

Proceso concursal. Visión latinoamericana

Por Carlos A. Parellada

I. Introducción. II. El entorno del proceso concursal latinoamericano. III. Las ideas que se fortalecen en las soluciones legales latinoamericanas. 1. La regla de que es mejor prevenir la insolvencia que el tratamiento de ella cuando está instalada. 2. El principio de la celeridad en el tratamiento de las dificultades que llevan a la insolvencia. 3. El principio de conservación de la empresa, y su escisión del empresario. 4. La maximización del valor de la empresa para el supuesto que haya que liquidarla. 5. El principio de la autonomía de la voluntad que avanza sobre el orden público concursal. VI. Las ideas que se debilitan. V. Conclusiones

I. Introducción

El objetivo de estas líneas es dar un panorama muy general de lo que está ocurriendo en el derecho concursal latinoamericano para ser expuesto en el V Congreso Iberoamericano sobre la Insolvencia y VII Congreso Argentino de Derecho Concursal a celebrarse entre los días 5 y 7 de octubre de 2009 en la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad Nacional de Cuyo, Ciudad de Mendoza.

No tiene otra pretensión que la brindar un pantallazo de algunas tendencias legales que se insinúan en la región para el abordaje del fenómeno de la insolvencia, sin pretensiones de agotarlas, ya que existen otras que no analizaremos. Tampoco se aspira a realizar un análisis detallado del derecho vivo de cada país, que seguramente podrán abordar con mayor ilustración los especialistas de cada uno de ellos que nos acompañarán. Por ello, no entraremos en las particularidades de cada solución legal, sino que sólo veremos las normas como expresión de tendencias.

La mirada está dirigida hacia las legislaciones dictadas en los últimos tiempos, teniendo principalmente en cuenta: la normas nuestro país –

Ley 24.522 y su modificación por la Ley 25.589 del 2002 y 26.086 de 2006-, la Ley de Concursos Mercantiles del 12 de mayo de 2000 –y sus modificaciones del 27 de diciembre de 2007- de la República de México, la Ley de la República de Chile No. 18.725 –modificada por las leyes 20.004 y 20.073-, la Ley de Concursos y Reorganización empresarial, No. 18.387 del 15 de octubre de 2008 de la República Oriental del Uruguay, la Ley General del Sistema Concursal de la República del Perú No. 27.809 del 5 de agosto de 2002, la Ley No. 1116 de la República de Colombia del 27 de diciembre de 2006 y la Ley No. 11.101 del 9 de febrero de 2005 de la República del Brasil; todas ellas leyes del siglo XXI.

II. El entorno del proceso concursal latinoamericano:

La comprensión del fenómeno de la insolvencia y su superación no puede ser separada de lo que está ocurriendo en el mundo, dentro del cual se ubica Latinoamérica. Hay una serie de situaciones que están sucediendo, y por supuesto, las tenemos que señalar para explicarnos la evolución que viene sufriendo el Derecho Concursal y el modo en que ello se manifiesta en el ámbito de este proceso.

No se trata de una ‘evolución’, sino de una ‘revolución’. Así lo pone de manifiesto Ariel A. Dasso cuando evoca este inicio del siglo XXI, como el del “tsunami concursal” ⁽¹⁾.

En primer término, es necesario destacar que el mundo se ha acelerado –las comunicaciones, el conocimiento, la información, en fin, nuestras vidas-, como consecuencia fundamentalmente de la tecnología, que ha producido una marcada vertiginosidad de los procesos económicos. Al haberse achicado el

¹ Aut. cit., “Tendencias del derecho concursal. En ocasión del nuevo modelo francés” L.L. Sup.diario 3/8/2009, pág. 3, especialmente cap. 2.

mundo como consecuencias de las comunicaciones, todos estamos en estrecho contacto y hay grandes probabilidades de contagio de la gripe A N1H1 y de las tendencias económicas expansivas o reactivas.

Ha dicho Aldo Ferrer: *"La revolución tecnológica en los transportes y las comunicaciones provocó una rebaja drástica de tiempos y costos para el desplazamiento de mercaderías y personas y la transmisión de información. Por primera vez en la historia, prácticamente todo el planeta quedó integrado en un mercado mundial y comunicado en tiempo real"* (2).

Los Estados se han empequeñecido y debilitado; los grupos financieros se han engrandecido y fortalecido.

Mientras antes la concatenación del crédito tenía ribetes locales, lo que provocaba que la caída de una empresa repercutía fundamentalmente en las otras empresas radicadas en la zona o –en algunos supuestos- en el país, ahora en el mercado globalizado cuando ‘se estornuda en Asia, América latina se resfría’, cuando ‘se resfría EE.UU., el mundo necesita ser internado en terapia intensiva’.

De ese modo es muy difícil, que puedan subsistir criterios autónomos o autóctonos de superación de las crisis, las soluciones se uniformizan. El Derecho –como respuesta a un mercado global- se globaliza, y esto es lo que se conoce como la globalización jurídica. Ella implica que los distintos sistemas jurídicos –anglosajón y continental- comienzan a mirarse mutuamente.

Por ello, en Latinoamérica no es extraño que el Legislador se inspire en las normas del US Code, lo que antes iba a buscar en la legislación francesa o en la italiana; pero, con la particularidad que si recurre a esas

fuentes, verá que igualmente, la distancia entre lo anglosajón y las normas europeas no es tan enorme como era en épocas pasadas, porque las nuevas tendencias se manifiestan globalmente. No obstante, se levantan voces que reclaman la reflexión local –no estandarizada- pues *“la insolvencia es un fenómeno común pero distinto, depende la situación económica en cada estado, de cada economía, por eso su definición no puede dejar de lado la propia realidad para adoptar soluciones externas. Sin perjuicio de ello, existen reglas o parámetros comunes, que son útiles, pero que no deben llevar a soluciones que por arte de magia y por el sentimiento de innovar son importadas sin medir su fuerza, su adaptabilidad a un determinado entorno”* ⁽³⁾.

Pero la tendencia es innegable, y así la doctrina brasilera reconoce que, pese a ser su tradición predominantemente romano germánica, la ley 11.101 (del 10 de junio de 2005) ha recibido una influencia del modelo norteamericano ⁽⁴⁾, tal como sucediera con nuestra ley local y otras dictadas en América latina.

También se produce –quizás como reacción defensiva, al verse desvalido, frente a los nuevos monstruos económicos - una elevación de la persona humana al centro del escenario jurídico. La Corte Suprema de Justicia de la

² FERRER, Aldo, "Historia de la globalización II. La Revolución Industrial y el segundo orden mundial", cit., p. 361

³ RODRÍGUEZ ESPITIA, Juan José “Aproximación al Derecho Concursal colombiano”, Revist@ e-Mercatoria Vol. 6 No. 2, especialmente cap. 3.1.

⁴ COLOMBO ARNOLDI, Paulo Roberto “A lei concursal brasileira e a ausência de disposições referentes a la insolvência trasfronteiriça: uma avaliação crítica”, Ref.Der.Comp. To 14 pág. 39, especialmente cap. II in fine; conf. CLARO, Carlos Roberto “Necessidade de alteração da lei 11.101/05” <http://www.parana-online.com.br/canal/direito-e-justica/news/370067/> (consulta del 9-IX-2009), quien se queja de que no se hayan traído otros institutos complementarios de esa misma legislación que contribuyen a la efectividad del salvataje.

Nación, comienza a decir 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 y constituye valor fundamental con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental*” (5). En este sentido, se recuerda con frecuencia que “*la protección de la persona frente a la globalización pasa por reforzar su autonomía más que por optar por leyes imperativas que se impongan sin considerar las necesidades del individuo*” (6). Se espera que de ese modo se otorgue mayor espacio a la inventiva y creatividad individual permitiendo soluciones más personalizadas (7).

El achicamiento del mundo provoca la proximidad, y ella nos permite percibir que –salvando los entornos, algunos de pobreza y otros de marcado desarrollo- los problemas son similares.

Así, mirándose en esa proximidad, se descubre que todos los poderes judiciales tienen las características de los proboscidios (8), o sea, se mueven con lentitud y, por lo tanto, están como imposibilitados de acompañarse al movimiento económico, sus polifacéticas, veloces y recurrentes alternativas que éste ofrece.

⁵ C.S.N., setiembre 21-2004 “*Aquino, Isacio c. Cargo Servicios Industriales S.A.*” Sup.Especial La Ley 2004 (septiembre), 39, con nota de Ramón D. PIZARRO “*La Corte consolida la jerarquía constitucional del derecho a la reparación (primeras reflexiones en torno a un fallo trascendente y a sus posibles proyecciones futuras)*” y en Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales Tomo I pág. 529.

⁶ JAYME, Eric “*Le droit international privé du nouveau millenaire*” Rec. des Cours, año 2000, No. 282, págs. 13 y sigtes.

⁷ ALEGRIA, Héctor “*Acuerdo preventivo extrajudicial*” R.D.C.yC. To. 2002-3 pág. 145, especialmente en nota 61 al pie de página 168 recuerda lo aconsejado por Umberto Apice en tal sentido.

⁸ Al orden de los proboscidios pertenece el elefante.

Por otro lado, la economía posmoderna, capitalista y consumista tiene una marcada vocación por la preservación del pleno empleo y las industrias locales (⁹), pues aquél contribuye a incentivar a la producción y ésta requiere de la inversión que son sus principales aceleradores y que se retroalimentan, en cuanto el consumo confiere demanda y requiere de la producción, que a su vez requiere inversión, que aumenta la oferta e incentiva el consumo, ayudada por un sistema de publicidad que despierta necesidades y que reinicia el ciclo. Consumo y producción juegan paralelamente, pues si no hay consumo ¿para qué producir? Y si no hay producción ¿qué ofreceremos para el consumo?

Sin embargo, no falta las dificultades en el orden económico, pues en cada vuelta del ciclo gran parte de la estructura se vuelve obsoleta rápidamente, y lo que se producía exitosamente ayer, hoy está superado por un nuevo producto que acapara la atención del público y sustituye al anterior. Quien lo producía, ya no obtiene ganancias con su estructura y si se sobredimensionó o se endeudó, lo que no es difícil que ocurra, se encuentra con un gran stock de mercaderías perimidas y una estructura que debe ser adaptada a una nueva producción, que requiere nuevas inversiones que no pueden hacerse sino mediante mayor endeudamiento... hasta que se produce el ahogo, ya sea de origen económico o financiero: las llamadas dificultades económicas o financieras que requieren del esfuerzo común para su superación. Esfuerzo de la empresa, de sus proveedores, de sus empleados y de sus acreedores. A la organización y regulación de ese esfuerzo

⁹ RIVERA, Julio C. “El derecho concursal: una rama cuya legislación está en permanente cambio” Rev.Der.Comp. To. 15 pág. 11, especialmente cap. II.3. RIVERA; Julio C. y ROITMAN, Horacio “El derecho concursal en la emergencia” <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/revlad/cont/1/art/art10.pdf> (consultado set.8-2009)

está ordenado el proceso concursal, que cumple dos funciones: o salva a la empresa o la elimina del mercado.

Tradicionalmente, esas funciones estaban encomendadas al Poder Judicial y se satisfacían a través del proceso de quiebra, ya que se trataba de un proceso judicial destinado a superar el problema del estado de cesación de pagos que se manifestaba como un conflicto entre particulares, aunque comprometiendo intereses públicos de naturaleza predominantemente económicos y con ribetes sociales.

La lenta respuesta de la jurisdicción frente a la insolvencia provoca que los acreedores estén insatisfechos con las soluciones que el Estado les ofrece ante el fenómeno, un largo proceso burocrático que le contesta en tiempo diferido, a veces, tan diferido que la respuesta no se entiende –porque no se armoniza con el contexto del momento en que se preguntó o pidió tutela⁽¹⁰⁾–, lo que hizo que comenzara a hablarse de la “falencia de la falencia” o de la “quiebra de la quiebra”⁽¹¹⁾.

¹⁰ La experiencia profesional nos ha permitido anunciar que ganamos un planteo judicial, y al comunicárselo a nuestro cliente, éste sorprendido nos dice: “ay, doctor, me da una mala noticia, pues ahora hubiera preferido perder el planteo, porque las circunstancias han cambiado desde el momento que lo hicimos, hoy ganar me irroga una pérdida muy importante, ya no hay mercado para la mercadería que Ud. ha logrado recuperar”.

¹¹ La exposición de motivos de la Ley uruguaya 18.387 de “Declaración judicial del Concurso y Reorganización empresarial” hace una descripción que sirve de ejemplo de lo dicho en el texto: “la inoperancia de los procedimientos de ejecución concursal castiga igualmente a la figura de los procesos preventivos (fundamentalmente, el concordato). El riesgo casi inexistente de que un acreedor solicite su quiebra determina que los deudores no tengan incentivo para acudir temporáneamente a procedimientos solutorios de las situación. El temor a la pérdida de crédito que el concordato provoca determina que el deudor extienda su situación de dificultad hasta el momento en que muy poco queda por hacer. La situación límite en que se encuentran los deudores concordatarios y la escasa posibilidad que perciben los acreedores de la satisfacción de sus créditos determina que éstos se vean dispuestos a consentir propuestas ruines o de cumplimiento imposible, y que prosperen

Obviamente, el proceso concursal entró en crisis. Crisis es “*cambio brusco en el curso de una enfermedad, ya sea para mejorarse, ya para agravarse el paciente*” (12). Esa doble destinación de la ‘crisis’ –mejoramiento o agravación- se suele olvidar, por efecto del alto contenido emocional del término (13), precisamente, porque es una situación de duda, de desconcierto, de enfrentamiento entre las tendencias del pasado y las que se insinúan hacia el futuro; en fin, una situación a través de la cual preferiríamos no pasar. La crisis es un punto de inflexión que puede llevar a la muerte o puede llevar a la superación de la enfermedad. Recuerda Atilio A. Alterini lo significativo que es que en el idioma chino se representa con dos ideogramas: el que trasmite la idea de “peligro” y de “oportunidad” (14).

Muchas veces los intelectuales latinoamericanos nos inclinamos –emocionalmente-, por la visión pesimista, y vemos sólo el peligro, e ignoramos la esperanza que debe suscitar la crisis, en cuanto es el punto de inflexión que puede llevar, también, a la superación de la enfermedad.

maniobras fraudulentas, como el ocultamiento y simulación de activos y pasivos o la compra de adhesiones y de créditos, que generalmente resultan impunes. ... Este panorama se traduce en una retracción del crédito, en un mayor costo del mismo y en una excesiva apelación a las garantías reales, con los costos de transacción y la inmovilización que la misma provoca”. A los fines de incentivar a los acreedores a solicitar la quiebra de los deudores, superando la indiferencia se prevé en dicha ley un privilegio general sobre el 50% de los créditos quirografarios que titularice el acreedor que promovió la declaración de concurso, en tanto no supere el 10% de la masa pasiva (art. 110 inc. 3 L. 18.387 de Uruguay). Por su parte, el incentivo a las empresas para la presentación oportuna en concurso se arbitra mediante la no calificación de la conducta al deudor que se presente voluntariamente en concurso o si el convenio aprobado prevé la cancelación de los créditos íntegramente en un plazo no superior a dos años, o si el producido de la liquidación cubre la totalidad del pasivo (art. 196)

¹² Primera acepción del Diccionario Enciclopédico de la Real Academia Española.

¹³ CAPOGRASSI, Giuseppe, "La ambigüedad del Derecho contemporáneo", en La crisis del Derecho, trad. M. Cheret rev. por S. Sentís Melendo, Buenos Aires, 1961, pág. 35

Nuestra intención es mostrar cuáles son las ideas que aparecen en la crisis de la falencia y cuáles son las que aparecen claudicantes –que se modifican o que pierden su antiguo vigor-, sin que ello signifique aceptar que todo lo nuevo es ‘por nuevo, bueno’ ni que todo lo viejo es ‘por antiguo, malo’, sino que será necesario ver que es lo adecuado para cada momento de acuerdo a las valoraciones sociales de la época y responder a la voluntad constante de buscar equilibrios ⁽¹⁵⁾. Equilibrio que también se reclama a la hora de adoptar modelos internacionales, los que requieren una adaptación de modo que no resulten un engendro o una malformación en el derecho nacional ⁽¹⁶⁾. Se trata, adicionalmente, de resistir a la tentación recurrente del movimiento pendular que nos lleva de un extremo al otro ⁽¹⁷⁾.

III. Las ideas que se fortalecen en las soluciones legales latinoamericanas

En la crisis, la necesidad impulsa e incentiva la aparición, y a veces, reaparición de ideas ⁽¹⁸⁾. Entre las nuevas ideas, una de ellas

¹⁴ ALTERINI, Atilio Aníbal “¿Hacia un geoderecho?” L.L. To. 2005-E pág. 1258

¹⁵ COLOMBO ARNOLDI, Paulo Roberto “A lei concursal brasileira ...” cit., Rev.Der.Comp. To 14 pág. 39, especialmente cap. III in fine

¹⁶ MEJAN, Luis Manuel C. “La ley de concursos mercantiles mexicana” Rev.Der.Comp. To. 8 – Insolvencia pág. 115, especialmente cap. I in fine.

¹⁷ CIURO CALDANI, Miguel Angel “Las partes del subordenamiento jusprivatista internacional argentino. El concurso, la hora de la verdad de un régimen” L.L. To. 2003-E pág. 592, señala las concepciones que inspiran las diversas soluciones la que entiende que la insolvencia es una alternativa que permite la “reacomodación de las fuerzas económicas”. En tanto que otra idea es que *“con la empresa entra en crisis de cierto modo el sistema y se trata de una cuestión más vital para el conjunto. Siempre cabe interrogar cuánto la quiebra es una autodepuración o una destrucción del sistema. Importa, quizás de modo creciente, diferenciar el “con-curso” de la quiebra, que es una de las maneras de resolverlo”*

¹⁸ ALBERTI, Edgardo M. “Redescubrimiento del concordato extrajudicial” La Ley To. 1981-D, pág. 1106

se inspira en la comprensión de que ‘es mejor prevenir, que curar’; que no era conveniente esperar a las manifestaciones del estado de cesación de pagos; que las empresas que llegan al ‘stress’ de la crisis no fácilmente cumplían con el imperativo de convocar a sus acreedores, sino que intentaban agotar sus propios esfuerzos para superarla, por temor a la desconsideración social frente al fracaso o a perder el crédito. El acreedor sólo podía impulsar la quiebra, que difícilmente le ofrecía la posibilidad de cobrar una proporción razonable de su crédito. De ese modo, cuando la empresa acude a pedir el auxilio jurisdiccional ya era tarde, pues la salvación de la empresa era muy difícil; que era preferible ofrecer caminos que permitieran no llegar al estado cesante, y que para ello era necesario establecer remedios preventivos, que actuaran frente a las dificultades económicas o financieras sin aguardar al estado de cesación de pagos ⁽¹⁹⁾.

Aparecen allí, una serie de principios y reglas que se perciben que han de contribuir a una mejor solución de la insolvencia, que sin agotarlos, destacaremos algunos de ellos:

1. La regla de que es mejor prevenir la insolvencia que el tratamiento de ella cuando está instalada.

¹⁹ BELTRÁN SÁNCHEZ, Emilio M. “El nuevo derecho concursal español” en *Doctrina Societaria y Concursal* Nov-2003, tomo XVII pág.1127, especialmente en el cap. III intitulado “El problema del escaso grado de satisfacción de los acreedores”, apartado 2, en el que dice: *“Uno de los más graves problemas del derecho concursal es el denominado problema temporal: el concurso se abre, con frecuencia, cuando el patrimonio del deudor no sólo es insuficiente.... La receta para la solución del problema es doble, y arranca de la evidente constatación de que deudor y acreedores disponen de diferente información. El deudor ha de conocer su situación, por lo que basta con ofrecerle estímulos –positivos o negativos– para que inste su propio concurso. En cuanto a los acreedores, parece necesario, ampliar las fuentes de información y fijar un presupuesto objetivo más amplio que les permita instar la apertura del concurso con alguna posibilidad de éxito”*

Muestra de ello es que mientras antes el Derecho Concursal sólo se ocupaba del “deudor cesante en pagos”, hoy toma intervención preventiva cuando se está incubando el estado de impotencia patrimonial ⁽²⁰⁾.

La empresa puede apelar a soluciones que tendrán repercusión concursal ante ‘dificultades financieras o económicas de carácter general’ ⁽²¹⁾. La influencia del derecho francés, del cual ha sido paradigmático el “Rapport Sudreau” que aconsejaba prevenir, asumiendo la concursabilidad ante dificultades reales o potenciales evitando que el procedimiento se desencadene cuando es demasiado tarde ⁽²²⁾.

²⁰ Sobre las diferencias entre el ‘estado de cesación de pagos’ y las ‘dificultades financieras y económicas’ no hay acuerdo doctrinal. Para una parte de la doctrina, la diferencia está simplemente en la exteriorización, pero no en su esencia (Alegría, Héctor “Notas sobre el acuerdo preventivo extrajudicial” R.D.P. y C. To. 10 Concursos y quiebras I, pág. 257, especialmente cap. 3; fue, también, el pensamiento inicial de Antonio Tonón, que luego rectificó en “Para una polémica en torno a la ineficacia del acuerdo preconcursal” L.L. To. 1985-D pág. 825). Otra parte, en cambio, entiende que no hay identidad pues las dificultades no obstante su generalidad que comparte con el estado de cesación de pagos, difiere en cuanto a su transitoriedad frente al carácter irreversible de esta última (Heredia, Pablo D. “Tratado exegético de Derecho Concursal”, Bs.As., Ábaco, 2000, To. 2 pág. 536 y sgtes., No. 5 de la glosa al art. 69; Junyent Bas, Francisco “Ley de concursos y quiebra-Comentada”, Bs.As., LexisNexis-Abeledo Perrot, 2009 To. I No. 2 de la glosa al art. 1º, Lexis 6208/0019995; Chomer, Héctor O. “Breves comentarios sobre el nuevo acuerdo preventivo extrajudicial. ¿O la convocatoria de acreedores? J.A. To. 2003-IV pág. 1131 y Lexis No. 0003/010017, especialmente 1.b; Graziabile, Darío J. “Acuerdo preventivo extrajudicial –el llamado APE–” R.D.C. y O. año 40 To. 2007-A pág. 3, cap. III.2).

²¹ Las dificultades económicas son las que se relacionan a la patrimonialidad, rentabilidad de la empresa dentro del mercado que se ubica y sus características, y en relación a su producción y tecnología. Financieras, en cambio, son las que hacen a la liquidez para cubrir los gastos de giro y el nivel de endeudamiento. Ver SEGAL, Rubín “Acuerdo preventivos extrajudiciales”, Bs.As., Depalma, 1998, pág. 112; HEREDIA, P. “Tratado exegético de Derecho Concursal”, Bs.As., Ábaco, 2000, To. 2 pág. 536 y sgtes., No. 5 de la glosa al art. 69.

²² CÁMARA, Héctor “El concurso preventivo y la quiebra” Bs.As., Depalma, 1990, vol III B. pág. 676.

De allí que esas dificultades sean el presupuesto fáctico que permita acudir al acuerdo preventivo extrajudicial, como lo prevé la ley argentina (arts. 69 y sigtes.)

La ley No. 1116 de Colombia (27-12-2006) para la iniciación del proceso de reorganización, regulado en el cap. II, requiere “*situación de cesación de pagos o una incapacidad de pago inminente*”, aunque, esta última sólo para las empresas plurales, ya que no comprende a la persona natural comerciante ⁽²³⁾. Se prevé que esa incapacidad se tendrá por acreditada mediante la prueba de la “*la existencia de circunstancias en el respectivo mercado o al interior de su organización o estructura, que afecten o razonablemente puedan afectar en forma grave, el incumplimiento normal de sus obligaciones, con un vencimiento igual o inferior a un año*”. La fórmula de la ‘incapacidad de pago inminente’ ha sido objeto de algunas críticas ⁽²⁴⁾, y parece alinearse con la interpretación que se ha esbozado en nuestro país en el sentido que las dificultades evocadas en nuestra ley, son un momento anterior a su manifestación hacia el exterior dentro del proceso que lleva al del estado de cesación de pagos.

Por su parte, en la doctrina brasilera, se distingue la insolvencia absoluta –cuando no existe viabilidad de recuperación económica- de la insolvencia relativa – cuando existen posibilidad de recuperación de la empresa-, y para este segundo supuesto se prevén los acuerdos de recuperación extrajudicial y el

²³ Art. 8 inc. 2 parágrafo de la Ley 1116 de Colombia

²⁴ SOTOMONTE SOTOMONTE, Saúl “Aspectos sustantivos del régimen de la insolvencia” en Revist@ e-Mercatoria

de recuperación judicial, cuyos objetivos son iguales: posibilitar la recuperación de la empresa ⁽²⁵⁾.

2. El principio de la celeridad en el tratamiento de las dificultades que llevan a la insolvencia.

Esta es una preocupación que se evidencia en todas las leyes de la región, y a ello obedece el detallismo y la concatenación de los plazos que exhiben. Es que, como enseña Rodríguez Espeitía, *“a los sistemas concursales les interesa que cumplan su finalidad y además que su objeto se alcance en condiciones de tiempo sensatas”* ⁽²⁶⁾. Es que la rapidez del proceso concursal es crítica, como le señala Oscar Urizar, dado que la situación empresa deudora agrava su situación en la medida que se le dificulta acceder a nuevos capitales y créditos ⁽²⁷⁾.

La Ley de Concursos Mercantiles de México prevé para la etapa de conciliación un plazo de 185 días naturales a partir de la publicación de la sentencia, prorrogables dos veces por 90 días, o sea, que la conciliación no puede demorar más de un año.

Cabe, sin embargo, señalar que en algunos casos, la prisa lleva a algunas injusticias, como la resultante de la previsión del legislador chileno, que establece que en el caso de fracaso del experto facilitador, sea porque no rinda su informe o sea negativo, se sigue la declaración de quiebra de la empresa, es obvio

²⁵ LEONARDI, Marcel “Empecilhos à utilização da recuperação extrajudicial” <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9857> (consulta 9-IX-2009)

²⁶ Aut. cit. “Aproximación al Derecho Concursal colombiano”, *Revist@ e-Mercatoria* Vol. 6 No. 2, especialmente cap. 3.3.

²⁷ URIZAR, Oscar “Comparativa entre la ley de quiebras de los EE.UU. y las de los países de Latinoamérica” *Rev.Der.Comp.* To. 8 pág. 103, especialmente en pág. 107/108.

que en la primera hipótesis se hace recaer sobre la empresa las consecuencias de la negligencia del experto ⁽²⁸⁾.

3. El principio de conservación de la empresa, y su escisión del empresario.

Efraín H. Richard y Antonio Silva Oropeza sostuvieron en su comunicación al Primer Congreso Mexicano de Derecho Concursal (México - 2007) que *“afrontando la crisis se tutelan múltiples intereses, específicamente la conservación de la empresa –con o sin sus administradores originarios-, la estructura societaria, la consistencia del patrimonio como prenda común de los acreedores, una fuente de puestos de trabajo y la satisfacción de la comunidad donde la actividad está instalada”* ⁽²⁹⁾

La Ley 27.809 del Perú establece en su artículo 1. *“El objetivo del Sistema Concursal es la permanencia de la unidad productiva, la protección del crédito y el patrimonio de la empresa.”* En la primera parte del artículo se evocan tres principios: la protección del crédito (objetivo tradicional de cualquier ley concursal), la preservación de la empresa y la preservación del valor de la empresa. ⁽³⁰⁾

Por su parte, la exposición de motivos de la Ley de concursos y reorganización empresarial de Uruguay, señala que su objetivo es

²⁸ LEMBEYE VALDIVIA, Jorge “El experto facilitador y la viabilidad de la empresa” http://www.camvalpo.cl/experto_facilitador.pdf (consulta 11-IX-2009); PRADO PUGA, Arturo “Síntesis de la legislación de quiebras en Chile” R.D.C. y O. año 40 2007-A pág. 491, especialmente cap. VIII.2 h)

²⁹ Aut.cits. “La eficiencia del derecho concursal (sobre la tempestividad y el presupuesto objetivo)” especialmente cap. II

³⁰ DOTO COAGUILA, Carlos “Informe sobre la ley general del sistema concursal en el IPéru”, Rev.Der.Comp. No. 8-Insolvencia pág. 153,

“dotar a las empresas en dificultades financieras de un instrumento que permita la supervivencia de las unidades productivas viables, así como la eficiente y equitativa liquidación de las que no lo sean, protegiendo de esta forma la inversión, el empleo de los trabajadores y las relaciones comerciales sanas y leales”.

La misma inspiración reconoce la Ley 11.101 del Brasil, y surge claramente del Art. 47 que reza: *A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.* Y la doctrina reconoce que la recuperación extrajudicial participa de la misma finalidad ⁽³¹⁾.

Por su parte, la Ley 1116 de Colombia (27-12-2006) establece en su art. 1 la finalidad del régimen de la insolvencia, en los siguientes términos: *“El régimen judicial de insolvencia regulado en la presente ley, tiene por objeto la protección del crédito y la recuperación y conservación de la empresa como unidad de explotación económica y fuente generadora de empleo, a través de los procesos de reorganización y de liquidación judicial, siempre bajo el criterio de agregación de valor”.*

³¹ LEONARDI, Marcel “Empecilhos à utilização da recuperação extrajudicial” <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9857> (consulta del 9-IX-2009) que expresa: *“Apesar de referir-se à recuperação judicial, parece-nos claro que esses objetivos estão presentes também no processo de recuperação extrajudicial, que consiste em um meio formal de acordo especial com certos credores, que pode eventualmente ser imposto a uma minoria resistente. A recuperação extrajudicial não é um simples acordo do devedor com credores, pois sua causa é justamente a preservação da empresa e do interesse social a ela inerente”*

Al mismo principio conservatorio empeñado en el salvataje de las empresas ⁽³²⁾, responde la posibilidad de convertir en concurso preventivo la quiebra declarada, receptada en el art. 90 de la Ley 24.522 de Argentina, que por vía plenaria se ha permitido aún para el deudor que hubiere instado su propia declaración de quiebra ⁽³³⁾.

Otro instituto que apunta claramente a la conservación de la empresa es el llamado ‘cramdown power’ -estatuido por el art. 52- ap. b de la ley 25.589- por el cual el Juez podrá homologar un acuerdo que no haya alcanzado mayoría en todas las propuestas formuladas a las diversas categorías de acreedores que se hayan distinguido. Tal facultad funciona subordinada a cuatro requisitos concurrentes, o sea, que ninguno de ellos puede faltar: 1. que la propuesta hubiera obtenido la conformidad en por lo menos una categoría; 2. que tomando en cuenta el total del pasivo verificado y admisible –sin atender a las categorías- se hubieran obtenido las conformidades de tres cuartas partes del capital quirografario; 3. que la propuesta hecha a las categorías disidentes –que no las aprobaron- no discriminen impidiendo que los acreedores que las componen puedan elegir –una vez impuesto el acuerdo- incorporarse a algunas de las propuestas que resultaron aprobadas; y, finalmente, 4. que el pago resultante del acuerdo impuesto equivalga a un dividendo que no sea menor al que hubieren obtenido en hipótesis de liquidación. La nueva

³² GRISPO, Jorge D. “Conversión de la propia quiebra en concurso preventivo. Análisis del plenario Pujol” D.J. To. 2002-2 pág. 803, especialmente cap. V.

³³ C.Nac.Com. en pleno, mayo 30-2002 “Pujol, Juan C. s/quiebra” L.L. To. 2002-D pág. 19, D.J. To 2002-2 pag. 600, D.J. 2002-2 pág. 803 y Colección de Análisis Jurisprudencial Derecho Concursal - Director: Julio César Rivera – La Ley, 2006 pág. 229, con nota de Leandro J. Rizicman

redacción está inspirada claramente en el modelo estadounidense: el US Code, Título 11 Capítulo XI titulado Reorganization sección 1129 ⁽³⁴⁾.

El instituto del ‘cramdown power’ está también receptado en la Ley 11.101 de Brasil –art. 58 inc. 1 ⁽³⁵⁾- y aparece también como una facultad jurisdiccional restringida, sujeta a condiciones que deben reunirse acumulativamente, y aplicable a la recuperación judicial.

La Ley de Concursos Mercantiles mexicana (publicada el 12 de mayo de 2000) que en su artículo 1º declara “*Es de interés público conservar las empresas y evitar que el incumplimiento generalizado de las obligaciones de pago ponga en riesgo la viabilidad de las mismas y de las demás con las que mantenga una relación de negociación*”. La doctrina mexicana sostiene que la preservación del “*valor de la empresa se convierte en el eje y motivo de toda la ley, implica las facilidades que ésta da para propiciar los arreglos entre deudores y acreedores, dentro del procedimiento o privilegiando los acuerdo extrajudiciales*” ⁽³⁶⁾

³⁴ DASSO, Ariel A. “Balance provisorio de la ley 25.598. Dogma y praxis –principio y realidad” E.D. To. 204 pág. 992 y MJD 2777, especialmente cap. VII.

³⁵ Art. 58 § 1o O juiz poderá conceder a recuperação judicial com base em plano que não obteve aprovação na forma do art. 45 desta Lei, desde que, na mesma assembléia, tenha obtido, de forma cumulativa: I – o voto favorável de credores que representem mais da metade do valor de todos os créditos presentes à assembléia, independentemente de classes; II – a aprovação de 2 (duas) das classes de credores nos termos do art. 45 desta Lei ou, caso haja somente 2 (duas) classes com credores votantes, a aprovação de pelo menos 1 (uma) delas; III – na classe que o houver rejeitado, o voto favorável de mais de 1/3 (um terço) dos credores, computados na forma dos §§ 1o e 2o do art. 45 desta Lei. § 2o A recuperação judicial somente poderá ser concedida com base no § 1o deste artigo se o plano não implicar tratamento diferenciado entre os credores da classe que o houver rejeitado.

³⁶ MEJAN, Luis Manuel C. “La ley de concursos mercantiles mexicana” Rev.Der.Comp. To. 8 – Insolvencia pág. 115, especialmente cap. 3.

Pero es sabido que la preservación de la empresa, no debe privar de la función profiláctica de la actividad comercial, que tiene el Derecho Concursal, en tanto tiende a la depuración de las prácticas indebidas excluyendo a quien al incurrir en ellas ha defraudado la confianza y el prestigio de sus pares y deshonrado a la profesión. El valor conservable de la organización empresarial, no significa que el empresario no corra una suerte diversa de la empresa. A veces, hay un fuerte deseo de salvar la empresa, pero no al empresario. Tradicionalmente, se veía como inescindible al binomio empresario-empresa, y se ataba la suerte de la segunda al primero y viceversa.

La inescindibilidad entre empresa y empresario estaba muy presente en la llamada ‘causal de indignidad’ de la ley chilena No. 18.175 que impedía al empresario que hubiera cometido delito de quiebra hacer propuestas para impedir la liquidación de los bienes y provocaba su nulidad por la condena sobreviniente del deudor por alguno de los delitos contemplados en el art. 466 del C.Penal Chileno. Tal prohibición y causal de nulidad ha cesado por la modificación de introducida en la ley 20.073 de Chile ⁽³⁷⁾.

La preservación de la empresa –y su separación de la suerte del empresario- se manifiesta también y preponderantemente en el “cramdown”, que es un instituto destinado al salvataje de la empresa. Sin embargo, parte de la doctrina se queja de la circunstancia de que no se exija a los interesados en participar en él un plan de reorganización que garantice la subsistencia de la empresa ⁽³⁸⁾. Dicha exigencia, lo alinearía de mejor manera tras la vocación

³⁷ PRADO PUGA, Arturo “Síntesis de la legislación de quiebras en Chile” R.D.C. y O. año 40 2007-A pág. 491, especialmente cap. VIII.2 b)

³⁸ MICELLI, María I. “Por un verdadero plan de salvataje” en Vítolo, Daniel R. “La protección de los terceros en las sociedades y en los concursos”, Bs.As., Ad-Hoc, 2000, pág. 423;

salvadora de la empresa del instituto, rescatando los valores que lo inspiran ⁽³⁹⁾. Por ello, se sostiene que tal como está regulado no es más que una venta forzada del capital social ⁽⁴⁰⁾, de modo tal que termina siendo un mecanismo de eliminación del empresario de la titularidad de la empresa, posibilitando que ella continúe o no, según la decisión del nuevo titular, pero no necesariamente.

4. La maximización del valor de la empresa para el supuesto que haya que liquidarla

En 1995, el Dr. José A. Iglesias hacía un análisis de la filosofía inspiradora de la –entonces- reciente ley sancionada en la Argentina y señalaba que uno de los objetivos postulados por la escuela del análisis económica del derecho era precisamente la maximización del valor de la empresa ⁽⁴¹⁾, recordando las enseñanzas de Bisbal.

Hemos recordado *supra*, la norma de la ley colombiana que luego de enunciar la finalidad del régimen alude a que se propone ese fin, “bajo el criterio de agregación de valor”. Este principio aparece en otras leyes de la región; así, el art. 1 de la Ley 27.809 del Perú, en su segundo párrafo “*Los agentes del mercado procurarán una asignación eficiente de sus recursos durante los procedimientos concursales orientando sus esfuerzos a conseguir el máximo valor del patrimonio en crisis*”

TEPLITZCHI, Eduardo A. “Sobre un estudio para la prevención de la insolvencia” en Rouillón, A.N.A. “Derecho concursal” cit., pág.849, apartado V.K.

³⁹ JUNYENT BAS, Francisco, su ponencia presentada en el II Congreso Iberoamericano de Insolvencia y IV Congreso Nacional de Derecho Concursal (La Cumbre-2000

⁴⁰ DASSO, Ariel A. “El ‘cramdown’ y la ‘empresa en marcha’ L.L. To. 2000-D pág. 310, nota al fallo C.Nac.Com., sala E, agosto 5-1998 “Canga S.A.”; el fallo fue también anotado por TEPLITZCHI, Eduardo “Cramdown y sus variaciones” D.J. To. 2000-3 pág. 291.

La Ley de Concursos Mercantiles de México prevé también la posibilidad de que Síndico sugiera al Juez formas de enajenación de los bienes mediante un procedimiento distinto a la venta individual de los bienes, persiguiendo la obtención del mayor valor posible ⁽⁴²⁾.

A esta finalidad concurre el principio de continuación de la empresa. Se asume que “*más allá de los problemas derivados del endeudamiento, la empresa en marcha tiene un valor superior al de cada uno de los elementos que la componen*”, por lo que mantener la actividad de la empresa supone igualmente el mantenimiento del valor económico, en beneficio de la expectativa de cobro de los acreedores, evitando las rupturas de los contratos de trabajo ⁽⁴³⁾.

Aún si no existe el acuerdo entre el deudor y sus acreedores, prevalece la intención de preservar el valor de realización de la empresa, por lo que se apela a dar preferencias a las ventas en bloque o como unidad productiva ⁽⁴⁴⁾ o el cramdown ⁽⁴⁵⁾.

⁴¹ Aut.cit., “La filosofía de la Ley de Concursos y Quiebras” L.L. To. 1995-E pág. 1188, especialmente cap. VI.

⁴² Art. 197 segundo párrafo de la Ley de Concursos Mercantiles de México, establece: “Cuando la enajenación de la totalidad de los bienes y derechos de la Masa como unidad productiva permita maximizar el producto de la enajenación, deberá considerar la conveniencia de mantener la empresa en operación”.

⁴³ Exposición de motivos de la Ley 18.387 de Uruguay cap. 8. Conservación de la empresa viable. Conf. CREMIER, Israel “Nuevo proyecto de ley concursal en el Uruguay” pág. 521, especialmente VI. 6.

⁴⁴ Art. 204 L. 24.522 de Argentina “*La realización de los bienes debe hacerse en la forma más conveniente al concurso, dispuesta por el juez según este orden preferente: a) enajenación de la empresa como unidad. b) enajenación en conjunto de los bienes*” Art. 171 de la Ley 18.387 de Uruguay “*En todos los casos se procurará en primer lugar la venta en bloque de la empresa en funcionamiento*”. Art. 58 inc. 4 de la Ley 1.116 de Colombia “*Habrà de preferirse la adjudicación en bloque o en estado de unidad productiva*”. Art. 140 Ley 11.101 de Brasil: Art. 140. *A alienação dos bens será realizada de uma das seguintes formas, observada a seguinte ordem de preferência: I – alienação da empresa, com a*

La ley 11.101 de Brasil eliminó la sucesión del adquirente de las obligaciones tributarias y laborales, para los supuestos de recuperación judicial por venta en bloque, como forma de garantizar los derechos del fisco o de los trabajadores, permitiendo así una mejora en el valor de la empresa vendida en bloque. Se estima que de ese modo, al obtener un mejor precio los trabajadores tendrán una mejor chance de recibir el pago integral de sus créditos ⁽⁴⁶⁾. Sin embargo, por Ley Complementaria No. 118/2005, se instituyen hipótesis en las cuales la sucesión subsiste no obstante la realización de los activos en bloque, cuando los adquirentes son socios de la sociedad bajo recuperación judicial o una controlada por el deudor o por un pariente en línea recta o colateral hasta el cuarto grado o alguien identificado como agente del deudor que haya obrado con el objetivo de defraudar ⁽⁴⁷⁾.

La maximización del valor de la empresa es también un objetivo de la Ley 18.387 de Uruguay, y así se señala que por uno de los autores del proyecto que *“uno de los ejes importantes del proyecto es el principio de*

venda de seus estabelecimentos em bloco; II – alienação da empresa, com a venda de suas filiais ou unidades produtivas isoladamente; III – alienação em bloco dos bens que integram cada um dos estabelecimentos do devedor; IV – alienação dos bens individualmente considerados”

⁴⁵ Art. 48 inc. 4 L. 24.522 de Argentina, que abre la posibilidad de que terceros interesados en la empresa logren la conformidad de los acreedores a una propuesta que ellos formulen, pero también que el deudor la logre a la que haya realizado y fracasado u otra nueva que formule.

⁴⁶ COLOMBO ARNOLDI, Paulo Roberto “A lei concursal brasileira e a ausência de disposições referentes a la insolvência transfronteiriça: uma avaliação crítica”, Ref.Der.Comp. To 14 pág. 39, especialmente cap. IV

⁴⁷ LEONARDI, Marcel “Empecilhos à utilização da recuperação extrajudicial” <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9857> (consulta 9-IX-2009)

continuación de la actividad económica desarrollada por el deudor, que preserva el valor de la empresa en marcha” (48).

5. El principio de la autonomía de la voluntad que avanza sobre el orden público concursal.

Señala el maestro Ariel A. Dasso que hoy el fenómeno de la superación de las dificultades empresariales se ve como un ‘negocio privado’, por lo que la solución se deja al arbitrio de las partes directamente involucradas, relegándose el Estado a efectuar un control de legalidad de la solución (49) aunque intereses públicos impulsen la finalidad de lograr ese acuerdo. Algunas leyes se comprometen fuertemente en la persecución, instituyendo órganos o cuerpos profesionales que auxilien a las partes en el logro de ese objetivo.

Así, por ejemplo, en Chile se establece la figura del ‘experto facilitador’ está claramente destinada procurar el acuerdo entre el deudor y sus acreedores y a tal fin se ordenan diversos mecanismos que incentivan ese acuerdo. En efecto, el mensaje de remisión del Poder Ejecutivo de Chile del Proyecto de la que resultara Ley 20.073 dice: *“La inspiración central de este proyecto de ley es la creación de una normativa que privilegie los acuerdos entre el deudor y sus acreedores por sobre la liquidación forzosa de la empresa que, muchas veces, en atención a su valor de liquidación, perjudica a los acreedores, y que siempre perjudica a sus trabajadores y al sistema económico en general”*.

⁴⁸ CREIMER, Israel “Nuevo proyecto de ley concursal en el Uruguay” R.D.C.O. año 40 To. 2007-A pág. 521, especialmente cap. VI.6

⁴⁹ DASSO, Ariel A. “Tendencias del Derecho Concursal. En ocasión del nuevo modelo francés” L.L. supl.diario del 3 de agosto de 2009, pág. 3, especialmente cap. I

La ley prevé el derecho de los acreedores de exigir al deudor que no ha pagado una obligación mercantil que presente un convenio judicial preventivo. Antes, en cambio, en el texto no reformado de la Ley 18.175 los acreedores sólo podían pedir la quiebra de su deudor. Se trata, entonces, de una facultad desconocida hasta la reforma en el derecho concursal chileno, que se adopta del Bankruptcy Code en el que se la conoce con el nombre de ‘solicitud o petición involuntaria’⁽⁵⁰⁾. La posibilidad de los acreedores de instar el proceso de reorganización también se establece en la Ley 1116 de Colombia⁽⁵¹⁾

En Chile, a la superación del estado cesante por medio del acuerdo se ordena la figura del ‘experto facilitador’⁽⁵²⁾, designado por el o los acreedores que reúnan más del 50 % del pasivo y sujeto a la fiscalización de la Superintendencia de Quiebras. Si intimado el deudor por la petición de un acreedor,

⁵⁰ PRADO PUGA, Arturo “Síntesis de la legislación de quiebras en Chile” R.D.C. y O. año 40 2007-A pág. 491, especialmente cap. VIII.2 c)

⁵¹ Art. 11 de la ley citada, dispone: “*El inicio de un proceso de reorganización podrá ser solicitado únicamente por los siguientes interesados: 1. En la cesación de pagos, por el respectivo deudor, o por uno o varios de sus acreedores titulares de acreencias incumplidas, o solicita-da de oficio por la Superintendencia que ejerza supervisión sobre el respectivo deudor o actividad. 2. En la situación de incapacidad de pago inminente, el inicio deberá ser solicitado por el deudor o por un número plural de acreedores externos sin vinculación con el deudor o con sus socios. 3. Como consecuencia de la solicitud presentada por el representante extranjero de un proceso de insolvencia extranjero*”

⁵² LEMBEYE VALDIVIA, Jorge “El experto facilitador y la viabilidad de la empresa” http://www.camvalpo.cl/experto_facilitador.pdf La principal y determinante función del experto es la de efectuar una evaluación de la situación legal, contable, económica y financiera del deudor dentro del plazo de 30 días improrrogables, contados desde la fecha de celebración de la junta que lo designó. Para realizar su tarea tendrá pleno acceso a todos los libros, papeles, documentos y antecedentes del deudor que estime necesarios. La evaluación indicada tiene por objeto determinar si es posible proponer a los acreedores un convenio que sea más ventajoso que la declaración de quiebras del deudor. En el evento que dicha sea la conclusión del experto, deberá formular tal propuesta de convenio dentro del plazo antes referido. Pero, además, tiene una tarea fundamental en el acercamiento de la

el deudor manifiesta su voluntad de proponer acuerdo y a tal efecto solicita la designación de un experto facilitador, se suspenden las ejecuciones y posibilidades de solicitar la quiebra del deudor y los plazos de prescripción extintiva, hasta tanto se produzca el fracaso de la gestión del acuerdo preventivo (⁵³).

Si la propuesta que de convenio judicial preventivo tiene el apoyo del por el 50% del total del pasivo, según el art. 177 bis, tiene un efecto ‘paraguas’, pues provoca la suspensión de las ejecuciones y los plazos de prescripción por 90 días.

Y por último, se admite la presentación de un convenio apoyado por el 66% del pasivo, que se somete directamente a la Junta, con similares efectos suspensivos y que elimina la participación del Síndico como informante que ostentan las alternativas anteriores (art. 177 quater) (⁵⁴).

Aún en el caso de quiebra, podrá recurrirse a un ‘convenio simplemente judicial’ a propuesta del deudor o de cualquier acreedor (⁵⁵). Pero esta propuesta no obsta la prosecución del procedimiento.

Además, en Chile se ha instituido la participación de los acreedores en la designación de la Sindicatura titular y suplente, y la participación

posiciones del deudor con sus acreedores, a la manera del ‘conciliador’ de la Legislación francesa.

⁵³ Las tres hipótesis en que cesa la suspensión de ejecuciones son: “a) *Hasta la celebración de la junta citada para la designación del experto facilitador, en caso de que no se apruebe en ella esta designación;* b) *Hasta la solicitud del experto facilitador al tribunal para que declare la quiebra del deudor;* c) *Hasta la celebración de la junta de acreedores a que se refiere el inciso final de este artículo, si se rechaza en ella la proposición de convenio presentada por el experto facilitador*” –art. 177 ter de la Ley 18.175 modificada por ley 20.073 de Chile-

⁵⁴ PRADO PUGA, Arturo “Síntesis de la legislación de quiebras en Chile” R.D.C. y O. año 40 2007-A pág. 491, especialmente cap. VIII.2 c)

en la fijación de los honorarios (mod. establecida por Ley 20.004 arts. 173 y 174 inc. 6) ⁽⁵⁶⁾.

La vocación por la reorganización empresarial es común en la moderna legislación de la región. En ese sentido, la ley 1116 de Colombia establece en el segundo párrafo del art. 1 que *“El proceso de reorganización pretende a través de un acuerdo, preservar empresas viables y normalizar sus relaciones comerciales y crediticias, mediante su reestructuración operacional, administrativa, de activos o pasivos”*. En esta ley se consagra un principio que es el de negociabilidad ⁽⁵⁷⁾ en virtud del cual se prescribe que *“las actuaciones del curso del proceso deben propiciar entre los interesados la negociación no litigiosa, proactiva, informada y de buena fe, en relación con las deudas y bienes del deudor”*

La ley 27.809 del Perú contiene en su título preliminar - el art. III- una norma que declara que *“La viabilidad de los deudores en el mercado es definida por los acreedores involucrados en los respectivos procedimientos concursales, quienes asumen la responsabilidad y consecuencias de la decisión adoptada”*

Y además, en el Artículo II del mismo título preliminar se establece que la finalidad de los procedimientos concursales es *“propiciar un ambiente idóneo para la negociación entre los acreedores y el deudor sometido a concurso, que les permita llegar a un acuerdo de reestructuración o, en su defecto, a la salida ordenada del mercado, bajo reducidos costos de transacción”* y en el art.

⁵⁵ Arts. 186 y sigtes. de la Ley 20.073 de Chile.

⁵⁶ PRADO PUGA, Arturo *“Síntesis de la legislación de quiebras en Chile”* R.D.C. y O. año 40 2007-A pág. 491, especialmente cap. VIII.2 f)

⁵⁷ Art. 4 inc. 6 de la Ley 1116 de Colombia.

X fija el rol del Estado, que se limita a facilitar y promover “*la negociación entre acreedores y deudores, respetando la autonomía privada respecto de las decisiones adoptadas en los procedimientos concursales con las formalidades de ley*”

Coincidentemente, la exposición de motivos de la ley uruguaya, valora la necesidad que el deudor pueda ofrecer propuestas múltiples ⁽⁵⁸⁾ y flexibles ⁽⁵⁹⁾. Múltiples para que sean los acreedores quienes ponderen las opciones propuestas y permitan la adopción de aquella que suscite el mayor número

⁵⁸ Esa idea se manifiesta a través del art. 138 de la Ley 18.387 de Uruguay que dispone “Con una anticipación no menor de sesenta días a la fecha de la Junta de Acreedores, el deudor podrá presentar al Juez del concurso una o varias propuesta de convenio, acompañadas de un plan de continuación o de liquidación”. El art. 178 de la Ley 20.073 de Chile, dispone: “El acuerdo podrá contener proposiciones alternativas para todos los acreedores”. Por su parte, el art. 71 de la Ley 24.522 de Argentina (t.o. ley 25.589) –para los acuerdos privados o amigables y los preventivos extraprocesales- establece que “las partes pueden dar el contenido que consideren convenientes a sus intereses y es obligatorio para ellas aun cuando no obtenga homologación judicial, salvo convención expresa en contrario”

⁵⁹ La idea se plasma en el art. 139 de la Ley 18.327 de Uruguay al preverse “La propuesta podrá consistir en quitas y/o esperas, cesión de bienes a los acreedores, constitución de una sociedad con los acreedores quirografarios, capitalización de pasivos, creación de un fideicomiso, reorganización de la sociedad, administración de todo o parte de los bienes en interés de los acreedores o tener cualquier otro contenido lícito, incluso el previsto en el numeral segundo del art. 174 de la presente Ley, o cualquier combinación de las anteriores”. Por su parte la norma a la que se remite es la que prevé la formación de una cooperativa de trabajo para que se constituya con la totalidad o parte del personal que sea depositaria de los bienes de la empresa con facultades de uso precario. El art. 43 segundo párrafo de la Ley 24.522 establece: “Las propuestas pueden consistir en quita, espera o ambas; entrega de bienes a los acreedores; constitución de sociedad con los acreedores quirografarios, en la que éstos tengan calidad de socios; reorganización de la sociedad deudora; administración de todos o parte de los bienes en interés de los acreedores; emisión de obligaciones negociables o debentures; emisión de bonos convertibles en acciones; constitución de garantías sobre bienes de terceros; cesión de acciones de otras sociedades; capitalización de créditos, inclusive de acreedores laborales, en acciones o en un programa de propiedad participada, o en cualquier otro acuerdo que se obtenga con conformidad suficiente dentro de cada categoría, y en relación con el total de los acreedores a los cuales se les formulará propuesta”. Sobre la aptitud del fideicomiso como propuesta en los acuerdos preventivos extrajudiciales, véase LARRIPA, Fernando “Fideicomiso y el acuerdo preventivo extrajudicial” en Rouillón, Adolfo A.N. (Dir.) “Derecho concursal”, Bs.As., La Ley, 2004, pág. 445 y sgtes.

de adhesiones. Flexibles para que pueda haber una adaptación a la “*realidad de la empresa, de los acreedores y del mercado donde operan*”. La misma idea de flexibilidad inspira el art. 178 de la Ley 20.073 de Chile que otorga absoluta libertad en el contenido del acuerdo judicial preventivo permitiendo que pueda versar “*sobre cualquier objeto lícito para evitar la quiebra del deudor, salvo la alteración de la cuantía de los créditos fijada para determinar el pasivo*”.

También se prevé en el art. 169 la posibilidad del acuerdo preconcursal celebrado entre el deudor y uno o más acreedores, antes de la declaración de la quiebra, relativo al pago de sus obligaciones o a la administración de los bienes, pero con limitados efectos, ya que sólo obligan a quienes lo suscriban.

Se trata de una figura similar a la que, en la Argentina, apareció, primero tímidamente –en la ley 22.917, con la introducción de los arts. 125-1 y 125-2-, bajo la denominación de ‘acuerdo preconcursal’ –que era un simple acuerdo privado⁽⁶⁰⁾ o amigable-, regulando su eficacia o ineficacia y la de los pagos que se hubieren hecho como consecuencia de ellos⁽⁶¹⁾, y sobre la que más tarde se receptara el acuerdo preventivo extrajudicial.

En sus inicios constituyó la asunción por parte de la Ley de una realidad (principalmente, la de los clubes de bancos) que se mostraban inclinados a “salvar a su deudor” antes que someterse al incierto y prolongado

⁶⁰ ALEGRÍA, Héctor “Nuevas reformas a la Ley de Concursos y Quiebras”, L.L. To. 2202-D pág. 1055, especialmente cap. VI.3.

⁶¹ En principio, ellos son eficaces salvo “*que de los estudios realizados al momento de celebrarse o de otros elementos objetivos conocidos por los acreedores, fuere indubitable que mediante ellos o las medidas previstas como presupuestos para su concreción, resultare imposible conseguir la superación de las dificultades o del estado de cesación de pagos*”. De todos “*las prendas e hipotecas o cualquier otra preferencia constituida en virtud de estos acuerdos son inoponibles en la quiebra posterior, en la medida del interés de los acreedores de causa o título anterior...*”

proceso judicial. De todos modos, el instituto no tendría trascendencia ni aplicación difundida hasta que llegara la crisis del 2001/2002, cuando recibió el aval legislativo de la Ley 25.589 regulándolo con fuertes efectos concursales.

Precisamente, por efecto de la regulación que hizo la Ley 25.589, esas convenciones de naturaleza inicialmente contractual adquieren concursabilidad al producir efectos vinculantes –mediante la homologación– a los acreedores que no los suscribieron, y sus efectos se asimilan, en caso de concurrir la homologación judicial a los del acuerdo preventivo judicial logrado a través del trámite del concurso preventivo (⁶²).

La ley 11.101 de Brasil –arts. 161 a 167– prevé la posibilidad de la recuperación extrajudicial mediante el acuerdo que celebre el deudor con sus acreedores seleccionados, salvo el Fisco y los trabajadores. Excluidos los mencionados, el deudor tiene libertad para elegir con quienes acuerda. De este modo se evita que deba encarar una negociación con la totalidad de sus acreedores.

Se admiten dos alternativas de recuperación extrajudicial: una que evita que se imponga el acuerdo por la mayoría a la minoría disidente (⁶³) y que vincula únicamente a los acreedores signatarios, en los términos de los arts. 161 y 162 de la Ley; y otra, que sujeta a los acreedores resistentes siempre que lo apoyen

⁶² Art. 76 Ley 24.522 de Argentina, t.o. L. 25.589 dispone: “*El acuerdo homologado conforme las disposiciones de esta sección produce los efectos previstos en el art. 56, y queda sometido a las previsiones de las Secciones III, IV y V del Cap. V del Título II de esta Ley*”. Estas Secciones son las que tratan los efectos del acuerdo preventivo judicial, su nulidad y incumplimiento.

⁶³ COLOMBO ARNOLDI, Paulo Roberto “A lei concursal brasileira e a ausência de disposições referentes a la insolvência transfronteiriça: uma avaliação crítica”, Ref.Der.Comp. To 14 pág. 39, especialmente cap. IV.

los 3/5 de todas las reclamaciones de cada especie, según las categorías que reconoce el art. 83 de la misma ley –excepto los acreedores laborales- en cuyo caso debe establecer condiciones de pago igualitarias para cada categoría ⁽⁶⁴⁾.

También se prevé una recuperación judicial –para el supuesto que no tenga éxito la recuperación extrajudicial- en la que deben participar todos los acreedores, inclusive el Fisco y los trabajadores, con una serie de pagos parciales mínimos y la presentación de un plan que discrimine pormenorizadamente los medios de recuperación que serán aplicados, demostrando la viabilidad económica y avalado por un dictamen económico-financiero y valuación de los bienes que conforman el activo suscripto por un profesional habilitado o una empresa especializada ⁽⁶⁵⁾. El plan de prever el pago de los créditos derivados de la legislación del trabajo y accidente laborales dentro del año. El plan puede ser objetado por los acreedores y puede ser sujeto a alteraciones siempre que no implique disminuciones de los derechos sólo de los acreedores ausentes a la Asamblea general que se convoca para su consideración.

6. La desjudicialización de los procesos concursales:

⁶⁴ LEONARDI, Marcel “Empecilhos à utilização da recuperação extrajudicial” cap. 1 <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9857> (consulta 9-IX-2009)

⁶⁵ Ar. 53 L. 11.101 de Brasil: “*O plano de recuperação será apresentado pelo devedor em juízo no prazo improrrogável de 60 (sessenta) dias da publicação da decisão que deferir o processamento da recuperação judicial, sob pena de convocação em falência, e deverá conter: I – discriminação pormenorizada dos meios de recuperação a ser empregados, conforme o art. 50 desta Lei, e seu resumo; II – demonstração de sua viabilidade econômica; e III – laudo econômico-financeiro e de avaliação dos bens e ativos do devedor, suscrito por profissional legalmente habilitado ou empresa especializada*”

La experiencia colombiana y las normas vigentes actualmente en Perú, son demostrativas de esa tendencia (⁶⁶).

En Colombia, se optó por dejar a un lado el protagonismo judicial y así, *“la ley 550 optó por soluciones no judiciales, En este sentido, tenemos el deber de reprochar conductas enmarcadas dentro de una litigiosidad malsana, reflejo de malas prácticas negociales, según las cuales el deudor después de haber relacionado la obligación y por tanto haber admitido su existencia procedía sin sonrojarse a objetar la reclamación con argumentos de contenido procesal, dejando de lado la buena fe y el carácter conciliador del concordato; por su parte, en los escenarios puramente contractuales no es raro encontrar un desprecio por lo jurídico, que premia la astucia, la sagacidad, el contubernio, con acuerdos secretos, con abuso de mayorías o condiciones ilegales que saltan de bulto. En este ejercicio, conviene preguntarnos si la sociedad colombiana está adecuadamente preparada para el manejo de asuntos puramente contractuales y dejar de lado la presencia del juez”* (⁶⁷)

A través de la Ley 550 de Colombia de 1999, se estableció que la calificación y graduación de los créditos quedara en manos de un particular –el Promotor- (⁶⁸) y la posterior Ley 1116 profundizó esa tendencia, al conferirle la atribución de la iniciación del proceso de reorganización, que la Corte Suprema entendió comprendido en el dentro de las facultades del poder de policía sobre las sociedades; en el mismo orden de ideas, según el art. 85 de la Ley 222 de

⁶⁶ DASSO, Ariel A. “El derecho concursal hoy” L.L. To. 2009-B pág. 921 y sgtes.

⁶⁷ RODRÍGUEZ ESPITIA, Juan José “Aproximación al Derecho Concursal colombiano”, Revist@ e-Mercatoria Vol. 6 No. 2, especialmente cap. 3.2.

⁶⁸ SOTOMONTE SOTOMONTE, Saúl “Aspectos sustantivos del régimen de insolvencia” Revist@ e- Mercatoria Sección Actualidad (2008), cap. II.

1995, la Superintendencia tiene facultades de orden preventivo para “ordenar los correctivos necesario para subsanar una situación crítica de orden jurídico, contable, económico o administrativo de cualquier sociedad que no esté controlada por otra Superintendencia”, los que pueden llegar hasta la convocatoria a la sociedad al trámite concursal.

En la Ley 1116 de Colombia, la iniciación del proceso se hace ante la Superintendencia de Sociedades (⁶⁹), pero hoy vuelve por los carriles de la judicialización. Esa misma Superintendencia puede solicitar de oficio la iniciación del proceso de reorganización en los supuestos previstos por el art. 15, a saber: “1. Cuando una sociedad comercial sometida a su vigilancia o control incurra en la cesación de pagos prevista en la presente ley. 2. Como consecuencia de la solicitud expresa de otra autoridad que adelante funciones de inspección y vigilancia de empresas, cuando se cumpla el supuesto de cesación de pagos previsto en esta ley. 3. Cuando con ocasión del proceso de insolvencia de una vinculada o de un patrimonio autónomo relacionado, la situación económica de la sociedad matriz o controlante, filial o subsidiaria, o de otro patrimonio autónomo, provoque la cesación de pagos de la vinculada o relacionadas”. La posibilidad de que la Superintendencia abra el proceso de reorganización está siempre condicionada a que exista el estado de cesación de pagos.

Sin embargo, la doctrina señala que la utilización que se ha hecho de tales atribuciones ha sido prudente, y que –en general- la entidad opta

⁶⁹ Art. 12 de la Ley citada. El art. 116 de la Const. Política de Colombia prevé que “Excepcionalmente la ley podrá atribuir función jurisdiccional en materias precisas a determinadas autoridades administrativas”

por el ejercicio de las funciones de carácter preventivo, tratando de evitar que las empresas desaparezcan como consecuencia de sus problemas de endeudamiento ⁽⁷⁰⁾.

En Perú, el procedimiento ordinario concursal, que puede dar lugar a una reestructuración patrimonial, a un acuerdo de liquidación o un acuerdo global de refinanciación, a instancia del propio deudor o de un acreedor y el preventivo, que sólo puede dar lugar a un acuerdo global de refinanciación. Ambos se desarrollan ante la Comisión de Procedimientos Concursales del INDECOPI que es un organismo administrativo, y los de quiebra ante la autoridad jurisdiccional.

En el procedimiento ordinario, una vez reconocidos los créditos, se cita a una Junta de Acreedores en la que se decidirá sobre el destino del deudor, la aprobación del Plan de Reestructuración, Convenio de Liquidación y el Acuerdo Global de Refinanciación.

El deudor tiene derecho a participar de la Junta de Acreedores, por sí o por apoderado, a los efectos de exponer su posición ⁽⁷¹⁾.

En dicha Junta debe estar presente el representante de los créditos tributarios, quien si se opone a la celebración de los acuerdo debe fundamentar su voto. Pero las decisiones de la Junta se extienden a los créditos tributarios en las misma condiciones que aplicables a la mayoría de los acreedores ⁽⁷²⁾.

⁷⁰ SOTOMONTE SOTOMONTE, Saúl “Aspectos sustantivos del régimen de insolvencia” Revist@ Mercatoria Sección actualidad jurídica (2008)

⁷¹ Art. 47 Ley 27.809 de Perú

⁷² Art. 48 de la Ley 27.809 de Perú.

Si existiere un acreedor cuyo voto determinase la decisión y se opusiese a la continuación o a la aprobación del plan de Reestructuración o Acuerdo de Refinanciación, debe fundamentar su voto y dejarse constancia en acta de cada una de las razones que expusiera ⁽⁷³⁾.

La Junta tiene que optar por una de dos decisiones posibles: a. la reestructuración patrimonial del deudor; o b. la disolución y liquidación. Si no adoptara ninguna, la Comisión debe disponer la disolución y liquidación. Puede –además- designar un Comité en el que puede delegar todas las facultades, salvo la decisión relativa a la aprobación del plan de reestructuración, del convenio de liquidación y acuerdo de refinanciación y sus modificaciones. Tampoco la decisión sobre el destino del deudor. El Comité estará formado por cuatro miembros, cuyo quórum es de tres miembros y el Presidente de él tiene voto dirimente. Las responsabilidades de los integrantes del Comité son severas ⁽⁷⁴⁾.

Las decisiones relativas a la aprobación del plan de reestructuración, convenio de liquidación y acuerdo global de refinanciación requiere de los 2/3 (66,6%) de los créditos reconocidos; si los acreedores vinculados al deudor representan más de esa proporción, la decisión requiere de una doble mayoría de 2/3, la de los vinculados y la de los acreedores no vinculados.

En caso que se decida la reestructuración patrimonial, el plazo de ese proceso no puede ser mayor que el que le tome al deudor la cancelación de todos los créditos. La Junta debe también decidir si ratifica al deudor en la

⁷³ Art. 49 Ley 27.809 de Perú.

⁷⁴ Art. 51.2 Ley 27.809 de Perú, dispone: “Los acreedores que forman parte del Comité, así como los administradores y liquidadores, responden, ilimitada y solidariamente, ante los propios acreedores, accionistas y terceros por los daños y perjuicios que causen por los acuerdos o

administración, la delega en un administrador inscripto o establece un régimen mixto de administración.

Aprobado el plan de reestructuración, que debe contener un cronograma de pagos de la totalidad de la deuda concursal y un régimen de provisiones para créditos contingentes, su incumplimiento determina la disolución y liquidación de la empresa.

Si la Junta decide la disolución y liquidación de la empresa, o no se instalase la junta, o no se aprobase el plan de reestructuración o convenio de liquidación o sobreviene el incumplimiento del plan de reestructuración, la Comisión procede a la disolución y liquidación del deudor.

Sólo si la liquidación no alcanza a cubrir los créditos, entonces se procede a la petición de la quiebra de la empresa y se emiten los certificados de incobrabilidad. En ese caso, el quebrado permanece por cinco años inhabilitado por cinco años, no puede constituir sociedades, ni formar parte de las ya constituidas, ni ser director, gerente o apoderados de personas jurídicas, ni tutor ni curador, ni administrador o liquidador de sociedades. El presidente del directorio de la empresa sufre las mismas inhabilitaciones.

IV. Las ideas que se debilitan.

a) La ‘procedimentalización’ de la insolvencia

Obviamente, una tendencia que se ha iniciado es la de dejar a un lado intervención jurisdiccional en los mecanismos de superación preventivos de las dificultades. El abordaje administrativo de la insolvencia comienza a ser visto como algo posible, lo que importa un retroceso en la vigencia

actos contrarios a la Ley, al estatuto o por los realizados con dolo, abuso de facultades o

de las garantías jurisdiccionales. Pensamos con Podetti ⁽⁷⁵⁾ que lo que distingue ‘proceso’ de ‘procedimiento’ es la garantía de imparcialidad que ofrece únicamente la jurisdicción, por ello tal tendencia despierta serias reservas. No podemos negar que vemos con desconfianza la ‘procedimentalización’ del concurso. Nos parece más adecuado modernizar y flexibilizar el ‘proceso’ mediante el apoyo a los Juzgados especializados y con estructura multidisciplinaria que ‘procedimentalizarlo’.

b) La presencia del Estado y la ejemplaridad de su conducta.

El Estado débil abandona lugares. Estamos convencidos que el Estado tiene que tener una presencia activa en el proceso concursal y que no resulta conveniente que despliegue únicamente el papel de gestor o facilitador de un acuerdo entre deudor y sus acreedores, porque si bien la insolvencia es –en principio- un problema ‘privado’, también es cierto que en ese problema privado hay prevalentes los intereses públicos comprometidos, que llevan a la necesidad de que su presencia equilibre las tensiones entre los privados y ayude a la solución.

El Estado no puede aparecer como esquizofrénico – facilitador y entorpecedor, a la misma vez. El principio de unidad del Estado impone que éste tenga una conducta ejemplar para el resto de los acreedores. Si el Estado es promotor del acuerdo en defensa de los intereses públicos del pleno empleo y desarrollo del comercio o la industria afectada por la insolvencia, no puede anteponer sus intereses en el cobro de las deudas fiscales, sino comportarse como acreedor que actúa solidariamente en la gestión del acuerdo. Por ello, no vemos con

negligencia grave.”

simpatía los condicionamientos fiscales a las soluciones preventivas, y pensamos que la comunidad –representada por el Estado- como gestor del bien común debe participar garantizando la justicia del acuerdo pero también contribuyendo en pie de igualdad con el resto de los acreedores afectados.

c) La pars conditio y la autonomía del voluntad en la crisis empresarial

La autonomía de la voluntad es un principio que se basa en la libertad del consentimiento prestado. Por ello, nos parece que la situación en la que se presta el consentimiento por parte de los acreedores no es exactamente la misma para todos los acreedores. Hay acreedores fuertes y débiles. De allí, que la pars conditio no pueda ser absoluta, sino moderada y adaptada a las diversas situaciones en que se encuentran los acreedores.

La idea de la pars conditio sólo puede ser circunstanciada. El acreedor estará incentivado a prestar su colaboración para la superación de las dificultades de su deudor si ellas se superan. Pero, será reticente si teme que los esfuerzos fracasen. En este sentido, creemos que la claudicación definitiva de sus derechos está condicionada al éxito.

Por ello, no nos parece razonable que los acuerdos preventivos homologados noven las obligaciones. Nos parece obvio, que el acreedor que consiente una disminución de sus derechos como contribución a la crisis tiene una voluntad condicionada al éxito de su esfuerzo. Y que la ley, al disponer que el acuerdo nova la obligación traiciona su voluntad real y convierte, en

⁷⁵ PODETTI, Ramiro J. “Trilogía estructural de la ciencia del proceso civil” en “Teoría y técnica del proceso civil”, Bs.As., EDIAR, 1963, pág. 356 y sgtes., No. 7.

definitivo, algo que sólo está dispuesto el acreedor a sacrificar en miras a la superación de la crisis, pero no si ella no es superada.

Es que el acreedor renuncia a sus derechos como contribución para la superación de la crisis, porque la necesidad –determinada por la crisis- está limitando su libertad. El acreedor presionado por la impotencia del patrimonio de su deudor para satisfacer integralmente su derecho crédito, o sea, por una circunstancia que no le es atribuible, resigna su vocación de cobro íntegro y consiente, como una contribución y en el propio interés de cobrar lo más posible.

El efecto novatorio obstaculiza la disposición del acreedor para acordar y, por ello, dificulta el logro de los acuerdos preventivos ⁽⁷⁶⁾, y en este sentido, se trata de un obstáculo a la preservación de la empresa. No se ignora que la finalidad legal es facilitar el crédito a la empresa que logre el acuerdo ⁽⁷⁷⁾, pero, en principio, dificulta ese logro, y además, implica que la empresa se prevalega definitivamente de algo que sólo le ha sido concedido por el acreedor en una situación de presión. En definitiva, no tiene justificación que la empresa mantenga la ventaja que se le acordó una vez que la esperada conservación de la empresa ha definitivamente fracasado por la declaración de la quiebra.

Esa solución implica, asimismo, una vez más resignar el principio de la *pars conditio*, sin que se advierta necesidad de hacerlo, ya que los acreedores del mismo deudor son colocados en situaciones disímiles, ya que los que tuvieron la voluntad de apoyar a la empresa en la situación de crisis sólo participarán

⁷⁶ HEREDIA, Pablo D. “Tratado...” cit., To. II pág. 246, No. 4 a) de la glosa al art. 56. Dice el autor: “Puede suponerse que gracias a la novación del art. 55 de la L.C.Q. difícilmente se concederán quits en el acuerdo preventivo...”

⁷⁷ RIVERA, Julio C. “Instituciones de derecho concursal” Bs.As.-Sta.Fe, Rubinzal y Culzoni, 2003, 2ª. Ed.Act., To. I pág. 487.

por los montos de los créditos menguados en virtud del acuerdo que consintieron y les fue incumplido, en cambio, los acreedores posteriores podrán participar con sus créditos plenos en la distribución resultante de la liquidación. De este modo, están en peor condición quienes tuvieron la voluntad solidaria ⁽⁷⁸⁾. Esto implica una nueva defección en el sistema de premios y castigos, se castiga a quien mostró una voluntad solidaria.

Por ello, nos parece preferible el sistema brasilero que dispone la novación para las obligaciones anteriores al pedido de recuperación judicial ⁽⁷⁹⁾, pero decretada la falencia, los acreedores tendrán reconstituidos sus derechos y garantías en las condiciones originalmente contratadas, deducidos los pagos, a excepción de los actos válidamente practicados en cumplimiento del plan de reorganización ⁽⁸⁰⁾. O sea, que los acreedores tienen plena libertad para acordar la reorganización judicial sin perder definitivamente sus derechos, y ellos renacen si se frustra la salvación de la empresa que intentaron.

La solución de la ley argentina muestra la misma incongruencia o asimetría para los acreedores que han consentido celebrar un acuerdo preventivo extrajudicial no homologado, ya que ese acreedor o acreedores que los hayan suscriptos quedará obligados por el acuerdo en los términos de él,

⁷⁸ HEREDIA, Pablo D. en su exposición ante la Comisión de Legislación General del Senado en mayo del 2002, transcripto en Moro, Carlos E. "Ley de Concursos. Comentada, anotada y concordada", Bs.As., Ad-Hoc, 2005, To. II pág. 1151, No. 2 de la glosa al art. 55.

⁷⁹ Art. 59 Ley 11.101 de Brasil, dispone "O plano de recuperação judicial implica novação dos créditos anteriores ao pedido, e obriga o devedor e todos os credores a ele sujeitos, sem prejuízo das garantias, observado o disposto no § 1º do art. 50 desta Lei."

⁸⁰ Art. 61 Ley 11.101 de Brasil, establece § 2º Decretada a falência, os credores terão reconstituídos seus direitos e garantias nas condições originalmente contratadas, deduzidos os valores eventualmente pagos e ressalvados os atos validamente praticados no âmbito da

aunque resultara distinto del que se obtenga en el concurso preventivo, si es que se llega a él ⁽⁸¹⁾.

Aparece razonable, en cambio, la categorización de los acreedores, prevista en el art. 41 de la Ley 24.522 de Argentina, constituye otro instituto que abre una brecha en la llamada ‘pars condictio’ ⁽⁸²⁾. Según dicha norma el deudor debe presentar “*una propuesta fundada de agrupamiento y clasificación en categorías de los acreedores verificados y declarados admisibles, teniendo en cuenta montos verificados o declarados admisibles, la naturaleza de las prestaciones correspondientes a los créditos, el carácter de privilegiados o quirografarios, o cualquier otro elemento que razonablemente pueda determinar su agrupamiento o categorización, a efectos de poder ofrecerles propuestas diferenciadas*”. La pars condictio creditorum debe ser observada dentro de las categorías, tal como lo establece el art. 43, tercer y cuarto párrafo: “*las propuestas deben contener cláusulas iguales para los acreedores dentro de cada categoría, pudiendo diferir entre ellas. El deudor puede efectuar más de una propuesta respecto de cada categoría, entre las que podrán optar los acreedores comprendidos en ellas*”, al momento de su adhesión.

La pars condictio que es salvaguardada en el art. 178 de la Ley 20.073 de Chile ⁽⁸³⁾, defecciona ante el acuerdo unánime de los acreedores

recuperação judicial”. O sea, que no renacerían las garantías en ese supuesto, o sea, si el acreedor garantizado con hipoteca hubiera consentido la venta del bien gravado.

⁸¹ VÍTOLO, Daniel Roque “¿Hacia un nuevo acuerdo preventivo extrajudicial contrareformado?” E.D. To. 200 pág. 813 y MJD2642

⁸² DASSO, Ariel A. “El derecho concursal hoy” L.L. To. 2009-B pág. 921 y sgtes. titula el autor uno de los párrafos “La categorización que evanece la pars condictio”

⁸³ Reza el art. 178 segundo párrafo del la Ley 20.073 “El convenio será uno y el mismo para todos los acreedores, salvo que medie acuerdo unánime en contrario, en conformidad a lo

cuando no hay un acuerdo único ni es el mismo para todos los acreedores. De modo tal, que ella no integra ya el orden público concursal, sino que simplemente es un principio ético inspirado en los intereses públicos que pretende consagrar ante la crisis generalizada del patrimonio. No más que eso.

Parece que tenía razón García Martínez ⁽⁸⁴⁾, cuando en 1981, trataba de desacralizar el principio de la *pars conditio* –al que entendía no equiparable al de la igualdad ante la ley de nivel constitucional- y señalaba que la conservación de la empresa “*ha descompaginado el principio de la paridad de condiciones de los acreedores, en miras a evitar la liquidación de la empresa fallida y continuar la explotación de la misma (arts. 182 a 193 ley de concursos). Provocando un desequilibrio en perjuicio de determinados acreedores, especialmente los que tienen contratos con el fallido en curso de ejecución, el art. 185 de la ley de concursos establece que en caso de continuarse la explotación de la empresa no son aplicables las normas de los arts. 135, 142 a 145, 147, inc. 3º, 148, 151 y 161, inc. 4º, de la ley 19.551, pudiendo optar el síndico por la ejecución de los contratos pendientes*”

Habría que volver a darle razón también a Radbruch –que sostenía una idea que nuestra Corte Suprema de la Nación ha seguido invariablemente- cuando entendía que el principio era: "tratamiento igual de los

dispuesto en el inciso siguiente”. Conf. PRADO PUGA, Arturo “Síntesis de la legislación de quiebras en Chile” R.D.C. y O. año 40 2007-A pág. 491, especialmente cap. VIII.2 e)

⁸⁴ GARCÍA MARTÍNEZ, Roberto “Igualdad de los acreedores en los concursos. (“Par conditio creditorum”)” L.L. To. 1981-B pág. 1024

hombres y de las relaciones iguales, y correspondientes desigualdad de los desiguales".

d) La responsabilidad de los terceros.

Otra de las ideas claudicantes es la de la responsabilidad de los terceros –administradores, mandatarios, gestores de negocios del fallido y terceros- que hayan producido, facilitado, permitido o agravado a la insolvencia o la hayan agravado, sólo sean responsable por dolo –art. 173 Ley 24.522 de Argentina-, eliminándose en un sector tan importante como es la administración de bienes ajenos, el factor subjetivo de la culpa. Participamos del criterio de Guglielmi ⁽⁸⁵⁾, Junyent Bas ⁽⁸⁶⁾, Miguel C. Araya ⁽⁸⁷⁾ y Martín Cortés Olmedo ⁽⁸⁸⁾, según el cual la responsabilidad de los administradores debe comprender al dolo y a la culpa. Cabe recordar que en el Proyecto de la Comisión del Ministerio de Justicia designada por Resolución 89/97 se incluyó como factor de atribución subjetivo, en su modalidad agravada: la culpa grave. De todos modos, la exclusión de la culpa leve, aparece como inarmónica con las disposiciones generales de la Ley de Sociedades respecto a la responsabilidad de los administradores –art. 59-, tal como ha sido sostenido por la jurisprudencia ⁽⁸⁹⁾.

⁸⁵ GUGLIELMI, Ricardo “El régimen de responsabilidad de los funcionarios societarios” Doct. Soc. To. II pág. 452

⁸⁶ JUNYENT BAS, Francisco, "Responsabilidad de terceros en la quiebra, Protección de los terceros en las sociedades y los concursos", VIII Jornadas de Institutos de derecho concursal, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000, p. 460.

⁸⁷ ARAYA, Miguel C. “Responsabilidad de administradores de sociedades comerciales” L.L. To. 2009-A pág. 1151

⁸⁸ CORTÉS OLMEDO, Martín “Responsabilidad de terceros en la quiebra” Supl. C. y Q. To. 2004 (mayo) pág. 1 y L.L. To. 2004 pág. 1442, especialmente Segunda Parte cap. III

⁸⁹ C.N.Com., sala D, setiembre 10-1992 “Phonotone Co. S. R .L., quiebra”, L.L. To. 1993-B pág. 280, con nota de Ernesto Eduardo Martorell en pág. 279: “*Un fallo ponderable en materia*

Se trata también de un clamor que se escucha en Colombia, y así nos informa la doctrina cuando afirma que *“En materia de derecho concursal todos los autores y todos los foros ponen en evidencia la necesidad de reglas claras y mucho más severas que las del derecho ordinario en materia de responsabilidad, respecto de lo cual nos preguntamos, porque tanta insistencia. En nuestra opinión, por la insatisfacción de los acreedores, por cuanto ven que en las insolvencias sus expectativas no resultan atendidas, que no obstante reconocer que toda relación crediticia lleva aparejada la posibilidad de que el deudor no cumpla, es necesario tomar en cuenta otros aspectos como el comportamiento del deudor, de aquellos que intervinieron en la crisis o tuvieron ingerencia en ella, de quienes la propiciaron como administradores, socios, controlantes, etc.”* ⁽⁹⁰⁾

V. Conclusiones.

Nuestra conclusión, posiblemente teñida del pesimismo de los intelectuales latinoamericanos, no puede ser otra que el título de una canción: *“Quizás... quizás... quizás...”*

Quizás... no pueda ignorarse el valor intrínseco de la salvación de las empresas –en cuanto movilizadoras de las fuerzas productivas-, pero tampoco soslayar que ese empeño debe ser complementado por la severa

de quiebra de una sociedad”. Allí se decidió: “La disposición del art. 59 de la ley de sociedades es inderogable, en los términos del art. 166 de la ley concursal (L. 19.551), pues aquella norma consagra un estándar jurídico clásico, variante mercantil del *bonus pater familias* de alto contenido moral. Por ello, la omisión de la diligencia propia de un buen hombre de negocios hace responsable al administrador societario por los daños y perjuicios causados, lo que constituye la culpa leve in abstracto y la responsabilidad por los daños y perjuicios causados por la omisión de los cuidados más elementales, lo que configura la responsabilidad por la culpa grave y, obviamente, el dolo”.

⁹⁰ RODRÍGUEZ ESPEITIA, Juan José “Aproximación al derecho concursal colombiano”, *Revista Mercantoria* vo. 6 No. 2, especialmente cap. 3.7

sanción a los empresarios que condujeron fraudulentamente sus negocios en perjuicio de sus acreedores, por ser un imperativo ético insoslayable.

La justicia exige que empresas se salven, en miras a los intereses generales, especialmente el de los trabajadores y proveedores inocentes; de allí que el objetivo de la preservación de la empresa deba constituirse, como lo viene haciendo, en prevalente en la legislación concursal; sin embargo, no es justo que los empresarios de mala fe se apropien de los sacrificios que hacen los acreedores en pos de aquel objetivo prevalente. La distribución equitativa de los riesgos de la empresa sólo se justifica cuando los dos extremos de la relación –acreedores y deudores- son inocentes. Si la distribución se hace entre un inocente y un culpable, nada justifica que la salvación del culpable se haga a costa del sacrificio del inocente.

Quizás... en esta época esté prevaleciendo el primer valor y, de alguna manera, se estén postergando en demasía el segundo.

Quizás... haya que pensar ¿los principios éticos tienen tanta importancia en la época postmoderna? ¿nos están ganando mucho terreno en Latinoamérica los principios del utilitarismo? que inspira la filosofía del Norte ⁽⁹¹⁾. Se observa -no obstante- que los países ‘centrales’ a pesar de la practicidad de sus soluciones hay una mayor preocupación por la profilaxis del comercio que en nuestras sociedades. ¡Pero esto es harina de otro costal! Distinto al de la tendencia del Derecho Concursal, del cual me han encargado ocuparme.

Quizás... las leyes de concursos de las sociedades sean como los hijos... en el sentido de un sabio proverbio árabe que dice “los hijos se

⁹¹ IGLESIAS, José A. “La filosofía...” cit. To. 1995-E pág. 1188, especialmente cap. VI.

parecen más a su época que a su padre”. Nosotros lo adaptamos –a la argentina, como al cramdown- para decir: “las leyes de concursos se parecen más a su época que a sus padres” que son las dolientes sociedades latinoamericanas en las que se dictan, con altísimos índices de pobreza y de irresponsabilidad.