cit.-, quien allí también señala que “La lógica interna de esta situación conduce a extremar las exigencias para disminuir el coeficiente de inseguridad objetiva con el fin de asegurar los intereses comprometidos”



crisis, atienda a la legislación especial y simultáneamente, no desatienda a las instituciones del sistema de derecho privado como conjunto.

VI. Reflexiones finales abiertas

1. Resulta claro que “los tiempos que corren”,⁶⁵ la “concordancia con las finalidades de la ley”, o las urgencias de cada época, alientan cierta flexibilización de criterios para facilitar las soluciones preventivas, generadas por el propio deudor o incluso por un tercero. A su lado, otros conceptos, como “discriminación de acreedores”, “capacidad de pago”, “valor actual de la propuesta”, ofrecen nociones, criterios, “pautas”.

Elas suelen ser analizadas, debatidas e incluso promovidas desde la doctrina; pero la legislación concursal argentina ha permanecido, durante más de dos décadas, reticente a adoptarlas, incluso habiendo transcurrido la pandemia del denominado Covid 19. Sin perjuicio de ello, han funcionado como “pautas” que, en oportunidades, ha recibido la jurisprudencia para dar resolución a casos concretos. En mucho, la entrada en vigencia del CCyCom las ha vigorizado mediante el inequívoco mandato de procurar una hermenéutica que armonice el sistema.

¿Pueden ellas expandirse para convertirse en reglas o premisas generales? ¿No habrá llegado el momento de delinear una política legislativa al respecto? He aquí otro debate de sumo interés que queda aquí planteado.

2. Si el concurso preventivo es un “modo colectivo de regular el pasivo”, y es un modo “colectivo” no plural⁶⁶ que, tras el fracaso de las soluciones puramente privadas, requiere de la participación del Estado -a través del juez concursal- para la resolución del conflicto de ese “colectivo” conformado por los acreedores alcanzados por el acuerdo, el alcance de la actividad jurisdiccional en oportunidad de analizar la pertinencia de la homologación luce como el quicio

⁶⁵ En expresión empleada por el Dr. Peyrano, como integrante de la Sala A de la CNCom, en el caso “Arcángel Maggio” –cit.- y lamentablemente aplicable a “nuestros tiempos”.

⁶⁶ Esto lo distingue del avenimiento en el que no se requiere simultaneidad ni identidad de propuesta. Cfr., por todos: Adolfo A. N. ROUILLON. *Régimen de concursos y quiebras. Ley 24.522*. 17a. ed. Buenos Aires, Astrea, 2016, p. 369.



DECONOMI

de encuentro de los intereses involucrados; he aquí la importancia de la reflexión respecto de la misma.

Ahora bien, no puede olvidarse que cada nueva facultad y su contracara, el deber que recae sobre la judicatura, cada “test” que se pretenda realizar para la ponderación judicial, implica costos, costos en tiempo, en información previa requerida y en *expertise* del asesoramiento –y remuneración– que reciba la judicatura y de cierta especialización en ésta. Es que la búsqueda de equidad en las prestaciones es compleja. Para asumir los costos mencionados, habrá también que admitir la necesidad de generar ciertos estándares legales que iluminen con criterios claros quizás con presunciones que admitan pruebas en contrario, pero que adecuen o afinen, en algo, las nociones de “abuso” o “fraude a la ley” cuando se aplican a una propuesta de acuerdo, en tanto estos conceptos jurídicos de por sí indeterminados, son susceptibles de interpretaciones variadas y en oportunidades divergentes.

3. Por último, es un valor común enfatizar la celeridad como regla en materia de procedimientos judiciales concursales. Ante ello, ¿qué fines autorizan a justificar alongamientos de los plazos y demoras en la homologación judicial?

Puede argumentarse que aquello que suele denominarse “inteligencia artificial”, como rama de la informática focalizada en la creación de sistema que emulen el razonamiento humano y lo traduzcan en acción, podría aportar soluciones de mayor precisión en el análisis de datos, permitiendo así mayor productividad. Seguramente será provechosa su colaboración. Pero no parece que a la fecha pueda estarse a resultados de sus posibilidades generativas.

Pero en todo, no puede olvidarse que, para el juicio de ponderación jurisdiccional, más información, más análisis, conllevan tiempo, algo que a los humanos nos es esquivo, y a la judicatura también. La búsqueda de la *divina proportione*, del número áureo, puede ser apasionante, pero pareciera requerir una judicatura que opere en otras circunstancias. Quizás busquemos un Da Vinci...



“Desterrar la quiebra sanción”

por Victoria Ambrosini ⁶⁷ y Martín Coraita ⁶⁸

Abstract: La sentencia de quiebra importa la inhabilitación de la persona humana fallida, entre las consecuencias personales derivadas de tal estado. En supuestos de quiebras de consumidores, empleados en relación de dependencia y cuyo activo está conformado por su remuneración, deberá trabarse el embargo sobre la misma en el porcentaje que por ley corresponde, el que debe levantarse al año de la resolución de quiebra, oportunidad en la que corresponde se dicte el cese de la inhabilitación, sin que el embargo de haberes pueda extenderse en el tiempo por importar una denegación de la tutela judicial efectiva y contrariar el principio “pro homine”.

Sumario: 1. Introducción. 2. Antecedentes. 3. Inhabilitación y desapoderamiento del fallido. 4. Tutela judicial efectiva. 5. La orientación de la jurisprudencia imperante. 6. Conclusión.

I. Introducción

Nuestro régimen concursal vigente carece de una regulación específica aplicable a los consumidores que atraviesan una situación de insolvencia. Cuando los mismos se encuentran en estado de cesación de pagos y su activo, en el mejor de los casos, se limita a un salario con el límite previsto para su embargabilidad, la única herramienta legal con la que cuentan para resolver esta situación es la quiebra voluntaria.

Ahora bien, resulta conocido que el Derecho del Consumidor en nuestro país, desde la garantía constitucional, hasta su fortalecimiento a través del Código Civil y Comercial, tiene un notorio direccionamiento en el sentido de la protección jurídica del sujeto débil, vulnerable en las relaciones de

⁶⁷ jueza a cargo del Juzgado de Concursos, Quiebras y Sociedades de 2ª Nominación de la Provincia de Salta

⁶⁸ juez de la Cámara de Apelaciones Civil y Comercial –sala V- de la Provincia de Salta



DECONOMI

consumo. La debilidad y vulnerabilidad estructural de los consumidores en el mercado, se verifica a través de las asimetrías negociales, técnicas, informativas, etc. Ello justifica elevar a la protección del consumidor como principio jurídico.

El Derecho del Consumidor goza en nuestro país, de un rico complejo de normas vigentes, que exige una profunda armonización (y sistematización) entre los distintos componentes de este sistema de protección jurídica: esencialmente, la Constitución Nacional (arts.42 y 43) y los instrumentos internacionales por ella incorporados (art. 75 inc.22); la ley especial 24.240 con sus modificaciones y el Código Civil y Comercial, las que en conjunto contienen principios, garantías y derechos que amparan al consumidor.

La implementación del Derecho del Consumidor, en aplicación de las normativas vigentes, emergentes de la ley especial 24.240, en diálogo con aquellas incorporadas en el Código Civil y Comercial de la Nación, debe efectuarse siempre con la Constitución Nacional como norte (arts. 42, 43 e instrumentos internacionales incorporados por el art. 75 inc.22), y con un notorio direccionamiento en favor del consumidor, en función del principio protectorio (Defensa del consumidor, diálogo de fuentes y principio de protección, Stiglitz, Gabriel A., Revista de Derecho del Consumidor – N° 1, Noviembre 2016, cita: IJ-CCXVIII-919).

El ordenamiento jurídico debe ser aplicado en forma armónica, recurriendo a un diálogo de fuentes, donde la ley concursal debe aplicarse en consonancia, continuando con tal protección a estas personas humanas en estado de insolvencia, en lo que resultaría la intersección de dos leyes especiales y de orden público, llamadas a ser aplicadas para entender en diferentes aspectos de una misma problemática.

Por otro lado, encontrándose abarrotados los juzgados de quiebras voluntarias de consumidores, siendo éstas un trámite de corte cuasi administrativo, es razonable pensar en la necesidad y conveniencia de una legislación que regule estos procesos bregando por una mejora en el sistema de administración de justicia.

II. Antecedentes.



DECONOMI

La ley 25.422 derogó los artículos 235 a 255 de la antigua ley 19.551, eliminándose el incidente de calificación de conducta y se reemplazó por una inhabilitación automática del deudor, la que comienza a correr desde la fecha de la sentencia de quiebra y cesa de pleno derecho al año de su dictado, o desde que fuere fijada la fecha de cesación de pagos conforme lo previsto en el art. 235 LCQ, segundo párrafo, salvo que se dé alguno de los supuestos de reducción o prórroga a que aluden los párrafos siguientes.

Ese plazo de un año, dispone el art. 236, podrá ser reducido o dejado sin efecto por el juez, a pedido de parte y previa vista al síndico, si, verosímilmente, el inhabilitado –a criterio del magistrado- no estuviere prima facie incurso en delito penal.

Por último, dicha inhabilitación se prorroga o retoma su vigencia si el inhabilitado es sometido a proceso penal, supuesto en el cual durará hasta el dictado de sobreseimiento o absolución y si mediara condena, hasta el cumplimiento de la accesoria de inhabilitación que imponga el juez penal, concluye la norma.

Indudablemente cuando el legislador redactó el artículo, no solo pretendió atenuar aquella “quiebra sanción” de antaño, sino que nunca imaginó que hoy, año 2024, nos encontraríamos con innumerables pedidos de propia quiebra solicitados por consumidores (generalmente empleados bajo relación de dependencia del sector público, policías, maestros, empleados del poder judicial, del ministerio público, vialidad, rentas, etc.) con un mismo denominador común: carecen de bienes y sus acreedores son sólo bancos o “prestamistas”, que posibilitaron el acceso al crédito del consumidor de imposible devolución.

Dichos créditos dinerarios o a través de compras financiadas llevaron a este sector de la población a una asfixia económica encontrándolos con la totalidad del salario embargado y con la quiebra como única herramienta legal para poder “comenzar de nuevo”.

Alguna vez escuchamos sobre los derechos a “la esperanza”, a “comenzar de nuevo”, a “consumir”, como derechos básicos que deben ser respetado a los seres humanos.



Entonces, desde la óptica del derecho concursal, en los casos en que son personas humanas las involucradas en procesos falenciales, con situaciones de insolvencia trágicas, deberíamos desterrar definitivamente la quiebra como sanción y, en cambio, permitir al consumidor que se somete voluntariamente al proceso falencial, que lo transite con normalidad y en realidad le permita volver a “empezar”.

III. Inhabilitación y desapoderamiento del fallido.

Existen antecedentes jurisprudenciales aislados, relativos a quiebras de consumidores en los que a pesar de la rehabilitación del fallido en los términos del art. 236, se mantiene el embargo sobre sus sueldos –muchas veces a pedido de las sindicaturas- con fundamento en que lo obtenido del embargo durante ese año no alcanza mínimamente a pagar los gastos.

Justamente en estos particulares supuestos para erradicar la quiebra sanción debemos respetar a rajatabla el plazo de rehabilitación y el fin de los efectos del desapoderamiento que acarrea su finalización.

Así, en la misma resolución que dispone el cese de la inhabilitación del fallido, debe ordenarse el levantamiento del embargo sobre el salario decretado en la sentencia de quiebra y, de ese modo, concluir la etapa de desapoderamiento.

Además, la inteligencia del art. 107 no deja margen de dudas. El fallido queda desapoderado de pleno derecho de sus bienes existentes a la fecha de la declaración de la quiebra y de los que adquiera hasta su rehabilitación.

En los supuestos a los que nos referimos en este trabajo en particular, se trata de consumidores que carecen de bienes registrables, se desempeñan en relación de dependencia y llegan a la demanda de propia quiebra con la totalidad del salario indisponible. En estas circunstancias, la declaración de quiebra directa les representa un alivio instantáneo, una bocanada de aire fresco, atento a que junto a su declaración se ordenará el cese de las retenciones que la empleadora practica por planilla (o bien en cumplimiento de órdenes judiciales)



DECONOMI

sobre el salario, debiendo los acreedores insinuarse en los términos del art. 32 y 200 de la LCQ.

Como no poseen activo (bienes), en cumplimiento del desapoderamiento se les embarga el 20% del salario, resultando el único embargo posible hasta la fecha de su rehabilitación, lo que conformará el activo de la quiebra a los fines de la futura distribución.

Y acá nos queremos detener. El desapoderamiento es el efecto asegurativo que permite mantener intangible el patrimonio, para liquidarlo y distribuir su producido entre los acreedores. No requiere, para operar con plenitud y eficacia, materialización ni exteriorización alguna, sino que es un efecto implícito en la sentencia de quiebra.

La extensión del desapoderamiento está prevista por la ley, de orden público, que no puede ser dejada de lado bajo ninguna circunstancia.

Por un lado, el art. 106 de la LCQ, señala que la sentencia de quiebra produce el desapoderamiento como efecto falencial y, por otro lado, el art. 107, primera parte de la LCQ, dispone la extensión de dicho desapoderamiento, el cual se produce ipso iure –desde la sentencia- respecto de los bienes existentes a la fecha del decreto de quiebra y los que adquiriera el fallido hasta el cese de la inhabilitación.

En esta perspectiva, es dable afirmar entonces que los bienes que integran el desapoderamiento son además de los presentes (existentes al momento de la declaración de quiebra), los futuros, o sea, los que se incorporen con posterioridad a dicha declaración en tanto y en cuanto no cese la inhabilitación del fallido, tal como lo estipula el art. 236 de la LCQ.

Situados en la quiebra del consumidor que no posee bienes, debemos embargar el 20% de su salario a partir de la sentencia de quiebra y dicho embargo necesariamente debe levantarse en oportunidad de dictarse la resolución del cese de inhabilitación, por lo que el embargo durará indefectiblemente un año, con prescindencia del importe que se recaude.



DECONOMI

Es fundamental destacar que los casos a los que referimos son donde los consumidores llegan a su quiebra sin ninguna presunción de fraude en el camino.

Siguiendo entonces la línea argumental de la LCQ, en sus arts. 106, 107 y 236, los bienes –salarios en nuestro caso- adquiridos con posterioridad a la rehabilitación escapan al ámbito del desapoderamiento, incluso cuando se trata de retribuciones periódicas o salarios percibidos como consecuencia del ejercicio de actividades admitidas por el art. 104 LCQ.

Los distintos intereses afectados por la insolvencia, sus graves repercusiones y los diferentes sujetos involucrados que aspiran a una tutela legal efectiva, también la necesidad de (resolver conforme a derecho) realizar justicia, así como los principios orientadores elaborados a través de la historia explican la existencia de una legislación especial y de orden público, la concursal, que responde a los conflictos intersubjetivos producidos por la insolvencia patrimonial en forma distinta de como lo hace el derecho común.

Se busca proteger conjuntamente los derechos de los acreedores y la dignidad del deudor. Entonces, cabe preguntarse ¿En qué consiste el respeto por la dignidad del deudor, si es que no lo dotamos de herramientas legales que le permitan sanar su estado de insolvencia, sin ser castigados por ella?

La dignidad de la persona debe ser respetada conforme a los criterios generales que surgen de los Tratados de Derechos Humanos;

Seguramente, los consumidores sin bienes en algunos casos terminarán sus procesos falenciales por falta de activo, con lo cual y en virtud de la presunción de fraude que prevé la ley frente a éstos casos será llevado a la justicia penal para analizar su conducta (art. 233). En sede penal se determinará o no la existencia de fraude por lo que, en principio, ninguna otra sanción corresponde le sea aplicada.

Entendemos que la extensión del embargo sobre los haberes más allá de la rehabilitación del fallido opera como una sanción inadmisibles frente al deudor, sin perjuicio del carácter alimentario que tienen los honorarios de la sindicatura y que son invocados como fundamentos de dicha extensión, puesto



DECONOMI

que más allá del criterio aplicado por el juez de la quiebra al regular los honorarios, lo cierto es que la sindicatura no podrá cobrar una suma superior al activo realizado, es decir –en estos supuestos- a la suma recaudada como consecuencia del embargo sobre haberes a lo largo de un año.

Bajo este argumento, en algunos supuestos los síndicos no se oponen al cese de la inhabilitación, pero solicitan que se mantenga el embargo de haberes hasta tanto se cubran los gastos, siendo un argumento atendible, aunque contrario a las previsiones de la ley, lo que imposibilita su materialización.

Es dable recordar que cuando una disposición jurídica es clara, precisa y razonable, su prioritaria y lógica interpretación es la literal (CJS, Tomo 215:803), en tanto la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha resuelto que no es admisible una interpretación que equivalga a la prescindencia del texto legal (Fallos, 300:687; 301:958) desde que la primera fuente de hermenéutica de la ley es su letra.

IV. Tutela judicial efectiva.

La tutela judicial efectiva es un derecho humano fundamental de naturaleza constitucional y supranacional (art. 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos —ONU, París,1948—, art. XVIII de la Declaración Americana de Derechos Humanos —OEA, Bogotá, 1948—, art. 2.3 —ap. "a" "b" y "c"— del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos —ONU, 1966—, art. 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos —San José, Costa Rica, 1969—, art. 14, 16, 18, 43 y 75.22 de la CN, 15 de la Const. de la Provincia de Buenos Aires, entre otros).

González Pérez define este derecho a la tutela como el derecho de toda persona a que se le "haga justicia"; a que cuando pretenda algo de otra esta pretensión sea atendida por un órgano jurisdiccional, a través de un proceso con garantías mínimas ("El derecho a la tutela jurisdiccional", Ed. Civitas, 3a. edición, Madrid, España 2001, p. 33).



DECONOMI

Es un derecho que se caracteriza por ser consustancial al hombre mismo y propio de su naturaleza, y por tal razón es calificado como un derecho fundamental. El contenido del derecho a la tutela judicial efectiva es amplio, y despliega sus efectos en tres momentos: el acceso a la justicia, el desarrollo del proceso y la ejecución de la sentencia.

Allí se incluye —entre muchos otros aspectos que conforman una lista no taxativa— el derecho a ocurrir ante los tribunales y obtener una sentencia útil, acceder a una instancia judicial ordinaria para lograr el control judicial suficiente sobre lo actuado en sede administrativa, acceder a un juez natural e imparcial, a la eliminación de trabas que impidan u obstaculicen el acceso a la jurisdicción, a peticionar y obtener tutelas cautelares, al aseguramiento del derecho a ser oído y ofrecer y producir prueba antes de la sentencia, a una decisión fundada, al recurso, a la ejecución oportuna de la sentencia, al desarrollo de un proceso en un plazo razonable, a contar con asistencia letrada, etcétera (Regulación legal de la tutela judicial efectiva y el debido proceso. ¿Es posible esa regulación dentro del Código Civil?, Rosales Cuello, Ramiro - Marino, Tomás; LA LEY 16/09/2014, LL 2014-E, 880).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dicho que el acceso a la justicia constituye una norma imperativa de Derecho Internacional, y que implica que los Estados no deben interponer obstáculos a las personas que acudan a los jueces o tribunales con el fin de que sus derechos sean determinados o protegidos.

Como garantía del ciudadano frente al Estado, la tutela judicial efectiva conlleva el indelegable deber de aquel de remover todo obstáculo irrazonable que impida el real e igualitario acceso de los ciudadanos a los tribunales, y el aseguramiento de la eficacia de éstos últimos a la hora de prestar el servicio de justicia que cumpla los presupuestos básicos que le son encomendados: remover el conflicto y mantener o restablecer la paz quebrantada o amenazada de quebrantarse.

Toda "tutela", por definición, conlleva una protección, un resguardo o una defensa que incluye a todos los medios o facultades integrantes del haz de herramientas que brinda el derecho para asegurar y posibilitar su eficacia; y esa



DECONOMI

tutela es "judicial" en la medida en que es brindada por organismos jurisdiccionales.

Pero esa protección debe cumplir un recaudo fundamental. La tutela ha de ser además, y muy especialmente, de tipo "efectiva", lo que significa que el proceso —o cualquiera de las otras herramientas de las que se valga el Estado— no debe reducirse a un moderno esquema normativo y un sólido sustento teórico que le de fundamento, sino que en la práctica —y a través de la aplicación diaria en los órganos jurisdiccionales— deben producir resultados útiles, concretos y perceptibles, que afecten la vida de los ciudadanos y satisfaga las legítimas expectativas que éstos tienen sobre su rendimiento.

Y en este contexto, el debido proceso legal aparece también como una garantía constitucional intrínsecamente vinculada al derecho a una tutela judicial efectiva.

Sabemos que el proceso es el medio o el instrumento del cual se vale el Estado para cumplir la función jurisdiccional que se la ha asignado y de la cual se valen los habitantes para alcanzar el derecho a la tutela. Pero no es con el diseño y establecimiento de cualquier tipo de proceso que se cumple con el deber del Estado de satisfacer el derecho a la tutela.

En esta inteligencia, la forma de tutelar al justiciable que reviste carácter de consumidor / fallido es respetar lo dispuesto en el art. 107 LCQ, esto es el fin del desapoderamiento.

V. La orientación de la jurisprudencia imperante.

Así como la quiebra nació como un proceso que consideraba al fallido como un defraudador, según el viejo aforismo romano "*decoctor ergo fraudator*", hoy la legislación regla determinados aspectos relativos a la presunción de fraude del deudor cuando la falencia se clausura por falta de activo.

Corresponde afirmar que la presunción de fraude prevista en el art. 233 LCQ no es consecuencia de una valoración jurisdiccional, sino de una disposición del legislador extraída de la situación objetiva que provocó la clausura.



DECONOMI

En este sentido, el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba expresó que el cumplimiento de dicha norma no está supeditado a la valoración de las circunstancias particulares que el juez concursal pueda realizar en cada caso concreto, sino que es el juez penal a quien corresponde la dilucidación y se fundamenta en la evidente autonomía que tiene la acción penal con relación a la situación concursal. El principio de inocencia y la tipicidad penal exigen que el fiscal de instrucción investigue la configuración de todos los elementos del eventual ilícito (Tribunal Superior Justicia de Córdoba, 11/06/2004, “Proveedora del Centro S.R.L. s/ Concurso Preventivo” A 2005-I- índice. P. 56, n° 73).

A su vez, en el fallo “Piasek” la Sala “A” de la Cámara Comercial (9/02/10) argumenta y demuestra que la doctrina sentada en torno a la desafectación de los sueldos nacidos con posterioridad a la rehabilitación se conforman con los principios y garantías consagrados en la Constitución Nacional, y por ende, ha sido bien rechazada su inconstitucionalidad, coincidiendo al respecto con la opinión emitida por el Dr. Edgar Baracat en su obra “Procedimiento Concursal” (Nova Tesis, 2023, p. 309/323), desprendiéndose que el caso corresponde a un fallido de buena fe y no a un fallido de mala fe.

Por su parte, la Sala IV de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Rosario en el caso “Bustos, Ramón s/ Pedido de Quiebra”, en la misma línea argumental receptó la doctrina sobre el cese de la inhabilitación y comienzo de la rehabilitación que estimamos correcta.

En definitiva, debiera uniformarse la jurisprudencia en este sentido y sería auspicioso una reforma legislativa, que prevea el trámite falencial de consumidores, específico para estos supuestos, en miras a una futura reforma legislativa

VI. Conclusión.

A modo de conclusión, sostenemos que los sueldos devengados por el fallido con posterioridad a la rehabilitación no quedan sujetos a responder por las obligaciones por causa o título anterior a la quiebra. Si esos ingresos ulteriores se encontrasen cautelados por despacho judicial librado con



DECONOMI

anterioridad a la rehabilitación, procede que le sean restituidos al deudor fallido. Es decir, los salarios acaecidos con ulterioridad a la rehabilitación no quedan afectados a la masa aunque emanen de una relación laboral de origen laboral al decreto de falencia.

Concluimos entonces que las facultades del juez concursal de sancionar al deudor se encuentran acotadas a las legalmente previstas, resultando en el concurso el desistimiento sanción, la separación de la administración y en la quiebra, frente a la clausura por falta de activo será el juez penal quien indague sobre la presunción de fraude que dispone la ley, pero claramente.

En definitiva, ser estrictos en cuanto al cese de la inhabilitación (art. 236 LCQ), evitando la prórroga indefinida del embargo sobre la remuneración del fallido – consumidor, se alinea con el principio “pro homine”, que contiene un criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria.

Este principio coincide con el rasgo fundamental del derecho de los derechos humanos, esto es, estar siempre a favor del hombre. Esta pauta se encuentra consagrada positivamente. Así, en general, los instrumentos internacionales de derechos humanos establecen que ninguna de sus disposiciones autoriza a limitar los derechos protegidos en mayor medida de la prevista, a limitar el goce y ejercicio de cualquier otro derecho o libertad que pueda estar reconocido en otra norma internacional o interna en vigor, ni a excluir o limitar el efecto que puedan producir las normas consuetudinarias en materia de derechos humanos.

No se trata de un criterio para la opción entre dos normas, sino que es una guía para la protección de un derecho en cada caso particular.

El derecho, tanto como ciencia social o como disciplina normativa – coercitiva siempre toma como principio y fin de las ciencias jurídicas al ser



DECONOMI

humano y muy especialmente a su mayor construcción ideal que es la sociedad; en tanto la dignidad es el valor que tiene toda persona por el solo hecho de ser persona. Esto hace que el valor de toda persona sea absoluto, esto es, un valor en sí mismo.

La C.S.J.N. en Bahamondez estipula que "...el hombre es eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo -más allá de su naturaleza trascendente- su persona es inviolable. El respeto por la persona humana es un valor fundamental, jurídicamente protegido, con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental. Los derechos de la personalidad son esenciales para ese respeto de la condición humana. "También hace referencia en los fallos como "Ekmekdjian"; "Costa" y "Sejean" que el derecho a la dignidad opera aun cuando caduquen los demás derechos personales emergentes de la constitución.

En "Pupelis" define a la dignidad humana como el centro sobre el que gira la organización de los derechos fundamentales del hombre y de la Constitución. También ha dicho que hay derechos que existen antes que el derecho positivo. La reforma de la Constitución Nacional del año 1994 refuerza aún más este criterio, con el art. 75 inc. 22, la tutela hacia la vida y la dignidad de la persona. En cuanto al derecho a la vida, la Corte en innumerables fallos ha sostenido que ese derecho emerge necesariamente del reconocimiento del hombre y su dignidad como centro del sistema de la democracia liberal. Ha enfatizado el carácter de primer derecho natural preexistente a toda legislación positiva. La incorporación de los tratados internacionales a raíz de la reforma constitucional expresamente consagran aquel derecho y amplían las protecciones y seguridades en orden al derecho a la vida del ser humano; de los individuos; de los grupos: de la persona humana y de los niños.

Por su parte, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos define el "principio pro homine" expresando que "... en materia de reconocimiento de derechos, se debe estar a la norma más amplia y a la interpretación más extensiva e, inversamente, a la norma y a la interpretación más restringida en materia de limitación de derechos" (Comisión IDH, informe 35/07, caso 12.553 "Jorge, José y Dante Peirano Basso", República Oriental del Uruguay, 1/5/07).



DECONOMI

Por estos sobrados argumentos, es que habiendo sido desterrada la quiebra como sanción, tanto legislativa como doctrinaria y jurisprudencialmente, con más razón aún debe serlo respecto del consumidor / fallido, bregando por la protección que le brinda el ordenamiento jurídico en su conjunto.



“La pesada carga de las quiebras sin activo”

por Javier Cosentino⁶⁹

I. El problema

La mayoría de los procesos de quiebra que tramitan en un juzgado nacional comercial, concluye por falta de activos liquidables en los términos de la LCQ:232. Tal conclusión viene dispuesta luego de la tramitación de todo el procedimiento, cuando, a nuestro entender, debería disponerse en una etapa preliminar.

La finalidad del proceso de quiebra consiste en liquidar los activos del quebrado para distribuir su producido entre los acreedores y satisfacer así, en la mayor medida posible, sus créditos.

Para ello, al decretar la quiebra el juez dispone diversas medidas tendientes, por un lado, a la conformación del pasivo, el desarrollo de la etapa informativa o cognoscitiva; por el otro, las diligencias necesarias para la rápida liquidación de bienes y la recomposición del patrimonio, la etapa liquidativa. Ambas etapas tramitan contemporáneamente y al finalizar, tendremos por un lado el pasivo -los acreedores-, y por el otro el activo -dinero obtenido de la enajenación-. La conclusión del procedimiento consiste en reunir dinero con acreedores, para lo cual se elabora un proyecto de distribución con arreglo a la graduación de los créditos y luego se ordena el pago.

Dispone la ley 24.522 en su art. 88, que deberá ordenarse la realización de los bienes, la designación de la persona que efectuará las enajenaciones y la designación de un funcionario que realice el inventario (incs. 9 y 19).

Tratándose de quiebra indirecta, como principio no habrá inconveniente en proceder de tal modo en la medida en que el activo se hallará precisado y resguardado en el marco del concurso preventivo.⁷⁰

⁶⁹ Juez Nacional en lo Comercial, CABA

⁷⁰ Aunque también es cierto que muchas veces lamentablemente durante el proceso se pierden o se degradan los bienes.



DECONOMI

A su vez es esperable -y suele suceder en el caso de personas jurídicas- que en la quiebra directa a petición del propio deudor, identifique éste sus bienes y precise su ubicación de forma tal que puedan disponerse rápidamente medidas liquidativas.⁷¹

Mas ello no acontece en los casos de quiebras dispuestas por pedido de acreedor, el caso más común, en donde por lo general al decretarse la falencia no se conoce la existencia de activo alguno, por lo que carece de sentido ordenar la realización o designar funcionarios a esos fines.

El síndico, profesional contable a quien el juez suele darle más tareas que las que les corresponden por ley y a quien se lo mal remunera, llevará a cabo todas las medidas investigativas de rigor a las resultas de las cuales:

a) no se ha allegado ningún bien para ser liquidado;

b) lo hallado es de una nimiedad tal que solo promete repartir migajas en alguno de los órdenes de la pirámide de privilegios;

c) ni siquiera podemos saber si efectivamente podemos ingresar en el supuesto b) precedente, porque resulta antieconómico llevar adelante un procedimiento de liquidación cuyo resultado será negativo y por tanto abandonamos los bienes del modo que permite la LCQ:214.

Inmediatamente la quiebra se declarará clausurada por falta de activo (LCQ:232) por inexistencia o por insuficiencia de masa activa, y quedará a la espera de que aparezcan nuevos bienes liquidables durante dos años (Aristóteles, “La esperanza es el sueño de los despiertos”).

También se remitirá a la justicia penal, pero en este caso sin esperanza alguna (al menos luego de la digitalización forzosa devenida de la pandemia, los expedientes no se acumulan en casilleros de los despachos judiciales sino en los despachos virtuales de la “nube”).

Entretanto y mientras no se conocen activos, los acreedores deben pedir la admisión de sus créditos en el pasivo, pagar los honorarios de sus

⁷¹ Aquí debe observarse que muchos pedidos de propia quiebra finalizan con declaración de clausura por falta de activo, sobre todo de personas humanas, consumidores sobreendeudados.



DECONOMI

letrados, abonar el arancel para gastos de la sindicatura y aguardar la suerte de la verificación.

Si su crédito no es admitido en el pasivo como verificado, deberá soportar las consecuencias derivadas de la recurrencia a la revisión, ya sea que el agraviado por la decisión del juez sea el propio acreedor o uno de los restantes sujetos legitimados para promoverla, en su caso.

Y en esta senda, no es infrecuente la tramitación de voluminosos y extensos incidentes de revisión y de verificación tardía por varios años, procedimientos en donde suele descargarse toda la parafernalia procesal conocida propia de los procesos de conocimiento: audiencias, pericias, incidencias y varios etcéteras, con los vaivenes propios de juzgados atiborrados de causas (la competencia de los tribunales nacionales comerciales es insólita).

Luego el incidente transitará por los despachos virtuales de la Fiscalía de Cámara y de alguna de las salas de la Cámara Comercial para volver a la instancia de grado.

¿Quién paga todos estos costos? Los acreedores, el síndico, el Estado. El fallido no. Es más, en algunos casos de liquidaciones prolongadas, hasta podrá verse beneficiado con algún remanente, pero esa cuestión no es para este trabajo.

II. Soluciones posibles

Mientras mantengamos un procedimiento de quiebra que implique realización de bienes, la liquidación debe mantenerse bajo la supervisión del juez. Hemos escuchado propuestas de tercerización de la venta basadas en la escasa eficacia de los procedimientos previstos en la legislación o en la poca eficiencia de los tribunales, mas tales propuestas no nos parecen admisibles por dos motivos:

a) por un lado, si el procedimiento es ineficaz -es cierto que se vienen utilizando los mismos métodos desde hace décadas-, habrá que promover una reforma, para lo cual sobran especialistas de los mejores en nuestro medio;



DECONOMI

b) por el otro, no parece que la tercerización de la liquidación resulte medio idóneo para llevar adelante la realización de los bienes, en la medida en que la realidad demuestra que la calidad institucional en Argentina es muy baja, lo que puede redundar en la no buscada recurrencia a los tribunales para llevarla adelante. Por los motivos que fueren, a veces una liquidación de activos de escasa magnitud no puede llevarse adelante con mediana rapidez en tanto surgen factores extrajurídicos que conspiran contra ese objetivo.

Una cuestión sustancial en esta discusión es el interés que posea el activo de la quiebra en el mercado. De nada sirven normas que promueven la liquidación con la mayor rapidez y con sanciones para todos los intervinientes en ellas, si no existe interés en lo que vende la quiebra.

Por otra parte, una liquidación rápida no necesariamente implica una liquidación eficiente.

Pero esto lleva a una discusión distinta a la que sugiere el título de este breve opúsculo.

¿Qué hacemos con los procedimientos de quiebras sin activos?

i. Exigir del sujeto que pide la declaración de falencia que denuncie y acredite la existencia de bienes. La quiebra no es identificable sin más con liquidación de bienes y distribución del producido, sino que importa más genéricamente la crisis de las obligaciones de un deudor, por lo que de ella se siguen un cúmulo de consecuencias reguladas con independencia de la existencia de bienes: qué hacer con los contratos en curso, cómo se reinserta la persona insolvente en la comunidad, y otros.

Se incentivaría, por otra parte, el ocultamiento de bienes por el deudor.

Además, y ello sí tiene que ver con los activos, no existe forma de recomposición del patrimonio en beneficio de una comunidad de acreedores que no venga precedida de una previa declaración de quiebra.

Por todo ello, no nos parece una medida auspiciosa, como tampoco la exigencia al peticionante de la quiebra de que acompañe con la petición un depósito para solventar eventuales costas y gastos del proceso, propuesta que



DECONOMI

hemos escuchado y cuyo principal inconveniente consiste en cercenar el acceso a la justicia a quienes carezcan de medios para afrontar tal erogación, que no va a ser menor.

ii. Dispuesta la quiebra, llevar adelante solamente las medidas necesarias para determinar la existencia y entidad de activos liquidables. Es decir, comunicar la quiebra y suspender toda la etapa informativa hasta que se determine la existencia de bienes.

Claro que quien lleva adelante todas estas diligencias es el síndico, que posee un rol fundamental en ello pero que en el caso indicado, no contará ni siquiera con los magros fondos provenientes del arancel que prevé la LCQ:32. Hace tiempo que la sindicatura viene exigiendo medidas que contemplen una retribución digna, sin éxito alguno, cuestión que excede esta nota no obstante que podría revisarse la asignación de fondos caducos que prevé la LCQ:224, variando su destino hacia un fondo que permita paliar las deficiencias remunerativas de los funcionarios de la quiebra, por ejemplo.

De allegarse activos de relevancia, abrir el período verificadorio que tramitará al mismo tiempo que la liquidación, y sin perjuicio de que desde la misma sentencia de quiebra, se propongan y lleven adelante las acciones de recomposición patrimonial necesarias. Vale resaltar que la experiencia nos indica que no hay acciones de este tipo en quiebras sin activos.

iii. Luego de dictada la sentencia de admisión de los créditos en el pasivo de la LCQ:36, suspender la tramitación de todo lo que implique verificación, es decir, incidentes de revisión tanto como de verificación tardía hasta tanto se determine la existencia de activos liquidables.

Informado por el síndico en la oportunidad de la LCQ:39 que no se han ubicado bienes, disponer la clausura de los procedimientos por falta de activo y a los dos años la conclusión definitiva.

Si aparecieran bienes cuya magnitud justifique llevar adelante su liquidación, reabrir el procedimiento de las verificaciones pendientes.

iv. Dos soluciones de derecho comparado:



DECONOMI

a) En la Ley de Insolvencias alemana, luego de llevadas a cabo ciertas medidas investigativas previas, el juez decide si abre el procedimiento de insolvencia o lo rechaza cuando los bienes aparezcan como insuficientes como para cubrir los costos del proceso.

b) En España puede concluirse la quiebra en cualquier estado del proceso al comprobarse la inexistencia de bienes, luego de un informe de la Administración Central sobre el cual pueden expresarse los acreedores (art. 176, ley 22/2003).

III. Conclusión:

En el último informe del Banco Mundial sobre “Resolución de la Insolvencia” con datos recopilados sobre economías de más de 160 países en el año 2019, en cuanto a la tasa de recupero en insolvencia, nuestro país aparece con 19,2 centavos por dólar, Bolivia con 40,8, Colombia con 68,7, España con 77,5, Finlandia con 88, EEUU con 81 y Rusia con 43.

En lo atinente al tiempo de resolución, Argentina figura con 2,4 años, Bolivia con 1,8, Colombia con 1,7, Chile con 2, Uruguay 1,8, España con 1,5, Finlandia con 0,9, EEUU con 1, Japón con 0,6 y Rusia con 2.

Por fin y para cerrar, Argentina aparece en la clasificación genérica sobre resolución de la insolvencia en el lugar n° 111 por debajo de otros países de la región como Bolivia (103), Brasil (77), Chile (53), Colombia (32), Perú (90), y Uruguay (70), superando a Ecuador (160) y Venezuela (165). Mientras que Finlandia aparece en el primer puesto, EEUU en el segundo, España 18 y Rusia en el puesto 57.

Los datos revelan la escasa eficiencia del sistema de la legislación de quiebras nacional. Es cierto que una liquidación “eficiente” no depende exclusivamente de una legislación de bancarrotas, pero es claro a nuestro criterio que el sistema vigente necesita de una reforma eficaz que cuanto menos disminuya plazos y costos, y en particular, una solución adecuada para el problema de las quiebras sin activos que liquidar y con nada para repartir.



DECONOMI

Las soluciones propuestas más arriba no pueden ser puestas en marcha hoy mediante la aplicación de la ley de quiebras vigente, que carece de un marco de elasticidad en este sentido.

Para ello es necesaria una reforma que permita el acceso a los procedimientos de quiebra en tanto exista la posibilidad de recupero de créditos y de afrontar los costos del sistema; de otra forma, no se justifica la declaración de una quiebra o su mantenimiento.

Nos agrada la solución al estilo español, aquella que posibilita acceder a la quiebra pero que permite suspender el procedimiento sin más ni bien se advierta la inexistencia o insuficiencia de bienes. En cualquier caso, es imprescindible que una eventual reforma venga acompañada de una correlativa solución para afrontar los gastos que demande el proceso de determinación de activos y los honorarios de la sindicatura, hoy mal retribuida



“Renegociación del acuerdo homologado. Una cuarta vía?”

Algunos apuntes para pensar”

por Alfredo Alesio Eguiazu.⁷²

Palabras Clave: Procesos concursales. Acuerdo homologado. Re negociación. Tercera vía.

Key Words: Bankruptcy procedures. Settlement Agreement. New negotiation. Third way.

Sumario

Ante la imposibilidad de cumplimiento del acuerdo homologado judicialmente, cabe preguntarse si existe la posibilidad legal de su renegociación en una suerte de “cuarta vía. Se abren otros interrogantes respecto de quienes podrían participar de esa negociación y en qué condiciones, la existencia impedimentos legales, el rol del Juez y los alcances del nuevo acuerdo.

Summary

When de debtor can't afford the Settlement Agreement, we should asked if is legaly possible to be negotiated again in a kind of “fourth way”. There come other questions about who can join that re negotiation and its requests, if there are legal obstacles, the judge roll and the effects of the new agreement.

I. Introducción

Hace apenas unos años estuvimos inmersos en una cuarentena con motivo del COVID 19. Durante aquel tiempo nos llevó como argentinos a estar sometidos a un régimen de encierro (el ASPO – aislamiento sanitario preventivo

⁷² Ex Profesor Pro titular por designación de la Universidad Católica Argentina Sede Paraná (Derecho Bancario; Concursos y Quiebras, Títulos Valores (1999-2023) Magister en Asesoramiento Jurídico de Empresas (Universidad Austral) Juez titular de Primera Instancia en lo Civil y Comercial con competencia Laboral con asiento en la ciudad de Villaguay, Entre Ríos.



DECONOMI

obligatorio) que, como todo en nuestro país, parecería haber ocurrido hace décadas pero sólo han pasado tres años.

Entre los múltiples efectos, este aislamiento, prohibición de circulación libre por las calles, paralización de los factores de producción y demás limitaciones sociales y económicas, constituyeron factores que agudizaron la última crisis por la cual estamos atravesando, sin perjuicio de las opiniones de cada uno sobre los elementos que coadyuvaron a sus causas micro y macro económicas y la esperanza siempre renovada de su pronta salida, en un decenal *deja vu* por el que nos tiene acostumbrada nuestra querida Argentina.

Uno de los elementos positivos que trajo aquel aislamiento, lo constituyó la profusión de foros y conferencias por diversas plataformas virtuales que generaron debates, divulgación e información al alcance de todos aquellos que queríamos interactuar con colegas y maestros, en un salto tecnológico que permitió acceder con un click a información que antes nos llevaba kilómetros y días de viajes y nos acercó en la desesperación por interactuar con alguien fuera de nuestras casas, internet mediante.

Este estancamiento en los factores de producción e intercambio de bienes y servicios tuvo su reflejo en el derecho concursal.

Una de las características que siempre destaco del derecho comercial, es que constituye una de las ramas del derecho que más refleja los vaivenes de la vida económica cotidiana, en tanto es adecuado, no por modernidad, sino como propia de los movimientos del comercio, a diferencia de otras como el derecho civil, mucho más rígida. El derecho comercial camina a la par de la necesidad del giro diario a fin de regular o adaptar instituciones vigentes a la realidad constante en movimiento del intercambio de bienes y servicios.

Volviendo a este rápido análisis de la realidad que vivimos y sufrimos por aquellos cercanos años, esta crisis vaticinaba entre los entendidos y realistas analistas del derecho comercial, una avalancha de presentaciones preventivas y liquidativas, a la espera de una legislación de emergencia concursal que nunca vio la luz parlamentaria a diferencia de la crisis del 2001.

Sin embargo, el comerciante argentino pasó por una suerte de “moratoria social”, como resultado de la desesperanza compartida por la cual los



DECONOMI

factores económicos admitieron que aquella situación nacional superaba cualquier malaventuranza del más avezado comerciante y que procurar el cobro forzado en tal coyuntura no podía llegar a puerto seguro ante la omnicomprensión de las circunstancias. La decisión consensuada fue esperar a que la tormenta pasara ante el carácter excepcional del estancamiento por la que todos estábamos atravesando por aquellos eternos meses de congelamiento transaccional.

II. Los efectos en los procesos concursales

En concreto en el ámbito concursal judicializado, nos encontramos por entonces con procesos concursales en diversas situaciones procesales, algunos en períodos de negociación de acuerdos, otros en etapas de homologación y otros con acuerdos homologados en plazos de cumplimiento.

En cualquiera de estas situaciones, la condiciones que existieron pre cuarentena y su consecuente impacto económico y financiero, cambiaron los presupuestos que llevaron a dichos acuerdos negociales previos a prestar sus conformidades.

Si bien aquella constituyó una situación extrema generalizada, la pandemia encuadraba en el caso fortuito, fuerza mayor o hecho del príncipe, tal como aquellos supuestos de imprevisibilidad que leíamos en los análisis del código de Vélez Sarfield y suponíamos con situaciones de laboratorio, forzando la imaginación y con cierto dejo de escepticismo ante la casi imposibilidad de su acaecimiento en la vida real.

Pasada la excepcionalidad, la emergencia sanitaria y económica global, algunos deudores imposibilitados de cumplir sus obligaciones novadas, han buscado la posibilidad de readecuación o renegociación de la propuesta homologada, en una suerte de nuevo acuerdo para ser homologado, a fin de de revertir una sentencia de quiebra indirecta inminente.

III. La factibilidad legal.



DECONOMI

Homologar es “confirmar el juez ciertos actos y convenios de las partes, para hacerlos más firmes y solemnes”, dice la Real Academia Española: esto es, otorgar plena autoridad a la voluntad expresada por los sujetos privados –deudor y acreedores a través de sus conformidades con los requisitos previsto por el art. 45 de la ley de Concursos y Quiebras, texto ordenado.

PORCELLI explica que "En el proceso concursal el Juez tiene un papel publicístico e inquisitorio preponderante, en desmedro del actuar del deudor y acreedores, mientras que en las cuestiones accesorias, el magistrado conserva su rol decisorio" ⁷³

El actual art. 52, resultado de la reforma de la ley 25.589 le impone al magistrado las pautas homologatorias, no quedando reducidas a un mero control de mayorías, "solo contar porotos" como señalara MAFFIA, sino imponiendo en su cuarto inciso la prohibición de homologar una propuesta abusiva o en fraude a la ley, como lo hacía la derogada 19.551, zanjando las discusiones que emergieron del texto original de la ley 24.522.

Analizando el texto de la ley concursal, dicha posibilidad, en sentido estricto, no sería posible, si nos apegamos a la letra de la normativa en una exégesis rígida y conservadora.

Mas si integramos, acariciamos la ley concursal a la luz de los principios generales del derecho y en especial del derecho concursal, la conclusión deviene más flexible.

En un primer análisis, la Constitución Nacional en su artículo 19 nos fija la posibilidad que todo lo que no está prohibido está permitido al decir “Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”.

En referencia a dicha norma EKMEKDJIAN comenta que “Las personas están facultadas a hacer todo aquello que no esté expresamente prohibido por una ley. Esto significa que la situación normal del individuo es la de libertad, y que esta libertad sólo puede ser restringida mediante un acto del

⁷³ PORCELLI, Luis A. "No homologación. Del acuerdo preventivo. Propuesta abusiva o en fraude a la ley", La Ley 2004-D, p. 853.



DECONOMI

Congreso. El principio atributivo de facultades jurídicas a los particulares es el de la capacidad, esto es, que las personas pueden hacer todo aquello que no les esté prohibido expresamente, ...”⁷⁴

No existe una prohibición expresa de la ley concursal que así lo disponga, aunque tampoco una que lo permita.

La concursabilidad como principio interpretativo se ve reflejado a través del desarrollo del proceso y constituye no sólo una tendencia global sino que así es receptado en nuestra práctica tribunalicia como en la misma ley.

Desde el inicio del proceso preventivo se promueve la concursabilidad, así flexibilizando el cumplimiento de los requisitos del artículo 11.

La experiencia judicial ha traído diversas fórmulas frente a la omisión, resultando en diversos criterios según los tribunales revisores en pos de lograr la regularización formal que impone el texto legal y la finalidad del instituto y en definitiva permitir un acceso al saneamiento de la empresa como engranaje económico y fuente de trabajo.

El cumplimiento de los requisitos en la Alzada mientras se expresan agravios y tramita el recurso de apelación, resulta ajustado, sobre todo considerando que el rechazo implicaría para el deudor la inhibición para una nueva presentación por un año de conformidad al art. 31 LCQ, siempre y cuando no emerja un abuso de derecho del deudor conforme las características de cada caso concreto.

Reseña VITOLLO que “La interpretación de los requisitos formales no debe tornarse de tal modo exigente que llegue a conspirar contra el sentido del concursamiento como solución a una crisis extrema y de premiosa respuesta (art. 11 de la LC)”⁷⁵.

El artículo 2° del Código Civil y Comercial de la Nación, reza “La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes

74 EKMEKDJIAN, Miguel Angel, “Tratado de Derecho Constitucional”, Ediciones Depalma, 1994, Tomo 2, p 479.

75 CCCom. De Quilmas, sala I, 8-5-2008, “Bautista, Héctor Hugo s/concurso preventivo, JUBA, citado por Vítolo Daniel Roque, en “La ley de concursos y quiebras y su interpretación en la jurisprudencia”, Rubinzal-Culzoni editores, 2012, T. I, pág. 67.



DECONOMI

análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento” en lo que se ha dado conocer como el diálogo de fuentes para interpretar la ley.

Quienes ven la rigidez de la normativa, podrán apegarse al proceso concursal, concebido como “... procedimiento apuntado al fin de cumplir la función jurisdiccional”⁷⁶ al decir del jurista uruguayo COUTURE, al referirse al proceso en general, y decir que los eslabones de la ley de quiebras no dan lugar a una renegociación, sino que el fracaso de un proceso concursal debe apegarse a las consecuencias que prevé dicho régimen y en el caso se deberá declarar la quiebra indirecta, salvo las excepciones previstas (salvataje, etc. según cada supuesto en especial).

Sin ir más lejos, estos son los argumentos que sostuvieron la posibilidad de la llamada tercera vía⁷⁷, más en esta situación bajo estudio no estamos en la excepcionalidad de la tercera vía ni en la misma etapa procesal para su procedencia.

IV. La tercera vía

La siempre elocuente y acertada profesora mendocina Aída KEMELMAJER de CARLUCCI, en primer voto in rebus: "Argenfruit S.A. en j 5759/27.007 - Pedro López e Hijos S.A.C.I.A. p/ Conc. s/ Inc. Cas." expresaba que "el art. 52 de la ley 24.522 no era una isla, sino una norma que respeta la autonomía de la voluntad de los acreedores, pero la integra en un sistema que no tolera la flagrante violación al abuso del derecho ni al fraude; seguía campeando, pues, la buena fe, la moral, las buenas costumbres, el orden público. Consecuentemente, pese a los categóricos términos del derogado art. 52 (No deducidas las impugnaciones en término, o rechazadas las interpuestas, el juez dictará resolución homologatoria del acuerdo en el plazo de diez días), el

76 COUTURE, Eduardo J., "Fundamentos del Derecho Procesal Civil", Edit. Roque DePalma, 3ra Ed. (postuma) 1958, pp 8.

77 Denominación acuñada por la Dra. Kemelmajer de Carlucci, Aída: en autos "Argenfruit S.A. en j 5759/27.007 Pedro López e Hijos S.A.C.I.A. p/ Conc. s/ Inc. Cas.", Superior Tribunal de Justicia de Mendoza, Sala Primera.



DECONOMI

juez podía no homologar si el acuerdo votado contrariaba estos estándares (arts. 21, 953, 1071 del CC y normas concordantes)".

La tercera vía ya no es una posibilidad fustigada por la doctrina y como elaboración pretoriana es aceptada en aquellos casos excepcionales en que la conservación de la empresa, la fuente de trabajo, y de uno de los engranajes del circuito comercial de la comunidad reclaman que el deudor en estado de cesación de pagos complete su propuesta o readecue a los fines de permitir la homologación de las mismas aun cuando haya conseguido las mayorías necesarias pero se encuentre en situación en la que el juez del proceso considera que no debe homologar el mismo en razón de sus facultades y limitaciones fundadas en resguardo del orden público y contra el fraude a la ley.

CASADIO MARTÍNEZ al comentar el fallo de la Cámara nacional Comercia Sala F del 24/4/2012 “Talleres Reunidos Ítalo Argentino S.A. s/concurso preventivo” dijo que “Certeramente señalan los jueces que en oportunidad de requerirse la homologación de la propuesta de acuerdo que ha logrado las mayorías legales el juez tiene básicamente dos posibilidades: disponer la homologación o rechazarla, con fundamento en lo dispuesto por el art. 52:4º LCQ, si bien reconocen que en la práctica se ha recurrido también a otra solución: la denominada tercera vía. - Expresan como reiteradamente viene haciendo la jurisprudencia, que ésta “vía” consiste en facultar al magistrado a: *i* reformular la propuesta por aplicación analógica, según el caso, de la disposición del art. 52:2º b. del ordenamiento concursal, o *ii* fijar un plazo para que esa reformulación sea hecha por la concursada fijando un contenido que estime mínimamente aceptable para superar la calificación de abusiva que juzgó con anterioridad”⁷⁸.

En “Línea Vanguard S.A.” la Sala C de la Cámara Nacional Comercial dijo que “Corresponde frente al rechazo de la homologación de un acuerdo preventivo por considerar abusiva la propuesta efectuada por el deudor instar a que se acuerde a la concursada, sea mediante un nuevo periodo de exclusividad u otro procedimiento, la posibilidad de proponer una reformulación de aquélla a

⁷⁸ Casadio Martinez, Claudio A. “Tercera vía, cramdown, sociedades off shore y trabajadores accionistas”, La Ley del 11/6/12- 2012 C, 499 Cita:TR LALEY AR/DOC/2443/2012.



fin de hacerla compatible con los principios de orden público y finalidades del proceso concursal.⁷⁹

Por su parte el Címero nacional en el voto minoritario en “Arcángel Maggio S.A. s/ Concurso Preventivo 15/3/07 Fallos 330-834 juzgó “.... Por tal razón, de acuerdo con los propósitos preventivos que guían la ley de concursos y quiebras, y teniendo en cuenta que el rechazo del acuerdo originalmente propuesto encuentra fundamento en aspectos que pueden ser mejorados, una adecuada interpretación de las normas aplicables aconseja ponderar tales circunstancias de manera de agotar los medios para dar acabada respuesta a los fines que el instituto del acuerdo preventivo persigue en el sistema. En ese fallo los Dres. Petracchi, Maqueda y Zaffaroni en su voto en disidencia propiciaron la tercera vía haciendo referencia –también- a los fines que persigue el concurso preventivo.⁸⁰

V. Presupuestos necesarios. El acuerdo homologado

Hablamos de la readecuación o modificación de un acuerdo homologado en un proceso de concurso preventivo jurisdiccional.

Frente a un cambio de condiciones que llevaron al deudor a formular propuestas, no ya las de la excepcionalidad del COVID mas, condiciones de mercado ya sea de materias primas, logística, condiciones laborales, o lo que fuera, y que no estuvieron en miras oportunamente, previsibles o no, pueden devenir en la imposibilidad actual o futura de no poder cumplir con dichas obligaciones concordatarias que, según la norma concursal, tiene como consecuencia la declaración de la quiebra indirecta con su consecuente liquidación de la empresa.

En este caso, como en muchos otros, es bueno recurrir a la naturaleza jurídica de dicha institución.

Al hablar de naturaleza jurídica recuerdo por los años 80 los fatídicos programas de las materias de la carrera de grado y sufrir tener que recordar al

⁷⁹ CNCom. Sala C. “Línea Vanguard S.A. S/ Concurso Preventivo” fallo del 4/9/2001, LL 2002 –A 394

⁸⁰ CSJN, Arcángel Maggio S.A. s/conc. prev. 15/03/2007, LA LEY 2007-C, 38 - Fallos Corte: 330:834..



DECONOMI

naturaleza jurídica de instituciones sin haber recibido en oportunidad alguna de la razón de ello. Es muy sencillo y hubiera sido de provecho haberlo sabido por entonces. Conocer la naturaleza jurídica nos permite conocer la esencia de un instituto, su nacimiento, funcionamiento y tratamiento legal en todas sus etapas y así identificarlo como tal y también en aquellos casos que no resulta tan claro, cuál es la esencia de una situación legal pero que a la luz de identificar su “alma” o naturaleza, permite al juzgador o analista, buscar los elementos distintivos y característicos de cada uno y así resolver los problemas que se pueden presentar en un conflicto jurisdiccional que necesita el dictado de una solución por el magistrado interviniente o un dictamen certero.

Volviendo al acuerdo homologado, el mismo constituye un acuerdo de voluntades.

No podemos decir que es simplemente un contrato. No es un acuerdo entre dos o más partes en la que asumen obligaciones en un equilibrio sinalagmático.

En el acuerdo homologado, por una parte está el deudor, que ha hecho sus propuestas, unificadas o por categorías, y aún diversas en cada una de ellas, y por la otra se encuentran los acreedores que deben prestar su consentimiento.

Tanto el deudor como los acreedores deben cumplir con ciertas formalidades que le establece la norma concursal para que su consentimiento sea válido en los términos del proceso.

Por su parte el deudor sólo puede hacerla durante el período de exclusividad, que comienza con la notificación ministerio legis de la resolución de categorización y finaliza en el plazo perentorio de 90 días, en principio, que fija el juez en dicha resolución. Amén de ello, debe ser presentada en el expediente veinte días antes de la expiración del período de exclusividad so pena de declaración de quiebra indirecta y puede cambiarla hasta la fecha de la audiencia informativa. Éste es el límite temporal.

En cuanto a su contenido, el único valladar que le fija la ley consiste en que las propuestas guarden el tamiz de la razonabilidad y por supuesto no



DECONOMI

pueden soslayar los principios generales del abuso de derecho y fraude a la ley. Estos son los límites en cuanto a su contenido.

El juez no puede expedirse sobre su mérito, conveniencia ni posibilidad de éxito, siendo una facultad reservada a la voluntad negocial, más allá de la hoy en boga inclusión de un plan de empresa, a lo que no me voy a referir en el presente trabajo.

Por parte de los acreedores, sólo pueden manifestar su voluntad negocial aquellos que están en las condiciones que establece la ley. Deben haber sido declarados acreedores verificados o admitidos y no estar entre los sujetos excluidos expresamente por la ley en modo excepcional ya sea por el art. 45 o para el caso de concursos en caso de agrupamiento para los miembros de grupo concursado.

Delimitados quiénes pueden otorgar su consentimiento, se deben seguir las formalidades que establece la ley. Debe ser en modo expreso, con firmas certificadas e individualizando la propuesta concreta en su caso correspondiente a la categoría en la cual ha sido incluido el acreedor y posterior a la última modificación de la propuesta acreditada en el proceso.

Llegado a este punto, la sola adhesión del acreedor no basta, sino que debe llegar a conformar una doble mayoría, absoluta de cantidad de acreedores que representen dos tercios del pasivo verificado o admitido. Recién ahí es que se perfecciona el consentimiento multipartes que establece nuestro régimen concursal y que al ser homologado resulta vinculante no sólo a los acreedores disidentes sino también a todos los de causa o título anterior a la presentación en concurso preventivo aunque no hubieran concurrido al proceso.

Entonces no podemos decir que es simplemente un contrato. Sí podemos decir que es un acuerdo multipartes en la cual deudor y acreedores llegan a una composición de intereses, siguiendo los requisitos que establece la normativa concursal, con sus alcances y límites legales.

Reunidos estos requisitos, el juez podrá homologar el acuerdo a través del dictado de una sentencia, si no fuera abusivo o en fraude a la ley, y recién ahí será oponible a todos los acreedores de causa o título anterior a la presentación en concurso preventivo en trámite como fuera señalado.



DECONOMI

Llegados a este punto, entonces este acuerdo tendrá la validez que le otorga la ley concursal.

VI. Su modificación o renegociación. ¿Una cuarta vía?

Ahora, este acuerdo multipartes y formal puede ser modificado? En su caso, por quienes? Y la sentencia homologatoria? No tiene fuerza de cosa juzgada? Y si es cosa juzgada, no debería promoverse una acción de lesividad o revisión de cosa juzgada?

Como mencioné mas arriba, ninguna norma prohíbe expresamente que pueda ser modificado y no estando prohibido expresamente, bien podría estar permitido.

En estos casos siempre es bueno recurrir a los principios generales del derecho y también a aquellos principios y directrices que invisten al derecho concursal, que son los mismos que abrieron la puerta a la tercera vía.

Si lo vemos de esta manera, ésta constituye también otra tercera vía o cuarta si se quiere.

Ante la imposibilidad de cumplimiento en pos de la conservación de la empresa como motor social y como fuente de trabajo, es justificable permitir el uso de herramientas para salvar la empresa tal como es plausible la posibilidad de readecuar la propuesta, vencido el plazo de exclusividad, con el fin de obtener la homologación del juez competente, guardando los requisitos que han perfilado los precedentes jurisprudenciales a los cuales me remito *brevitatis causae*.

Ariel DASSO reflexiona que "... el objetivo del derecho concursal ha mutado: el bien jurídico tutelado, focalizado hasta ayer, y desde dos siglos, en el interés de los acreedores, queda instalado en el derecho concursal de hoy, en el salvataje de la empresa. El concurso tiene ahora por objetivo que la empresa perdure, en tanto y cuanto tenga valores rescatables. Esta organización de capital y trabajo no debe morir"⁸¹.

⁸¹ DASSO, Ariel A. "El Derecho Concursal hoy" Rev. LL, T 2009-B. P. 921..



DECONOMI

Entonces, si es consensuada la viabilidad de la tercera vía sin estar prevista legalmente y teniendo como consecuencia su negativa la declaración de quiebra indirecta en caso de no homologación, ante similar situación, frente a la imposibilidad de cumplimiento del acuerdo homologado, en lugar de la declaración de la quiebra indirecta, no estando prohibido en ambos supuestos, sería legalmente posible la renegociación del acuerdo homologado a fin de evitar la quiebra del deudor en esta suerte de cuarta vía.

VII. Legitimados

Ahora, quienes podrían renegociar este acuerdo homologado?

Atento a la naturaleza jurídica esbozada líneas más arriba, siendo un acuerdo multipartes, quienes estarían en condiciones de renegociar o modificar este acuerdo sólo podrían ser quienes otorgaron su consentimiento a los fines de obtener las mayorías necesarias para su aprobación en los términos y con los alcances que la ley concursal otorga.

En cuanto a la judicatura, si bien el juez usualmente puede morigerar intereses, instar a readecuar la propuesta, prolongar plazos procesales cuando las circunstancias particulares lo amerite. Cuando realiza acciones de esta naturaleza, lo hace en ejercicio de sus facultades y limitaciones que le otorga la propia ley, esto es en observancia de ausencia de abuso de derecho o fraude a la ley.

Instar de oficio una renegociación del acuerdo homologado estaría interviniendo en la voluntad negocial que llevó a deudor y acreedores a coincidir en sus adhesiones a las propuestas y estaría de tal manera extralimitando sus potestades.

Es decir el Juez no tiene facultades para apreciar la conveniencia del acuerdo siempre dentro de sus facultades homologatorias y proponer una modificación post homologación no encuadra en sus límites legales, so pena de arbitrariedad.

El juez no ha sido parte en la negociación, sino que con su actuar homologó ese acuerdo otorgándole los efectos legales.



DECONOMI

Entonces, a instancias de quién se puede renegociar?

Bien podrían hacerlo tanto el deudor como los acreedores. Resultaría extraño que fueran los acreedores quienes pidieran una renegociación.

En primer lugar, no porque el acuerdo les pudiera ser perjudicial, sino porque de serlo, el deudor raramente mejoraría en su perjuicio las prestaciones asumidas. También en busca de evitar que su deudor novado cayera en quiebra indirecta y en lugar de la propuesta aceptada recibiera su pago en moneda de quiebra, perjudicándose sus intereses directos.

Si hubieran cambiado las condiciones y quisieran una readecuación del acuerdo, bien podrían interesarlo, necesitarían el acuerdo del deudor para mejorarlo. En este caso resulta poco probable que el deudor convalidara un cambio en el acuerdo novatorio en beneficio de los acreedores y en consecuente perjuicio de sus intereses.

Si los acreedores percibieran el incumplimiento inminente o efectivo del deudor, la posibilidad de concursamiento está circunscripto en nuestro régimen legal al deudor, quien debe tener la voluntad de hacerlo y no puede ser suplido.

Sin embargo parece más probable que sea el deudor el que interese una renegociación del acuerdo en su beneficio frente a la imposibilidad o probabilidad de no cumplimiento.

Es sencillo obtener su voluntad y exteriorizarlo en forma válida, en tanto estemos frente a un deudor, ya sea persona humana o persona jurídica o siendo un sujeto colectivo en caso de concurso en agrupamiento.

Respecto de los acreedores, si bien es muy probable que la adhesión a las propuestas no hubiera sido unánime, sino que bastó la doble mayoría, absoluta de acreedores que representaron las dos terceras partes de pasivo computable, a los fines del voto de la readecuación, serían necesarias las mismas mayorías que lo fueron para la homologación, no debiendo ser los mismo acreedores sino que serían necesarias las conformidades que sumen el doble cómputo con las mismas particularidades que lo fueron para el acuerdo homologado hoy en crisis.



DECONOMI

En este caso se debería circunscribir al pasivo computable y no nuevos acreedores post concursales, ya que de ser así estaríamos alterando el universo patrimonial y no estaríamos en una renegociación sino en un nuevo concurso preventivo y eso desvirtúa el instituto bajo análisis.

VIII. Facultades del juez

Otro interrogante es si el juez tiene facultades para apartarse de esta manera de la letra de la ley en el sentido propuesto o si queremos darle esta interpretación tendiente a mantener vivo el patrimonio de la concursada.

Adelanto mi opinión afirmativa.

El juez como director del proceso tiene facultades ordenatorias, sin llegar a analizar las homologatorias, la cual excede el presente trabajo, sí lo constituye las primeras.

MAFFIA comenta que “Cuando la ley de concursos habla de 'facultades' del juez, ello no puede entenderse como actos que el juez puede tanto realizar como omitir (lo cual sería la cabal definición de una facultad en el campo de la lógica deóntica). El juez debe, por ejemplo, pronunciar sentencia, y a tal punto se trata de un deber, que si lo omite hasta el Código Penal se acuerda de él. Mal podríamos, por tanto, juzgarlo una facultad.”⁸²

La LCQ otorga facultades-deberes al magistrado atinentes a la marcha del proceso, de carácter ordenatorio en cuanto al matiz inquisitorio referido a su impulso y desarrollo, para de alguna manera corresponde distinguirlas de las facultades decisorias sobre la materia de fondo que hacen a la suerte del fin conservatorio o liquidatorio de la empresa.

Estas facultades ordenatorias, las dicta a fin de salvaguardar el impulso procesal.

En este marco, la ley le permite adecuar los pasos de conformidad a la práctica forense.

⁸² Maffia, Osvaldo J. "Alumbrado, barrido y limpieza sobre 'facultades' y 'poderes' Publicación: El Derecho - Diario, Tomo 200, 668 Fecha: 23-01-2003 Cita Digital: ED-DCCLXIV-808



DECONOMI

COUTURE decía que “La interpretación de las leyes procesales no se agota en la operación de desentrañar el significado del texto particular que provoca la duda interpretativa. Ese texto no es, normalmente, otra cosa que la revelación de un principio de carácter general vigente a lo largo de toda la legislación procesal. Interpretar el texto es, pues, determinar la medida de vigencia del principio frente a cada caso particular. Interpretar la ley procesal es, por lo tanto, interpretar todo el derecho procesal, en su plenitud, a partir de los mandamientos o preceptos básicos de orden constitucional. Se interpreta el derecho y no la ley. ... Pero como a su vez, el derecho procesal no es un reino independiente del derecho y las leyes procesales son tan leyes como las leyes no procesales, todo acto de interpretación jurídica constituye una operación de inserción del texto interpretado en el inmenso ámbito del derecho. La obra del intérprete se caracteriza, pues, por esta unidad de visión del enorme campo al cual el texto interpretado pertenece.”⁸³

El artículo 2° del Código Civil y Comercial de la Nación, reza “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”.

Como sostienen GARAGUSO y MORIONDO, se pueden diferenciar tres aspectos particulares del proceso, 1) Uno de ellos empírico (“la coordinación de los actos”), 2) otro funcional (“conjunto de actos que se realiza ante el órgano de jurisdicción”) y 3) un tercero teleológico (“la sentencia que resuelve la litis”). Mas allá de las divergencias que la doctrina ha apuntado sobre el proceso común y el concursal, cabe señalar que “... tanto el proceso concursal como el proceso común son “procesos en sentido estricto”⁸⁴.

El procedimiento falencial es principalmente inquisitivo y limitadamente dispositivo.

⁸³ COUTURE, Eduardo J. “Estudios De Derecho Procesal Civil” Ediar Soc Anon, Editores 1948 tomo 3 pp 63-64

⁸⁴ GARAGUSO, Horacio Pablo; MORIONDO, Alberto Angel “El proceso concursal: el concurso como proceso”, Editorial AD HOC, tomo 1 1999, pp 39.



DECONOMI

La instancia del proceso principal resulta en cabeza del órgano jurisdiccional y no librado a la voluntad de las partes, pudiendo catalogarse como primordialmente inquisitivo o inquisitorio, sin llegar al mismo tenor que el proceso penal.

La Ley de Concursos y Quiebras es ley de orden público, no solamente porque así lo ha reconocido la jurisprudencia nacional⁸⁵ lo cual obsta a que las partes puedan apartarse del procedimiento o dejarse de lado por acuerdo de partes, siendo ajenas a la disposición de los litigantes.

De acuerdo a las previsiones del art. 274 LCQ, el impulso del proceso se encuentra en cabeza del juez que entiende en el universal, de oficio sin instancia de interesados, debiendo dictar todas las medidas necesarias para su prosecución hasta su finalización, de conformidad a los plazos que dicta la propia ley.

En consecuencia, el juzgador no sólo puede sino que debe llevar el proceso estrictamente apegado a las disposiciones de la ley específica y sustituyendo la actitud dispositiva por la inquisitiva⁸⁶, cuando ello permita arribar a la mejor solución para el interés del concurso.

No resulta pues que toda la ley sea de orden público, sino aquellas normas que tienden a garantizar su eficacia y en resguardo del interés general que protege por sobre la autonomía de la voluntad individual.

Cuando en el año 2002 se dictó la ley de emergencia 25.563, el legislador expresamente consignó en su letra el carácter de orden público en razón de la crisis financiera y económica nacional a los fines de remarcar las restricciones que imponía respecto a ejecuciones y nuevos pedidos de quiebra, suspensión y extensión de plazos en procura de mitigar los efectos mencionados⁸⁷.

⁸⁵ C.S.J.N., “Piñero, Marcelo F. c. Tomar S.A. y otros”, L.L. 1998-B-54 – D.J. 1998-11055; “Collón Curá S.A. s/quiebra s/incidente de revisión por el Banco de Hurlingham S.A.”, L.L. 2003-C-732

⁸⁶ CApel.Civ.Com. y Lab. Venado Tuerto, “Banco Integrado Departamental s/quiebra”, LLLitoral 1998-2-476

⁸⁷ Ley 25.563 fijó: Ampliación de los plazos del período de exclusividad (art. 2), prórroga del vencimiento del plazo del período de exclusividad en los concursos en trámite (art. 8), suspensión por el término de 180 días de las ejecuciones judiciales o extrajudiciales, inclusive las de garantías reales (art. 9) suspensión de los pedidos de quiebra por el término de 180 días (art. 11).



DECONOMI

Explica CAMARA que “Las amplísimas atribuciones del tribunal en la dirección y administración del procedimiento están plasmadas en múltiples textos” citando verbigracia normas de la ley 19951 y agrega “Como coronación, el art. 279, ordena que el juez tiene la dirección del proceso, pudiendo dictar todas las medidas de impulso de la causa y de investigación que resultan necesarias....” y que “Todas las normas tienen carácter *cogente*, siendo estructurado el proceso concursal sobre el principio de la inderogabilidad de sus disposiciones”⁸⁸.

No podemos concebir a esta rama como incluida dentro del derecho procesal, porque el Derecho Concursal, no es sólo eso, sino que es un mix de proceso y derecho de fondo.

MAFFIA comenta que “Cuando la ley de concursos habla de 'facultades' del juez, ello no puede entenderse como actos que el juez puede tanto realizar como omitir (lo cual sería la cabal definición de una facultad en el campo de la lógica deóntica). El juez debe, por ejemplo, pronunciar sentencia, y a tal punto se trata de un deber, que si lo omite hasta el Código Penal se acuerda de él. Mal podríamos, por tanto, juzgarlo una facultad.”⁸⁹

La LCQ otorga facultades-deberes al magistrado atinentes a la marcha del proceso, de carácter ordenatorio en cuanto al matiz inquisitorio referido a su impulso y desarrollo, para de alguna manera corresponde distinguirlas de las facultades decisorias sobre la materia de fondo que hacen a la suerte del fin conservatorio o liquidatorio de la empresa.

Estas facultades ordenatorias, las dicta a fin de salvaguardar el impulso procesal.

Señala PRONO⁹⁰ que “No obstante y sin desconocer la existencia y razonabilidad de la norma legal que analizamos pues se funda en el principio de celeridad concursal que tiene su razón de ser en el presupuesto de un patrimonio insolvente o en grave crisis y que exige por ello rapidez en los trámites

⁸⁸ CAMARA Op. Cit. Pp 101.

⁸⁹ Maffia, Osvaldo J.”Alumbrado, barrido y limpieza sobre 'facultades' y 'poderes' Publicación: El Derecho - Diario, Tomo 200, 668 Fecha: 23-01-2003 Cita Digital: ED-DCCLXIV-808

⁹⁰ PRONO, Ricardo Severo Edgar, “Derecho procesal Concursal” Thomsom Reuters La Ley, 1° Ed. pp 535.



DECONOMI

procesales, la propia norma admite la excepción a la regla que enuncia al decir que la responsabilidad y eventual sanción del juez estriban en la injustificada prolongación del trámite”.

Y agrega mi maestro santanfesino “..., que los plazos concursales sean perentorios no significa que además sean improrrogables, es decir que no puedan ser extendidos. La perentoriedad expresa solamente la pérdida del derecho que se ha dejado de usar por fenecimiento del plazo, sin necesidad de declaración judicial ni petición de parte”.

Concluye su razonamiento diciendo que “De modo que el propio legislador ha previsto, argumento *a contrariis*, que el juez puede prolongar o prorrogar el procedimiento justificadamente”.

De tal manera el juez, si el deudor no acompañó con su petición las conformidades necesarias de los acreedores, podrá, previa vista a la Sindicatura, abrir un período breve y excepcional, como en la tercera vía, para acreditar, las conformidades necesarias para su nueva homologación, manteniendo las mismas categorías de acreedores, como asimismo, disponer medidas cautelares tendientes a mantener el *statu quo ante*, mientras dure este breve período, que en caso de no alcanzarse, implicará el incumplimiento del acuerdo homologado y devendrá, salvo supuestos del art. 48, en la declaración de quiebra indirecta.

IX. La sentencia homologatoria del concurso renegociado

Si ya tenemos que el deudor, ante la imposibilidad de actual o futura de cumplir con las obligaciones novadas por el acuerdo homologado, propone su renegociación y obtiene la conformidad de los acreedores, en los mismos requisitos que lo fueron antes, se va a encontrar con otro valladar: la sentencia homologatoria.

Esta sentencia puede ser dejada sin efecto? En su caso, puede serlo por el mismo juez que la dictó o debe ser la Alzada quien revoque dicha sentencia dictada por un juez de primera instancia?

En derecho de quiebras tenemos un supuesto en el cual el juez que dictó una sentencia, la deja sin efecto otra diametralmente opuesta.



DECONOMI

Es el caso de la conversión de la quiebra. El juez, frente al pedido del deudor, reuniendo los requisitos previstos para solicitar su concurso preventivo, puede dictar una nueva sentencia dejando sin efecto la sentencia falencial dictada por él mismo y disponer la apertura del concurso preventivo por una posterior del mismo tenor y efecto.

La sentencia de quiebra, una vez firme, adquiere fuerza de cosa juzgada y puede ser dejada sin efecto por el mismo magistrado que la dictó, ya sea por abrir la instancia concursal vía conversión de la quiebra, todo ello sin recurrir a la Alzada a través de recurso alguno, como serían los medios procesales ordinarios de derecho común para ello.

También puede ser dejada sin efecto por el mismo magistrado que la dictó en caso de hacer lugar al recurso de reposición contra la misma, ya sea con o sin sustanciación, o cuando recepta el pedido de nulidad o impugnación del acuerdo siguiendo el proceso adjetivo previsto.

Es más, siguiendo el minucioso análisis del profesor MAFFIA, aun después de la conclusión del concurso, el juez continúa con un gran número de funciones jurisdiccionales respecto del mismo proceso inconcluso ⁹¹ por lo cual la resolución que dicta la conclusión si bien tiene autoridad de cosa juzgada permite una permeabilidad de actos procesales previstos por la ley en cabeza del juzgador sin perder la *juris dictio*.

Volviendo a los principios generales, dicha posibilidad no está prohibida, aunque es cierto no está expresamente prevista. En consecuencia, no estando en crisis el abuso del derecho o fraude a la ley, no existiría impedimento alguno para ello.

En este estado, consideramos que es posible jurídicamente la renegociación, que el deudor la insta y obtiene las conformidades de sus acreedores, es decir que puede renegociar. Si no se dan las conformidades no puede cambiar unilateralmente la voluntad negocial de los acreedores sin su consentimiento mayoritario y todo ello previa aprobación por el juez del concurso.

⁹¹ Maffía, Osvaldo J. "Conclusión (inconclusa) del concurso" LA LEY 1997-B, 1424 Cita: TR LALEY AR/DOC/16149/2001



DECONOMI

Pero, en caso de no alcanzar tales mayorías, cabe preguntarnos si podría recurrir el juez a la homologación forzada del art. 52 inc. b LCQ en esta nueva oportunidad.

Podría hacerlo en el supuesto de cumplimiento de las condiciones que indica dicha norma, es decir si se dieron los requisitos en esta nueva “votación” o reunión de conformidades, o sea que se hubiera aprobado al menos en una de las categorías de quirografarios, conformidad de tres cuartas partes de pasivo quirografario compatible, no discriminación de disidentes, que el pago no fuera menor al de moneda de quiebra y la limitación del abuso de derecho y fraude a la ley.

X. A modo de conclusiones.

Recordemos que el presente análisis excede el que fuera hecho en época de post pandemia, en que el incumplimiento del deudor tuvo por causa la situación excepcionalísima y generalizada provocada por el ASPO, la pandemia, la crisis macro económica, recurriendo a las instituciones de la normativa contractual general como la imprevisión del art 1011 y 1091 del CCCN.

En este esbozo se analiza la posibilidad que, aunadas las voluntades de deudor y acreedores mayoritarios, sea factible reemplazar el acuerdo homologado por uno posterior, con la finalidad de la conservación de la empresa como factor económico y fuente de trabajo.

Otras legislaciones comparadas lo prevén, variando sus requisitos y circunstancias, mientras que la nuestra guarda silencio a la espera de reformas que tardan en llegar.

De *lege lata*, en tanto y en cuanto no se den situaciones de abuso de derecho o fraude a la ley, la renegociación es posible, en tanto deudor y acreedores presten sus conformidades en los términos que fije el juez.

Tal supuesto no es contrario a la letra, espíritu y principios de nuestra legislación concursal en una suerte de “cuarta vía”.



“Los honorarios generados en los procesos de conocimiento habilitados para continuar o iniciarse durante el concurso preventivo. Dilemas y tensiones en la jurisprudencia”

por Angel Luis Moia ⁹²

I. La convocatoria

Quiero agradecer la generosa convocatoria del Director de la revista para compartir algunas reflexiones sobre la función de la magistratura concursal en la integración de la ley 24.522.

Dado que la naturaleza misma de la magistratura se ordena a la solución de casos concretos sometidos a su consideración, hemos escogido el desarrollo de un conflicto suscitado de la aplicación de la ley concursal. Se trata de los planteos derivados de la habilitación para continuar procesos de conocimiento durante la tramitación del concurso preventivo en los distintos fueros de la provincia de Entre Ríos.

Si bien partimos desde la experiencia local, según el relevamiento jurisprudencial realizado, el supuesto tiene trascendencia nacional. Esto confirma el interés práctico del tema en un doble cariz. Por un lado versa sobre una cuestión tan sensible del proceso como es la de los honorarios profesionales. Por el otro, al verse afectada la competencia concursal, la determinación del caso puede implicar la nulidad absoluta de las decisiones adoptadas en infracción de las reglas imperativas.

En primer término se planteará el supuesto normativo, para luego identificar algunas de las consecuencias de la escueta previsión legal. A partir de estas premisas se planteará el conflicto derivado de la falta de solución concreta, enmarcándolo en algunas soluciones propuestas en otras jurisdicciones. A su vez, la calificación de estos créditos tiene una gravitante

⁹² Juez de primera instancia en lo Civil y Comercial n° 9 -con competencia en concursos y quiebras- de la ciudad de Paraná, Entre Ríos.



incidencia sobre el curso del proceso preventivo. Esta definición replanteará el contenido del pasivo a atender mediante la propuesta concordataria o con la caja de la concursada durante el trámite.

Como puede verse, se trata de un debate que trasciende lo local y cuya resolución compromete el curso del concurso preventivo.

II. La suspensión de las acciones judiciales en el concurso preventivo

El tratamiento del fenómeno de la insolvencia impone soluciones de excepción, ajenas a la racionalidad de la legislación común. Como lo explica Adolfo Rouillón, *“los distintos intereses afectados por la insolvencia, las graves repercusiones de ésta y los plurales sujetos involucrados que aspiran a tutela legal, la necesidad de realizar justicia de tipo distributivo ante la imposibilidad de llevar a cabo la justicia conmutativa, así como los principios orientadores elaborados a través de la historia a los que nos hemos referido, explican la existencia de una legislación diferenciada -ley concursal- que da respuestas distintas de las del derecho común a los conflictos intersubjetivos que se plantean cuando hay estado de cesación de pagos o insolvencia patrimonial”*⁹³

Dentro de los efectos que despliega la concursabilidad sobre las relaciones jurídicas procesales puede mencionarse la definición del modo de articular los trámites en curso y la posibilidad de plantear -o no- nuevos. Esquemáticamente podemos resumir los principales efectos establecidos por la ley 24.522 en los siguientes preceptos:

- a) El fuero de atracción

Un denominador común de todos los procesos universales es el denominado “fuero de atracción”, derivado natural de la nota de universalidad

⁹³ ROUILLÓN, ADOLFO A.N.; *Régimen de concursos y quiebras. Ley 24.522*, Buenos Aires, Astrea, 2.015, pág. 14



DECONOMI

del proceso concursal. En virtud de él los jueces que entienden en el proceso preventivo adquieren competencia respecto de todos los procesos de contenido patrimonial, salvo las excepciones legales, que se lleven adelante contra el insolvente.

Caracterizado por el orden público, y por ende indisponible, esta excepción a las reglas normales de asignación de competencia apunta a una concentración de trámite esencial para la resolución. Por ello ha sostenido nuestro Tribunal Címero que “ *El fuero de atracción tiene por finalidad reunir ante un mismo tribunal la totalidad de las acciones que puedan afectar el patrimonio del concursado. La misma procura ordenar el procedimiento, recomponer el activo, asistir a innumerables intereses colectivos en situaciones similares y evitar el dictado de sentencias contradictorias y ejecuciones parciales en perjuicio de la Administración de justicia*”⁹⁴

En el régimen de la ley 24.522, la vis atractiva se amplió con respecto al anterior, reduciendo las excepciones existentes. Es que la unidad de trámite es un prius que permite el desenvolvimiento acompasado y orgánico del concurso. Amén de la universalidad comprometida, las propias características del magistrado concursal, munido de facultades inquisitivas que en otro ámbito podrían considerarse exorbitantes, hacen necesario que tenga conocimiento sobre la realidad de la situación apreciada en su globalidad y que pueda disponer las medidas necesarias.

- b) *El problema de la suspensión de los procesos atraídos.*

Estrechamente vinculado con la atracción de los procesos de contenido patrimonial en curso contra el concursado se halla el caso de la suspensión de su trámite. Si bien es un supuesto concomitante con aquél, es conceptualmente independiente y no tiene la nota su generalidad, como lo veremos en el presente trabajo.

⁹⁴ Fallos 315:316



DECONOMI

Declarada la insolvencia, manifestado el carácter general de la afectación patrimonial, sería contradictorio seguir adelante con contiendas individuales como si permaneciera la normalidad. De ahí que sea menester arbitrar los medios para componer los intereses comprometidos en el seno de un proceso único.

Tal unidad se manifiesta inicialmente en la estructuración de una serie de institutos sustitutivos de las que originariamente se articularon, posibilitando su participación conjunta en un trámite único (verificación de créditos, por ejemplo). Siendo que todos los acreedores se parifican, por regla, dispensándoles un tratamiento igualitario ante la situación de crisis, se impone que sus trámites se detengan y troquen en las vías concursales específicas.

La ley en este punto no lo clara que debería, haciendo nacer serias dudas sobre el funcionamiento del instituto. Más consideramos que éste sigue plenamente vigente, aunque redimensionado. Interpretando el confuso art. 21 L.C. señalaban Junyent Bas y Molina Sandoval que “como surge con nitidez de la comparación de los enunciados normativos, el vocablo “suspensión” ha sido sustituido por el de “radicación”, lo que demuestra el cambio de eje conceptual que deja de lado la suspensión de los juicios para pasar al fuero de atracción.”

- c) *La prohibición de deducir nuevas acciones de contenido patrimonial*

Finalmente, el derecho de acción ejercido contra el concursado se modalizaba. Ante la confluencia de intereses que hacen a la situación concursal, no puede permitirse que algunos busquen una solución al margen del concurso, por lo que expresamente se veda la promoción de nuevos reclamos judiciales fuera las alternativas que la propia ley ofrece. Se nuclea así el pasivo para darle un tratamiento unificado y paritario, garantizando la participación de los quirografarios en la solución concordataria.

Ha sostenido la jurisprudencia que “la fundamentación de la prohibición de deducción de nuevas acciones contra el concursado se legitima



DECONOMI

*en el principio de la par condicio creditorum. El concurso preventivo nivela la situación de la totalidad de los acreedores de igual grado, de causa o título anterior al concurso.*⁹⁵

La única excepción establecida beneficiaba a “los juicios por accidentes de trabajo promovidos conforme a la legislación especial en la materia” (art. 21 inc. 5 según ley 24.522). Militan en esta excepción las razones de tutela prevalente del acreedor laboral que, posteriormente, la Corte Suprema explicitaría.

III. Los procesos de conocimiento que continúan: vacíos y tensiones.

La férrea definición del fuero de atracción concursal, acompañado de la suspensión de acciones y la prohibición de promover nuevas, fue flexibilizándose a partir de sucesivas reformas.

La ley 26.086⁹⁶ introdujo una profunda modificación en la ley concursal. Su artículo 4 reformó el art. 21 rediseñando los efectos procesales de la apertura del concurso preventivo, confiriéndole la configuración que existe hasta el día de hoy.

Como novedad se rompió el cepo procesal que encausaba en la verificación de créditos los debates sobre créditos concurrentes. Se habilitó la posibilidad de continuar los procesos de conocimiento existentes al momento de la publicación de los edictos. De la literalidad del sexto párrafo del nuevo artículo 21 se desprende que, en el caso de los litigios de naturaleza laboral, se podrían promover nuevos juicios.

Este párrafo plantea una reglamentación -acotada por cierto- de las vicisitudes de estos procesos, cuya subsistencia resulta extraordinaria. Allí se define la competencia del fuero que corresponda según la naturaleza de la pretensión y la intervención de la sindicatura en su trámite, calificándola como “*parte necesaria*”. Para ello se faculta al órgano concursal a otorgar poder a otros

⁹⁵ JUNYENT BAS, FRANCISCO y MOLINA SANDOVAL, CARLOS; *Verificación de créditos, fuero de atracción y otras cuestiones conexas. Ley 24.522* ; Santa Fe, *Rubinzal Culzoni*, 2.000, pp. 123; 2

⁹⁶ B.O. 11.4.06



DECONOMI

profesionales y se aclara que su retribución para el caso de que el concursado resulte condenado en costas queda sujeta a las reglas concursales.

La Corte Suprema explicó su implementación al afirmar que *“dado que el artículo 4º de la ley 26.086- que sustituyó el artículo 21 de la ley 24.522- dispone que los procesos de conocimiento en trámite y juicios laborales, salvo que el actor opte por suspender el proceso y verificar su crédito de conformidad con el trámite previsto por el artículo 32 del ordenamiento concursal, quedan excluidos de la radicación ante el juez que entiende en el proceso universal, si la actora insinuó su crédito en los términos de dicha norma, tal opción ejercida torna operativo el fuero de atracción del concurso.”*⁹⁷

El párrafo siguiente acota la potestad cautelar en estos procesos y se califica a la sentencia que allí se dicte -en su integralidad- como *“título verificador”*. Esto, a diferencia de lo que sucedía en la economía originaria de la ley 24.522, donde los escasos procesos que podían tramitar más allá de la apertura del concurso preventivo se sustanciaban ante el juez concursal, por lo que las sentencias que se dictaran sustituían a la verificación.

Al fijarse una naturaleza tan peculiar para estas sentencias, su inclusión en el proceso concursal vincula esta norma con las modificaciones introducidas en el régimen de las verificaciones tardías o, posteriores al período tempestivo de verificación.

El art. 5 de la ley modifica asimismo el art. 56, ampliando las previsiones sobre la verificación tardía. Ahora, se contempla la inserción de estos nuevos títulos verificatorios (7º párrafo), fijando un ajuste del plazo de prescripción concursal.

Como puede verse, el legislador deja en claro que la continuación de estos procesos resulta instrumental al proceso concursal, adecuándose las reglas generales del proceso de conocimiento. Ahora bien, también es cierto que al regular las particularidades que identifican a esta tramitación excepcional el reformador fue demasiado parco.

⁹⁷ Fallos 333:825



DECONOMI

Lo lacónico de la regulación deja un amplio margen a la integración judicial. Salvo las escasas referencias a la intervención sindical y a las cautelares, el resto de las alternativas de estos procesos se encuentra sumido en un notable silencio legislativo. Esta carencia normativa provoca la necesidad de su integración judicial en el caso concreto.

La labor integrativa supone la actuación de los principios y preceptos concursales que derivan del régimen imperativo establecido para tratar el estado de cesación de pagos. En otras palabras, no puede abordarse las cuestiones derivadas de estos procesos de igual manera que se lo hace con procesos de conocimientos aislados, es decir, no integrados en un proceso concursal.

IV. Las consecuencias de la falta de previsión: el conflicto de fueros.

Según el refrán español, “*de aquellos polvos, estos lodos*”. Las sucesivas modificaciones a la ley de quiebras no ampliaron el tratamiento de estos procesos, por lo que subsisten los interrogantes inicialmente advertidos por la doctrina ⁹⁸

La permanencia de estos vacíos legales renovó una vieja contienda judicial, sobre la relación entre el fuero del trabajo y el civil y comercial. No obstante, el reformador fue agudamente claro al diferenciar la situación actual con respecto de la existente bajo la vigencia de la ley 19.551. Ahora, la tramitación en el fuero correspondiente al linaje del derecho controvertido resulta esencialmente instrumental. Se trata de una franquicia ordenada a facilitar el debate con la mayor amplitud posible, que acaba con la obtención de un título verificadorio.

⁹⁸ JUNYENT BAS, FRANCISCO; *Comentarios a la reforma concursal: ley 26.086*, Córdoba, *Advocatus*, 2.006; TRUFFAT, DANIEL, *Fuero de atracción en los concursos*, Buenos Aires, *Astrea*, 2.007, pp. 51 y ss; BARACAT, EDGAR; *Ley nro. 26.086. Una visión del nuevo fuero de atracción en los procesos concursales*, DJ ejemplar del 23.7.06, 810; CASADÍO MARTÍNEZ, CLAUDIO; *Continuación de los juicios laborales atraídos por los concursos: últimas imágenes del naufragio* ; LLNOA 2.006-1.044



DECONOMI

Las consecuencias de este silencio legislativo se traducen en controversias concretas, como por ejemplo, la disputa sobre la competencia para ejecutar los honorarios regulados en los procesos de conocimiento que franquean la atracción y suspensión concursal. En concreto nos referiremos como muestra a la realidad existente en nuestra provincia.

a) El conflicto

Previo a la presentación del pedido de formación de un concurso preventivo se produce una importante serie de despidos con invocación de una causal económica. Poco tiempo después se presenta el pedido de concursamiento, que prospera.

Durante la tramitación del proceso preventivo, continúan y se inician en sede laboral diversos juicios a fin de controvertir la causal invocada para extinguir el vínculo. Agotado el debate tanto los ex trabajadores como sus letrados se presentan en sede concursal para instar el reconocimiento de sus acreencias como concurrentes.

Un grupo de letrados y peritos, luego de pedir su vinculación para iniciar un expediente digital en sede concursal, promueven la ejecución de sus honorarios en la misma sede en la que tramitaron los procesos de conocimiento.

El Juez del Trabajo ante el que se plantearon las ejecuciones de honorarios, las rechazó con fundamento en la concursalidad de los créditos. Apelados los rechazos, las dos salas de la Cámara de Apelaciones del Trabajo de la ciudad de Paraná acogieron las apelaciones y mandaron llevar adelante las ejecuciones.

Al margen del concurso, se trabaron embargos sobre las cuentas de la concursada, afectando su giro y la aplicación de fondos destinados al pronto pago laboral. La cuestión se resolvió mediante un acuerdo de pago, del que el magistrado laboral impuso al juzgado del concurso.



DECONOMI

El oficio remitido abrió una sustanciación que derivó en la declaración de nulidad del convenio de pago por la violación de las reglas de competencia concursal y el requerimiento de remisión de las ejecuciones.

La decisión fue apelada, la apelación rechazada por aplicación de la regla de inapelabilidad concursal (arg. art 273 inc. 3 LCQ). La alzada admitió el recurso directo interpuesto por el apelante y concedió el recurso.

Tiempo después, el tribunal consideró que en lugar de un recurso de apelación, la cuestión importaba una contienda de competencia, por lo que decidió remitir el expediente al Superior Tribuna.

Cabe destacar que el conflicto aún subsiste. En la actualidad se encuentra a despacho del pleno del Superior Tribunal de la provincia el conflicto positivo de competencia suscitado entre el fuero de Trabajo y el fuero Civil y Comercial.

b) La competencia exclusiva del juez concursal.

Consideramos errada la asunción de competencia por parte del fuero laboral, en atención a la concurrencia legal de los honorarios según preceptos concursales de orden público.

Liminarmente debe afirmarse que no se puede agotar en la simple temporalidad la valoración de la concursalidad de estos créditos. Si bien esta regla opera en la generalidad de las relaciones jurídicas, es claro que los honorarios generados en este tipo de procesos son una consecuencia de la franquicia diferida por el legislador a los pretensos acreedores laborales.

Por ello, su régimen resulta distinto al de los créditos comunes que, nacidos con posterioridad a la presentación del pedido de formación del concurso, resultan ajenos a él. En este caso, su existencia resulta precisamente regulada por la ley concursal, a partir de una razón instrumental. Las razones de la modificación del sistema de atracción respondieron a la necesidad de facilitar la configuración de títulos aptos para insinuar los créditos. En el caso concreto, el debate sobre la validez de los despidos causados es una clara muestra de la



DECONOMI

insuficiencia del esquema originario y la justa necesidad de una vía más amplia de debate.

La situación de los trabajadores, principales destinatarios de esta vía procesal, valida la excepción. La Corte Suprema resume la situación de tutela preferente al afirmar que *“El trabajador es sujeto de preferente tutela constitucional y en materia de hermenéutica, con arreglo al principio in dubio pro justitia socialis, la preceptiva debe ser interpretada a favor de quienes, al serle aplicada con este sentido, tienden a alcanzar el bienestar, esto es, las condiciones de vida a través de las cuales es posible a la persona humana desarrollarse según su dignidad”*⁹⁹

En concreto, el legislador ha fijado una concurrencia de estos créditos por imperio de la ley, que es la misma que permite que estos procesos tramiten y desemboquen en una sentencia que habilita a su insinuación en el concurso. No puede pasarse por alto que es potestad del legislador delinear las herramientas adjetivas con las que se implementa la atracción de procesos y se determina la inserción de los créditos alcanzados por la concursabilidad.

El legislador ha ratificado esta conclusión al reconocer a la sentencia de estos procesos como "títulos verifcatorios", diferenciándola de las sentencias comunes de los procesos de conocimiento. Cualquier otra afirmación importaría prescindir del diseño expreso que el legislador ha dispuesto para estas situaciones de excepción.

La sentencia, como unidad, es privada de la posibilidad de ejecutarse. En su lugar, se le ha reservado la posibilidad de incorporarse al pasivo concursal mediante la verificación no tempestiva, o bien tardía, según los lineamientos del art. 56 LCQ. Así como la sentencia se expide sobre cuestión de fondo, también

⁹⁹ Fallos 344:1.070, entre otros En esta línea, el Tribunal definió una pauta hermenéutica en materia falencial al considerar el cuestionamiento de la inteligencia del texto vigente del art. 129 LC al disponer que *“ El recurso es formalmente admisible toda vez que la decisión sella el alcance del artículo 129 de la ley 24.522 en un sentido que es contrario a la literalidad de la norma y restrictivo de los derechos de los acreedores laborales como sujetos de preferente tutela constitucional, al cercenar la procedencia de los intereses que hacen posible el mantenimiento del valor de un crédito de naturaleza alimentaria, ocasionando un agravio de imposible o insuficiente reparación ulterior, lo que revela el carácter definitivo de la sentencia apelada.”* Fallos 343:1.772



DECONOMI

fija otros aspectos como la retribución de las labores profesionales involucradas en el proceso.

El contenido de las sentencias dictadas en estos procesos carece de aptitud ejecutiva, la que se sustituye por su calidad de ser incluidas en el pasivo concursal, verificación mediante. En este entendimiento, los honorarios generados en estos comparten esta calidad por constituir un título verificadorio y no uno ejecutorio, como lo sería el caso de los honorarios regulados en una sentencia común, ajena a las disposiciones concursales.

Finalmente, existe una razón de elemental lógica que justifica este razonamiento. La excepción al fuero de atracción y suspensión de las acciones responde a la necesidad de que los pretensos acreedores laborales transiten el proceso de conocimiento para poder configurar el título de su reclamo concursal. Las especiales condiciones de las relaciones laborales requieren de un marco de debate que la verificación de créditos tradicional no posee, entre ellas, garantizarle el acceso al debate ante su sede natural, el fuero del trabajo. Esto sin afectar la concursalidad final de su reclamo por revestir aquella sentencia la condición de título verificadorio

En palabras de la Corte *“La condición de los trabajadores como sujetos de preferente tutela constitucional mantiene vigor ante la insolvencia del empleador y debe ser armonizada con los principios concursales que procuran alcanzar una solución colectiva frente a la crisis de la insolvencia; en este sentido, una de las finalidades de la ley 26.684 es proyectar la preferente protección de los créditos laborales en el ámbito de los concursos preventivos y las quiebras.”*¹⁰⁰

Esto muestra que no existe una supresión de los principios concursales por la tutela agravada de los trabajadores. Antes bien se impone una armonización que no desnaturalice el régimen de solución de la insolvencia. No puede considerarse, de este modo, que la sola calidad del crédito lo aísle de la realidad de la insolvencia y adecue las reglas de tratamiento a ella.

¹⁰⁰ Fallos 343:1.772



DECONOMI

Las razones que motivaron la modificación del texto originario de la ley 24.522 corroboran esta afirmación. Al respecto explica Heredia ¹⁰¹10 que el sistema instaurado por la ley 24.522 resultaba inadecuado para resolver con justicia la situación de estos créditos, condenándoselos a transitar por un laberinto de trámites acotados, que ponían en riesgo su reconocimiento. De este modo, resultaría contradictorio que los créditos generados con motivo u ocasión del debate necesario para facilitar el acceso de los acreedores laborales al pasivo concursal se encuentren en mejores condiciones que aquellos.

De igual modo, la exclusión de estos créditos del concurso derivaría en un segundo contrasentido. La cristalización del pasivo como modo de dotar de certeza al concursado y facilitar su gestión y la superación de la insolvencia imperante se esterilizaría por la aparición -necesaria- de créditos indeterminados y de contornos imprevistos, que pueden amenazar el avance del concurso.

V. **Algunas propuestas de solución. Una revisión jurisprudencial.**

La naturaleza de los honorarios generados en estos procesos que, por excepción, continúan a pesar de la existencia del concurso preventivo ha recibido una consideración dispar en la jurisprudencia de las distintas provincias.

Como precedente podemos memorar el criterio sentado por la sala D de la Cámara de Comercio capitalina ¹⁰² a favor de la concurrencia por accesoriedad del crédito por honorarios.

Al respecto afirmó el tribunal que *“el hecho de que el crédito principal reclamado en las actuaciones supra sea de causa anterior al concursamiento resulta suficiente para dirimir el punto, pues tratándose de honorarios judiciales generados en un pleito de esas características el carácter accesorio de la retribución impone su tratamiento concursal”*

¹⁰¹ HEREDIA, PABLO D., Ley 26.086 nuevo modelo en el régimen de suspensión y prohibición de acciones y en el diseño del fuero de atracción del concurso preventivo, en Jurisprudencia Argentina, 2006 - II, fascículo 5, pág. 18

¹⁰² CNCom, sala D, 19.10.10; De Arizmendi, Fernando; LL 2.011 -B-52



DECONOMI

Luego de definir la cuestión, se concluyó que *“es que más allá de cualquier otra consideración que pudiere merecer el tema tal proceder implicaría crear en la práctica nuevos e inesperados pasivos cuya inmediata exigibilidad atendería, a no dudarlo, contra la situación del deudor, poniendo en serio riesgo la surte del proceso de recuperación acordado con los acreedores”*.

En Córdoba, podemos tomar como ejemplo diversos planteos habidos en el concurso preventivo de Argentoil S.A. Sucesivos reclamos de los honorarios de una abogada generaron la respuesta de distintas cámaras.

El primero que mencionaremos se falló en fecha 9.12.14¹⁰³. Se trataba de una ejecución de honorarios derivados de un proceso de conocimiento continuado. La ejecutada opuso la excepción de incompetencia por considerar que el crédito debía ser verificado en sede concursal. El magistrado de primera instancia desechó la excepción con fundamento en la consideración temporal del crédito con respecto a la fecha de presentación del pedido de formación del concurso preventivo. Desde esa perspectiva, consideró que el crédito resultaba ajeno a la concursabilidad por haber sido las labores profesionales posteriores a ese hito.

Apelada la sentencia la cámara, por mayoría, acoge el recurso y declara la concurrencia del crédito.

Al fundar su decisión sostuvo el tribunal que *“cabe acordar con el apelante que, en los presentes, no corresponde aplicar la regla de la temporalidad en forma aislada, sino que debe estarse también a la naturaleza del crédito cuyo cobro se pretende. Esto así desde que podría violentarse la finalidad del proceso concursal y, en consecuencia, la posición de igualdad en que deben estar todos los acreedores. Cabe recordar que la legislación concursal se estructura sobre principios y caracteres como la igualdad de los acreedores, la universalidad e integridad del patrimonio, y la unicidad y concentración del proceso ante el juez del concurso de las acciones de contenido patrimonial contra el concursado por deudas de causa anterior a la presentación del concurso”*. A partir de estas premisas, se considera que el crédito por

¹⁰³ C.C. y C. 7 de Cba., 9.12.14; Gabutti, Irene Carolina c/ Argentoil S.A. s/ ejecutivo – cobro de honorarios, Expte. n° 243672/36



DECONOMI

honorarios resulta accesorio del crédito por el que se litigó. De ahí que se afirmara que “no puede omitirse la naturaleza del crédito cuyo cobro se pretende, al haberse generado éste como consecuencia del cobro de un crédito de carácter concursal.”

Adicionalmente, en concordancia con el dictamen fiscal, se resalta que *“de mantenerse la decisión impugnada, se daría la injusta situación que el acreedor laboral en favor de quien se desarrolló la labor profesional que generó los honorarios, tenga que concurrir a hacer efectivo su crédito en el concurso a resultas del acuerdo homologatorio, mientras que el profesional que lo asistió tendría la posibilidad de ejecutar en forma individual, sin respetar las formas de pago acordadas con los acreedores”*

El voto disidente comparte el criterio del juez de grado al afirmar la posconcurzalidad de los honorarios. Esto, en atención a que las labores profesionales se concretaron con posterioridad a la presentación del concurso. A su vez, se destacó que no existe norma alguna que determine a la accesoriedad invocada por la mayoría. En igual sentido considera dogmática la calificación como una injusticia de la preeminencia de cobro del crédito por honorarios.

La Cámara Tercera, por su parte, resolvió una controversia similar de igual modo ¹⁰⁴. En el caso, desestimada la accesoriedad del crédito por honorarios, se valoró la distinta temporalidad de los trabajos profesionales. En parte se habían desarrollado previo a la presentación y en parte luego de esta.

Bajo esta razón, se afirmó la indivisibilidad de la labor profesional y su retribución. Se alega el sentido general de las leyes arancelarias en cuanto a evitar el fraccionamiento del proceso respecto de los honorarios.

En breves palabras, *“para el caso de juicio continuado luego de la apertura del concurso preventivo encuentro sustentable la tesis que se resiste a distinguir la data en que fueron efectuadas las labores profesionales sino que en*

¹⁰⁴ C.C. y C. 3 Cba. Gabutti, Irene Carolina c/ Argentoil S.A. s/ ejecutivo – cobro de honorarios – recurso de apelación, Expte. n° 2434701/36



DECONOMI

tales casos los honorarios que se devenguen serán todos créditos concursales (concurrentes)”, se dijo con cita de doctrina.

Asimismo, se dijo que “las costas generadas en el proceso posterior al concurso deben concebirse como un crédito concursal derivado de un tránsito judicial opcional de un crédito que necesariamente deberá ser sometido a verificación para ser reconocido en el pasivo del concurso, situación que consiente el profesional al asumir desplegar su tarea siguiendo la vía opcional previa a la insinuación en el pasivo del crédito a su cliente”

La Cámara Novena, por su parte, dio igual respuesta ante un proceso laboral iniciado después de la apertura del concurso preventivo de la empleadora¹⁰⁵

El tribunal ratifica la concurrencia de los honorarios originados en este proceso a partir de considerar que la aplicación de la ley no puede resultar una actividad mecánica que se agote en la literalidad del texto, según lo ha establecido la Corte Suprema. Como consecuencia se dijo que *“podemos afirmar que no puede aplicarse en el sub lite fríamente la regla general de la “temporalidad” (art. 32 LCQ), en tanto nos encontramos frente a un crédito cuya causa si bien es temporalmente posterior, encuentra su razón de ser (causa) en aquella situación de excepción al fuero de atracción ya referida que es establecida por la propia ley concursal al determinar una vía distinta para lograr el ingreso al proceso de los créditos laborales, claro está sólo para su reconocimiento y no para su ejecución. Que no tiene razón de ser, si no es en el marco de esa norma concursal”*

A diferencia de los precedentes citados, este tribunal no funda su decisión en la accesoriedad fondal de los créditos. En su lugar, reconoce que el crédito reclamado resulta *“accesorio por conexidad causal con la materia del juicio principal, aunque no con su resultado”*.

Desde el punto de vista lógico, se afirmó que *“debe repararse en que si el crédito de honorarios devengados es efectivamente pos concursal lo es en*

¹⁰⁵ C.C. y C. 9 Cba., 3.3.15; Gabutti, Irene C. c/ Argentoil S.A. – Ejecutivo – Cobro de honorarios – Recurso de apelación, Expte. n° 2434676/36



DECONOMI

virtud de una excepción al fuero de atracción que lo extra de la regla con la sola intención del beneficio del acreedor principal -laboral- y que no lo hace en miras a la naturaleza de la causa que genera esa actuación profesional”

A su vez, y desde una mirada sistemática se sostuvo que “ello evita además la interpretación asistemática de la LCQ que generaría una notoria desigualdad en perjuicio del acreedor laboral al que obliga a concurrir al juicio universal mientras que a su letrado lo sustrae tanto del mismo, como de los efectos de ese acuerdo eventual”

En la provincia de Buenos Aires, podemos referir un precedente de la ciudad de Bahía Blanca.

El fallo de primera instancia, dictada por Darío Graziabile, desestimó la verificación del crédito por honorarios por considerarlo posconcurusal. Llamativamente acreedor apeló la decisión, luego revocada por la Cámara¹⁰⁶ En prieta síntesis, el tribunal consideró que los honorarios incluidos en las costas configuran un crédito accesorio del crédito debatido en el proceso de conocimiento.

Más recientemente la sala 1 de la Cámara Civil y Comercial de Rosario reconoció la extraconcursalidad del crédito por honorarios derivados de un proceso de conocimiento continuado en el marco de un concurso preventivo¹⁰⁷. El letrado titular del crédito se había presentado a verificarlo, oponiéndose la sindicatura por considerar que se trataba de una acreencia ajena a la concursalidad por el tiempo de su nacimiento.

La sentencia de primera instancia admitió la insinuación. La sindicatura se alza contra la admisión afirmando la autonomía de la condena en costas y de los consecuentes honorarios.

El Vocal Ariza -a cuyas razones adhiere el Vocal Kvasina- reitera la postura de anteriores decisorios al definir a los honorarios según la temporalidad del nacimiento de la obligación, según sea el obligado. En el caso de la condena

¹⁰⁶ C.C. y C. de Bahía Blanca, sala 1, 11.8.22, López, Manuel Cruz c/ Servicios Integrados Bahía Blanca S.A. s/ incidente de verificación de créditos

¹⁰⁷ C.C. y C. de Rosario, sala 1, 4.9.23, Sosa, Martín Alejandro c/ Soc. Ben. Hosp. Italiano Garibaldi s/ incidente verificación tardía, sumariado en RDPyC 2.023 -3-713.



DECONOMI

en costas contra el concursado en los procesos que continúan o se inician a pesar del concurso preventivo, se debe considerar que el crédito profesional es posconcurzal. Se trata, según entiende el magistrado, de una obligación autónoma del crédito debatido en el proceso de conocimiento. Por ello, el hecho de que este sea concurrente no afecta a la deuda por honorarios.

En su disidencia, el Vocal Cifré, comparte algunos de los argumentos del voto mayoritario, sin perjuicio de que reconoce que dentro del proceso concursal no puede predicarse la absoluta autonomía del crédito por honorarios profesionales. En sus palabras, *“sin embargo, esta “autonomía” entre una obligación y otra no es necesariamente “absoluta”, siempre que es posible encontrar que, en ocasiones, el legislador establece vínculos entre la obligación que surge del proceso (por el pago de las costas) y la que fuera debatida en el mismo”*

Luego de reconocer la vacancia legal sobre el particular, afirmó que esta solución *“no somete al concursado -cuya reorganización patrimonial es, en última instancia, la finalidad última de la regulación-, tener que afrontar -sin ningún tipo de resguardo- un nuevo pasivo que, paradójicamente, es generado a partir del propio mecanismo establecido para reordenar el que ya acarrea y que, a la luz de la cantidad de excepciones previstas por el art. 21 LCQ, puede alcanzar un porcentaje importante de aquel”*

Como puede verse, el vacío regulatorio ha generado una aplicación dispar de la continuación de estos procesos de conocimiento. Las consecuencias de estas desigualdades resultan relevantes para el concurso preventivo en sí mismo, como ya se señalará.

Resulta claro que el proceso concursal, fundado en un presupuesto sustancial peculiar, establece soluciones igualmente peculiares, que no pueden confundirse con la aplicación de reglas comunes, pensadas para situaciones distintas. La tensión puede resumirse siguiendo a Conil Paz cuando concluye que *“Es que existe una verdad incuestionable: el proceso concursal si bien posee características especiales ya que se nutre, por una parte, del derecho sustancial, y por otra, del derecho procesal, con lo cual exhibe una autosuficiencia de estructura, de institutos y de principios, resulta apto para resolver cualquier*



controversia que pueda presentársele. De allí que se exija el máximo de prudencia cuando se recurra a normas extrañas”¹⁰⁸

VI. Conclusiones.

Como se planteara el comienzo de estas líneas, la convocatoria de la Dirección apuntaba a analizar situaciones concretas de actividad judicial concursal que debiera integrar a la ley vigente, dando respuesta a conflictos derivados de su texto (o la falta de él). La elección del supuesto abordado resulta, como se puede ver, de la misma realidad de la práctica concursal.

La falta notable de una solución expresa en la ley ha justificado una proficua labor jurisprudencial en la solución de los conflictos suscitados. No obstante esto no acalla la necesidad de subsanar los vacíos que los remedos legislativos han provocado en la ley concursal vigente.

El caso de las consecuencias de los procesos de conocimiento que pueden continuar tramitando o iniciarse con posterioridad a la apertura del concurso preventivo no puede entenderse al margen de las reglas especiales de la concursalidad. Su misma existencia responde a una necesidad instrumental del proceso concursal, por lo que no se lo puede dissociar de las reglas y principios que gobiernan este derecho de excepción.

En esta inteligencia, compartimos el criterio de la concurrencia de los honorarios profesionales nacidos durante la tramitación de los procesos de conocimiento necesarios para la configuración del título verificadorio. Una conclusión contraria no sólo resultaría asistemática con respecto a las previsiones normativas específicas, sino que desconocería las finalidades mismas del sistema. En lugar de facilitar la superación de la cesación de pagos, deformaría la cristalización del pasivo y su previsibilidad, dificultando la gestión del concursado.

Paradójicamente, la necesidad de proteger a algunos acreedores importaría una afectación cierta de las disponibilidades económicas del deudor

¹⁰⁸ CONIL PAZ; ALBERTO; *Ley concursal prevalente y normas procesales*; LL 1.993-C-346



DECONOMI

en su momento de mayor fragilidad patrimonial. Lo secundario, lo instrumental con respecto al especial amparo de créditos que necesitan del amplio debate que el proceso garantiza, representaría una amenaza cierta para estos últimos.

La actuación de los principios y reglas concursales, trasciende la mera letra de la ley concursal, en ocasiones insuficientes. La integración de las normas en casos que no resueltos expresamente por el legislador debe ser consecuente con la sistemática preventiva del caso y según la lógica singular de la justicia distributiva que caracteriza a lo concursal.

Los sucesivos conflictos y tensiones relevados en la jurisprudencia provincial dan cuenta de la conveniencia de una determinación legal que evite una dispersión de respuestas, atentatoria contra la racionalidad de la solución concursal. Hasta que eso suceda, confiamos en la racionalidad de la magistratura, llamada a resolver problemas concretos, actuando los principios y normas del sistema concursal con justicia y equidad.

