

LA LEY

INCLUYE SUPLEMENTO DE JURISPRUDENCIA PENAL Y PROCESAL PENAL

DIRECTOR: JORGE HORACIO ALTERINI
AÑO LXXV N° 178

BUENOS AIRES, REPUBLICA ARGENTINA

Lunes 19 de septiembre de 2011

ISSN 0024-1636

LOS PARADIGMAS EN EL DERECHO CONCURSAL ARGENTINO

DE LAS ORDENANZAS DE BILBAO A LA LEY 26.684

POR DANIEL ROQUE VÍTOLO

Bajo la ley 26.684, no se trata ya en los casos de salvataje, de continuación de la explotación o en la adjudicación de la empresa —o de uno o más establecimientos— de intentar conservar la "empresa", sino de conservar el desenvolvimiento de la actividad productiva.

SUMARIO: I. La Ciencia Normal, los paradigmas y las comunidades científicas. II. Las revoluciones científicas y los cambios de paradigmas. III. Los paradigmas del Derecho Concursal en las últimas décadas. IV. Los paradigmas concursales en las leyes de la República Argentina. V. La ley 26.086 y el paradigma de "la defensa de los derechos de los trabajadores en los procesos de crisis". VI. Los nuevos paradigmas concursales en la ley 26.684: "el principio de conservación del desenvolvimiento de la actividad productiva" y el "fomento de la reconversión de las relaciones laborales en formas asociativas independientes para el rescate de empresas en crisis". VII. Conclusiones.

particular que abordamos, intentaremos trabajar con la comunidad de los especialistas en Derecho Comercial y, dentro de ellos, más específicamente, los denominados *concurralistas*.

Habiendo aislado una comunidad particular de especialistas, lo que comparten sus miembros para explicar la relativa plenitud de su comunicación profesional y la relativa unanimidad de sus juicios profesionales, no es más que un *paradigma* o un *conjunto de paradigmas*. Los propios científicos dirían que comparten una *teoría* o un *conjunto de teorías*. Esta da a entender una estructura mucho más limitada en naturaleza. (6)

Kuhn sugiere utilizar en estos casos el concepto de "matriz disciplinaria": (7)

i) *matriz*, porque está compuesta por elementos ordenados de varias índoles, cada uno de los cuales requiere una posterior especificación; y

ii) *disciplinaria*, porque se refiere a la posesión común de quienes practican una disciplina particular.

Todos o la mayor parte de los objetos de los compromisos del grupo resultan *paradigmas* o *partes de paradigmas*, o *paradigmáticos*, son partes constituyentes de la *matriz disciplinaria* y, como tales, conforman un todo y funcionan en conjunto.

(Continúa en pag. 2) >

A su vez, el término *paradigma*(s) está aplicado a dos sentidos distintos:

i) por un lado, significa toda la constelación de creencias, valores y técnicas —entre otros elementos— que comparten los miembros de una comunidad dada; y por otro;

ii) denota una especie de elemento de tal constelación, las concretas soluciones de problemas que, empleadas como modelos o ejemplos, pueden reemplazar reglas explícitas como base de la solución de los restantes problemas de la *ciencia normal*.

Un *paradigma* es —entonces— lo que comparten los miembros de una comunidad científica y, a la inversa, una *comunidad científica* consiste en personas que comparten un *paradigma*.

Durante el período de *ciencia normal*, los científicos se dedican al fortalecimiento del *paradigma* por medio de experimentaciones

y verificaciones de los postulados principales del mismo.

Después del período de *revolución científica* inicial causado por una nueva teoría en un determinado campo de la ciencia, si ésta logra solucionar las anomalías de una anterior —aunque pueda tener las suyas propias y generar nuevos interrogantes— y calar en la comunidad de científicos convirtiéndose —de manera análoga a una conversión religiosa— a la mayoría de ellos, con el tiempo pasará a formar parte de la *corriente principal* (*mainstream*) dentro de esa disciplina, configurando la *ciencia normal* o estándar.

Esto será así hasta que una eventual nueva teoría revolucionaria la desafíe en un futuro, al responder mejor a las potenciales anomalías que aquella presente.

Según Kuhn, una *comunidad científica* consiste —insistimos— en quienes practican una especialidad científica. (5) En el caso

tales como: ¿por qué la realización de la ciencia concreta es anterior a los diversos conceptos, leyes, teorías y puntos de vista que pueden abstraerse de ella?; frente a varios problemas: ¿cuál es el más significativo para resolver, por una comunidad científica?; ¿cuál es el proceso por el cual un candidato a paradigma reemplaza a su predecesor? ¿qué hace que un grupo científico abandone una tradición de investigación a favor de un nuevo paradigma? ¿por qué debe progresar continuamente la ciencia? Elabora conceptos como "paradigma", para darle nombre a lo que consideraba soluciones universales: "crisis", "revolución científica", para explicar cómo evoluciona la ciencia, a la que consideraba como algo abierto y en constante evolución.

(2) KUHN, Thomas S., "The Structure of Scientific Revolutions", University of Chicago Press, 1962 —Segunda edición ampliada y corregida, 1970—. En español: "La Estructura de las Revoluciones Científicas", Fondo de Cultura Económica, México, 2006.

(3) CHALMERS, Alain, "¿Qué es esa cosa llamada ciencia?", Siglo XXI, Madrid, España, 1998.

(4) MASTERMAN, M., "The Nature of a Paradigm", en *Criticism and the growth of Knowledge*, Ed. I. Lakatos & A. Musgrave, Cambridge U.P. Cambridge, 1970.

(5) Ver al respecto PÉREZ DE LABORDA, Alfonso, "Estudios Filosóficos de la Historia

de la Ciencia", Ed. Encuentro, Madrid, 2005; ídem. Para, Patricia, *Breve historia de la ciencia*, Ed. Ariel, Barcelona 2009; ídem. COMELLAS GARCÍA LERA, José Luis, "Historia sencilla de la ciencia", Ed. Rialph, Madrid, 2007; entre otros.

(6) Puede verse también LUHMANN, Niklas, "Sistemas sociales. Lineamientos para una teoría general", Ed. Anthropos-Universidad Iberoamericana-Centro Editorial Javerino, edición en español de 1991, Barcelona.

(7) KUHN, Thomas S., "The Structure of Scientific Revolutions", ... cit.

I. La Ciencia Normal, los paradigmas y las comunidades científicas

El concepto de *ciencia normal* fue acuñado por el epistemólogo estadounidense Thomas S. Kuhn (1) en su obra cumbre "La Estructura de las Revoluciones Científicas". (2) En su trabajo, Kuhn desarrolla los conceptos de *Ciencia Normal*, *Paradigma* y *Revolución Científica*.

Ciencia normal significa —según es concebida por Kuhn— la investigación basada firmemente en una o más realizaciones científicas pasadas, reconocidas por alguna comunidad científica, durante cierto tiempo y utilizadas como fundamento para prácticas posteriores y redactadas en los textos científicos. (3)

La expresión indica una de las fases por las que un *paradigma* se establece como principal forma de trabajo de una comunidad científica.

NOTAS

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.725)

(1) Thomas Kuhn (1922-1996), fue un filósofo estadounidense de gran renombre; cuyo extenso trabajo despertó la curiosa discusión de hombres de numerosas disciplinas e influencia de tal modo, que creó nuevos conceptos. Comenzó a escribir su libro: "La estructura de las revoluciones científicas", cuando apenas era un estudiante graduado en física teórica y dio el cambio drástico de la física a la historia de la ciencia y más tarde, a la filosofía misma, por la inquietud que sentía por descubrir cada vez más la verdad. En él, expone la evolución de las ciencias naturales básicas y respondía a preguntas

DOCTRINA

Los paradigmas en el Derecho Concursal argentino. De las Ordenanzas de Bilbao a la ley 26.684
POR DANIEL ROQUE VÍTOLO 1

NOTA A FALLO

La nulidad derivada de la falta del asentimiento conyugal
POR FEDERICO RUSSO 9

JURISPRUDENCIA

ASENTIMIENTO CONYUGAL/ Nulidad relativa de la constitución de hipoteca efectuada por el cónyuge titular del bien sin el asentimiento del otro. Posibilidad de confirmación posterior (CNCiv.) 8

OPONIBILIDAD DE LA FRANQUICIA AL TERCERO DAMNIFICADO/ Límite de la garantía del asegurado. Constitucionalidad del art. 4, anexo II de la Resolución de la Superintendencia de Seguros de la Nación 25.429/97 (CS) 10

LA LEY TOMO LA LEY 2011-B

GENERAL ARGENTINO	CONTENIDO
LA LEY	LA LEY

(Viene de pág. 1)

Dentro de la *matriz disciplinaria*, podemos encontrar un sinnúmero de elementos tales como:

a) Las *generalizaciones simbólicas* — expresiones desplegadas por los miembros del grupo — son enunciados generales que encabezan a los cuerpos teóricos, expresados tanto en términos matemáticos como en palabras de lenguaje común; (8) Contrariamente a la concepción hipotético-deductivista, estos principios no son refutables, puesto que su contacto con la realidad no es inmediato: se encuentran interpuestas, entre ellos y ésta, leyes especiales, que son las que se contrastan efectivamente. Su función es la de ser un esquema de ley, la forma general que deben adoptar todas las leyes especiales que forman el entramado teórico y empírico del paradigma. Estos esquemas son también llamados *principios guía*. (9) Entre las generalizaciones simbólicas de la matriz disciplinaria del Derecho Concursal los concursualistas — dentro de *principios guía* — suelen mencionar i) el interés público; ii) la defensa de la moralidad en la actividad mercantil; iii) la estructuración de diversas alternativas a la que puedan recurrir deudores y acreedores frente a los escenarios de crisis; iv) regímenes flexibles para las soluciones preventivas; v) mecanismos eficaces y rápidos para la liquidación de los activos en los procesos de liquidación forzosa; vi) regímenes de información transparentes y completos; vii) aseguramiento de la participación de todos los involucrados en los procesos regulados por la ley; viii) acceso a la posibilidad de revisar las decisiones del tribunal; ix) equilibrio respecto de la protección de los intereses de deudores, acreedores y terceros; entre otros.

b) El *paradigma metafísico*, que ayuda al grupo a determinar lo que será aceptado como explicación y/o como solución de problemas; a la inversa ayudan en la determinación de la lista de *enigmas no resueltos* y en la evaluación de la importancia de cada uno. El paradigma metafísico se utiliza como conjunto de creencias, como un mito, o como un punto de vista o marco de referencia. (10) Dentro de los paradigmas metafísicos del Derecho Concursal podemos encontrar los i) las alertas tempranas; ii) los mecanismos de acuerdos preconcursales propiamente dichos; iii) el agrupamiento de los acreedores en categorías; iv) el régimen de privilegios; y v) las prioridades en la resolución de los procesos liquidativos; entre otros.

c) Los *valores más profundamente sostenidos*: se refieren a las predicciones que deben ser exactas; o a los aplicables a teorías enteras que deben permitir la formulación y solución de enigmas. En un grado más considerable que otras clases de componentes de la *matriz disciplinaria*, los valores deben ser comparti-

dos por personas que difieren en su aplicación — esto es evidente, pues si todos los miembros de una comunidad respondiesen a cada anomalía como causa de crisis o abrazaran cada nueva teoría propuesta por un colega, la ciencia dejaría de existir—. (11) Entre los valores más fuertemente sostenidos por los concursualistas se encuentran: i) la protección del crédito; ii) la conservación de la empresa; iii) el mantenimiento de las fuentes de trabajo; iv) la conservación del valor de los activos; v) la protección del valor de la deuda; vi) privilegiar la enajenación de la empresa en luz de; y vii) la diferenciación entre la empresa y el empresario.

d) El *ejemplar*: que es lo que define las concretas soluciones del problema. Las diferencias entre *conjuntos de ejemplares* dan a la comunidad una finísima estructura de la ciencia. (12) Los ejemplares concursales son los tipos contenidos en las normas, que conforman sistemas que integran la *matriz disciplinaria*. Entre nosotros, a la luz de la ley 24.522 (Adla, LV-D, 4381), esos ejemplares son: i) el acuerdo preventivo extrajudicial; ii) el concurso preventivo y iii) la quiebra.

La *actividad científica*, por su parte, radica en:

i) proponer nuevos fragmentos de la realidad como probables modelos de la *generalización simbólica*; y

ii) encontrar la *ley especial* que regirá al modelo propuesto. (13)

Está labor investigativa es, simultáneamente:

ii.1) *intuitiva*, al vislumbrar entre el universo de las cosas, sus propiedades y relaciones, aquellas factibles de ser modelos del paradigma;

ii.2) *teórica*, al formular la ley propia del modelo investigado; y

ii.3) *empírica*, al comprobar lo adecuado de la ley propuesta a ese fragmento de realidad. (14)

II. Las revoluciones científicas y los cambios de paradigmas

La *crisis* es la condición previa y necesaria para el nacimiento de nuevas teorías.

La decisión de rechazar o de aceptar un paradigma y el juicio que conduce a esa decisión, involucra siempre la comparación de paradigmas con la naturaleza y entre ellos. Rechazar un paradigma sin reemplazarlo con otro es rechazar a la ciencia misma.

Kuhn sostiene que no existe la investigación sin ejemplos en contrario. Los enigmas existen sólo debido a que ningún paradigma resuelve completamente todos los problemas. (15)

de aplicación a modelos, proceso que hubiera pasado inadvertido ante la primacía acordada a la deducción, que no corresponde al engarce de la teoría con sus aplicaciones, o al método, del que se puede prescindir si conocemos adecuadamente el ejercicio, la práctica, lo empírico del oficio científico sólidamente regido por los paradigmas. Entonces un paradigma consistirá en las generalizaciones simbólicas y, además, en los modelos efectivos en los que su aplicación es exitosa.

(14) Es en este nivel, el de los modelos específicos y sus leyes, donde tiene cabida el esquema hipotético-deductivo enunciado por POPPER. Existen, a contrastar, dos hipótesis: la primera, que tal zona de la realidad es efectivamente un modelo probable del paradigma. La segunda, que la ley especial diseñada al efecto predecirá un comportamiento empírico de tal modo. Ambas hipótesis son contrastadas o corroboradas por la experiencia.

(15) KUHN, Thomas S., "The Structure of Scientific Revolutions" ... cit.

(16) El paradigma en conjunto comienza a ponerse en cuestión y los científicos comienzan a considerar si supone el marco más adecuado o la forma más correcta de abordar los problemas o si debe ser abandonado. La crisis supone la pro-

La proliferación de versiones de paradigmas, síntoma de crisis, debilita las reglas de la resolución normal de enigmas, de tal modo que, permite la aparición de un nuevo paradigma. Es tarea de la ciencia normal esforzarse por hacer que la teoría y los hechos, sean coherentes; y esta actividad puede verse como una prueba o búsqueda de confirmación o falsedad. Su objeto es resolver un enigma para que la existencia misma suponga la validez del paradigma.

Se entiende que todas las crisis se inician con la confusión de un paradigma.

La transición de un paradigma a otro nuevo del que pueda surgir una nueva tradición de ciencia normal, está lejos de ser un proceso de acumulación. Es más bien:

i) una *reconstrucción del campo*; o

ii) un *nuevo punto de partida* — a su vez — desde nuevos fundamentos.

Las crisis debilitan los estereotipos y proporcionan los datos adicionales necesarios para un cambio de paradigma fundamental. La transición consiguiente a un nuevo paradigma, es lo que Kuhn llama, *revolución científica*. (16)

La adquisición de un paradigma y el tipo de investigación que éste permite son un signo de madurez en el descubrimiento de cualquier campo científico dado. Las transiciones de los paradigmas son revoluciones científicas y la transición sucesiva de uno a otro es el patrón usual de desarrollo de una ciencia madura.

Para ser aceptado como paradigma una teoría debe parecer mejor que sus competidoras; pero no necesita ser explicada. Su surgimiento afecta la estructura del grupo que practica ese campo. En el desarrollo de la ciencia normal, cuando se produce una síntesis capaz de atraer a la mayoría de los profesionales de la generación siguiente, las escuelas antiguas desaparecen.

El nuevo paradigma implica una definición nueva y más rígida del campo: la *naturaleza de la ciencia*. (17)

La prueba de un paradigma sólo tiene lugar cuando el fracaso persistente para obtener la solución de un problema produce una crisis, e incluso entonces, solamente se produce después de que el sentimiento de crisis haya producido un candidato — idea o principio — alternativo al paradigma. (18)

Ninguna teoría resuelve todos los problemas a los que se enfrenta, ni es frecuente que las soluciones alcanzadas sean perfectas. Al contrario, lo incompleto y lo imperfecto del ajuste entre la teoría y los datos existentes es lo que define muchos de los enigmas que caracterizan a la ciencia normal. Cabe preguntar

la proliferación de nuevos paradigmas, en un principio tentativos y provisionales, con vistas a resolver la o las cuestiones más problemáticas. Estos nuevos paradigmas compiten entre sí y cada uno trata de imponerse como el enfoque más adecuado. Finalmente se produce la *revolución científica* cuando uno de los nuevos paradigmas sustituye al paradigma tradicional — como sucedió con la visión del mundo copernicana, que derró a la concepción aristotélica o con la teoría de la relatividad de Albert Einstein, que sustituyó a la visión newtoniana de la realidad como la forma más apropiada de aproximarse al mundo —. "Las revoluciones científicas se consideran aquí como aquellos episodios de desarrollo no acumulativo en que un antiguo paradigma es reemplazado, completamente o en parte, por otro nuevo e incompatible." "Tras la revolución el ciclo comienza de nuevo y el paradigma que ha sido instaurado da pie a un nuevo proceso de ciencia normal.

(17) PORTER, Roy, "La Revolución Científica: un radio en la rueda?", en PORTER y TEICH (eds.), "La Revolución en la Historia", Ed. Crítica, Barcelona, 1990.

(18) KOYRÉ, Alexandre, "Estudios de Historia del Pensamiento Científico", Ed. Siglo XXI, Barcelona, 1977.

culd de dos teorías reales y en competencia, se ajusta mejor a los hechos.

Los nuevos paradigmas nacen de los antiguos e incorporan — aunque sea parcialmente — gran parte del vocabulario y de los aparatos, que previamente se utilizaron. (19)

III. Los paradigmas del Derecho Concursal en las últimas décadas

Parecería que existió suficiente consenso en el pensamiento jurídico y económico moderno durante la mitad del siglo pasado en que lo que hacía bueno a un régimen concursal — o de tratamiento del fenómeno de las empresas en crisis — eran tres principios rectores — o paradigmas — en la materia que constituían objetivos a los que debía apuntar la regulación legal y que podrían esbozarse de la siguiente manera:

i) cualquier procedimiento concursal debía tender a *maximizar el valor de los activos*, lo que significa concentrar los esfuerzos y recursos en intentar salvar todos aquellos activos calificados como "buenos" y cerrar o desprenderse rápidamente de los calificados como "malos" para evitar, por una parte, su deterioro y, por otra parte, su eventual pérdida de valor que repercutiría en la disminución del diviendo concursal para los acreedores;

ii) Los procedimientos concursales debían *preservar el valor de la deuda*, lo cual importaba la necesaria adopción de medidas de corrección respecto de todo aquello que pudiera poner en peligro dicho valor, incluyendo sanciones y desplazamiento de administradores — proceso que podía inclusive llegar a generar responsabilidades agravadas para los accionistas o dueños del capital social —; y — finalmente —

iii) otorgar *prioridad a los intereses de los acreedores* que eran quienes tenían el derecho más directo y actual en relación con los activos, al haberse producido un *pasé de titularidad sustancial* sobre los mismos — *debt equity swap* — como consecuencia de que el monto de la deuda de la empresa en crisis resultaba superior a la capacidad de generación de flujos financieros por parte de ésta para el pago de la misma. (20)

Estos paradigmas en realidad no resultaron satisfactorios para la economía, las finanzas ni la realidad social; y a lo largo de la última década del siglo pasado y la primera década del siglo XXI, dichos paradigmas entraron en crisis. (21)

Ahora bien, a poco que analicemos estos principios podremos advertir que es razonable que ello haya ocurrido así, pues los procesos liquidativos — como la quiebra — resultaron sumamente útiles y beneficiosos para cumplir con el objetivo ii), pero absolu-

NOTAS

(6) Ver HULL, Clark L., "Principles of behavior", Nueva York 1943; ídem Brown, Roger, Words and things, Glencoe, II, 1958; ídem GIBSON, Eleanor, J., "A Re-examination of Generalization", Psychological Review, 66 (1959); entre otros.

(8) Puede verse PARSONS, y su posición en PARSONS, Talcott - BALES, Robert F. - SHILS, Edward, "Working Papers in the Theory of Actions", Glencoe, II, 1953.

(10) GUBA, Egon G., "The Paradigm Dialog", Sage Publications, 1990. "Criteria for Assessing the truthfulness of naturalistic inquiries", ERIC/ECTJ Anual, vol 29,2, pp. 75-91, 1981.

(11) Ver ABBAGNANO, Nicola, "Storia della filosofia", UTET, Torino; 1949; ídem, KUHN, Thomas S., "The Structure of Scientific Revolutions" ... cit.

(12) KUHN, Thomas S., "The Structure of Scientific Revolutions" ... cit.

(13) Las leyes especiales no se deducen de los principios de un paradigma, se llega a encontrarlas por los parecidos que guardan con ellos, y otras leyes especiales; de allí el proceso de enseñanza de los paradigmas, que consiste en el ejercicio

(19) Puede verse sobre estos conceptos ROMERO, José Luis, "La Filosofía Moderna", Fondo de Cultura Económica, México, 1977.

(20) Sobre estos temas ya nos hemos pronunciado con anterioridad en VÍTOLO, Daniel Roque, "El Nuevo Régimen Concursal", Ed. Ad Hoc, 2002; ídem "¿Quién le teme a la quiebra? A propósito de un proyecto de reforma", LA LEY, 2003-B, 1130; ídem Prólogo a la obra Derecho Concursal Aplicado (Pérez Hualde, Director) Ed. Ad Hoc, 2003; ídem RIVERA - ROITMAN - VÍTOLO, "Ley de Concursos y Quiebras", Ed. Rubinzal Culzoni, 2005, t. 1.

(21) Y donde quizás resultó más evidente dicho fracaso fue en las propuestas generadas en organizaciones internacionales, tales como INSOL, donde no pudo encontrarse una respuesta legislativa ni metodológica adecuada a la naturaleza económica y social de la crisis de las empresas a nivel mundial. Ello provocó la desactualización de los principios INSOL — *Statement of Principles for a Global Approach to Multi-Creditor Workouts* —. Estos principios son un conjunto de lineamientos de mejores prácticas para todos los *multi-creditor workouts*, que vieron la luz en el año 2000 y fueron elaborados luego de cinco años de trabajo por un comité liderado por un grupo de operadores

tamente insuficientes para cumplir con los esbozados en i) y iii).

El concurso preventivo — como sistema clásico conservatorio de la empresa en marcha — por su parte, no satisface — y en realidad a partir de ciertas reformas concursales tampoco satisfizo antes — ninguno de los tres objetivos mencionados, ya que:

i) la valorización de los activos se produce como consecuencia de una pérdida de valor — casi total — en el crédito del acreedor que subsidia con la quita o la espera la diferencia de valores sin garantía alguna de que finalmente se produzca el cumplimiento del acuerdo preventivo — o se evite la quiebra posterior —;

ii) el valor de la deuda se reduce en proporciones muy altas — de hecho ni siquiera se presentan "pisos" o "mínimos" para admitir la legalidad de una propuesta de acuerdo preventivo —;

iii) se privilegia la actividad económica y el mantenimiento de una capacidad de generación de riqueza a través de la empresa en marcha — cuyos flujos se afectan a la atención de la deuda nueva y los gastos operativos — con postergación del pago de la deuda anterior; y

iv) todo ello sin garantía alguna de que finalmente la crisis de la empresa resulte superada en el mediano y largo plazo.

Como si esto no fuera suficiente, también se puede afirmar — sin hesitación — que las soluciones no pueden ser las mismas para todos los países y para todos los sistemas, (22) ya que la posibilidad de implementación de los proyectos o propuestas de tratamiento de la insolvencia dependerán — entre otros elementos — del marco de aplicación derivado de:

i) la conformación institucional y restricciones que pudieran existir en la organización del Estado — normas constitucionales, régimen unitario o federal —;

ii) el sistema legal adoptado — *continental europeo o common law* —;

iii) la organización judicial y su relación con la competencia de los tribunales para la aplicación de la legislación de crisis;

iv) la tradición existente en la conducta económica social y en la seguridad jurídica como valor y experiencia en la cultura de la sociedad y en especial en la de los protagonistas del tráfico mercantil; (23) y — finalmente —

v) la concepción filosófica y política que la comunidad media tenga respecto del fenómeno de la insolvencia, del manejo del crédito y de lo que considere equitativo para el tratamiento del problema — es decir, la filosofía política imperante en materia de distribución y administración de los derechos de propiedad —. (24)

Quiere decir — entonces — que la búsqueda de soluciones para la crisis y los valores que deseen privilegiarse ante el fenómeno de escasez que el estado de crisis genera no son cuestiones meramente aisladas, sino que tienen mucho que ver respecto de lo que cada comunidad o sistema considera adecuado en la etapa de generación de la riqueza y la manera en la cual regula y administra los derechos de propiedad. (25)

Dependiendo de los valores a los que se otorgue preeminencia a la hora de crear riqueza, serán los que se refortalezcan y servirán de guía en el caso en que la riqueza creada resulte insuficiente para atender la deuda generada para la creación de la misma. De otro modo, se produciría un colapso en el sistema de coherencia interna del sistema económico; y allí el daño será mayor.

Y esto ha sido señalado en forma elocuente por Rouillon (26) recientemente, al advertir las diferencias existentes en los diversos países de la propia Latinoamérica en relación con el diseño de las leyes de insolvencia, (27) el régimen de privilegios, (28) la posición relativa que tienen los dueños del capital de las empresas frente a los acreedores, (29) el manejo de los mecanismos de las relaciones de Derecho Internacional Privado en los procesos de crisis, (30) y hasta la utilización — o no — de los remedios concursales. (31)

Lo cierto es que a través de los años y dependiendo de la situación económica, financiera y política de cada continente, región o país — y de las condiciones históricas —, las leyes concursales han sido elaboradas, diseñadas y construidas sobre determinados paradigmas que le daban su impronta.

IV. Los paradigmas concursales en las leyes de la República Argentina

Veremos a continuación cuáles fueron — desde nuestro punto de vista — los paradigmas concursales que se vinieron sucediendo en el régimen legal argentino a lo largo del tiempo. (32)

1. El régimen anterior al Código de Comercio y el paradigma del "fomento del comercio y del crédito"

En el territorio de la República Argentina la legislación española fue aplicada no sólo hasta la época de la independencia, sino que también fue la que rigió en materia mercantil durante el tiempo posterior a la separación de España.

Creado por la real cédula del 30 de enero de 1794 la solución de los litigios y conflictos mercantiles estaban a cargo del Consulado de Buenos Aires cuya aparición obedecía a una decisión del rey Carlos IV. Este tribunal, compuesto del prior y cónsules, debía responder a las normas contenidas en las Ordenanzas de Bilbao las cuales legislaban de un modo minucioso la materia falencial. (33)

Quiere decir entonces que el capítulo XVII de dichas Ordenanzas fue la primera ley de quiebras que se aplicó en nuestro país y lo que sus disposiciones consagraban era el paradigma del "fomento del comercio y del crédito".

Efectivamente, según la mencionada normativa, los deudores sometidos a proceso eran divididos en tres categorías diferentes:

a) Los deudores "atrasados", que eran quienes no pagaban a su debido tiempo las obligaciones a su cargo, pero que finalmente terminaban haciéndose cargo de sus deudas con una espera de breve tiempo según convenio celebrado con sus acreedores. Estos deudores no resultaban afectados en su fama por el atraso incurrido en virtud del acuerdo que habían celebrado y la comunidad debía guardarles, según las Ordenanzas, "el honor de su crédito, buena opinión y fama".

b) Los simples "quebrados", que eran aquellas personas que por infortunios inculpables ocurridos ya fuera en mar o en tierra se veían compelidos a cerrar sus negocios, justificando

satisfactoriamente que la situación de falencia se había producido por cuestiones ajenas a su voluntad. La regulación legal calificaba estas falencias como "quebras inculpables", aunque les impedía participar en forma activa o pasiva posteriormente en el Consulado.

c) Los "quebrados culpables", "fraudulentos", y aquellos "que se dieran a la fuga". Estos últimos eran señalados en las Ordenanzas como aquellos que "alzándose, finalmente, con la hacienda ajena, que pueden ocultando ésta y las demás alhajas preciosas que tienen con los libros y papeles de su razón; ausentándose o retirándose al sagrado de las iglesias, sin dar ni dejar cuenta ni razón, reduciendo a la última condición a sus acreedores; de que resultan notables perjuicios a los demás comerciantes de buena fe".

Los comerciantes comprendidos en el último supuesto eran sometidos a la autoridad del Consulado el que iniciaba el concurso, practicaba inventario — con intervención de Escribano —, publicaba edictos y disponía el desapoderamiento de los bienes. Los acreedores nombraban entre ellos a quienes ejercerían las funciones de síndicos y, sin la participación de éstos y de los restantes acreedores, estaba vedado realizar ajuste o convenio alguno particular respecto de las obligaciones incumplidas.

Ya en esta legislación se contemplaba el régimen de doble mayoría para la aprobación de los ajustes o acuerdos y existía un sistema de nulidades para los actos realizados por el fallido en el período de sospecha.

Las Ordenanzas de Bilbao también contemplaban la suspensión de los juicios contra el fallido para permitir el tratamiento integral de la liquidación patrimonial y la satisfacción de las deudas con el producido de los bienes.

2. El régimen falencial durante el Gobierno de Rosas y el paradigma del "moralizador cumplimiento inexcusable de las obligaciones comerciales"

Durante su primer gobierno, Rosas impuso una severa contención del gasto público y una gran recaudación impositiva rigurosa. Posteriormente los gastos de guerra volvieron a provocar un déficit, especialmente durante

(Continúa en pág. 4)

NOTAS

financieros, que a su vez califican a los administradores de capital (operadores financieros) como los acreedores relevantes o significativos en los procesos de crisis (*relevant creditors*). Estos principios, como puede observarse, tienen un fuerte componente de estructuración para la protección de acreedores de carácter financiero y, de hecho, han recibido el beneplácito del Banco Mundial, del Banco de Inglaterra (*London Approach*); de la Asociación de Banqueros Británicos, y responden al trabajo de cinco años de INSOL Lenders Group — es decir, de quienes suministran fondos financieros —, cuyo comité ejecutivo está compuesto por representantes del HSBC, Barclay's Bank Plc; Royal Bank of Scotland; National Westminster Bank Plc; JP Morgan; The Industrial Bank of Japan; Deutsche Bank; Credit Agricole Indosuez; y la British Bankers Association; siendo integrados los paneles y comisiones de trabajo específicamente por los más importantes y grandes bancos del mundo, compañías de seguros, inversores institucionales, fondos de inversión, operadores de mercados secundarios, banqueros de inversión, profesionales de las finanzas y de la insolvencia, delegados gubernamentales, y autoridades regulatorias. Es decir, una visión principalmente financiera de la insolvencia desde la óptica de los acreedores financieros, y, por ende, un tanto parcial del fenómeno de la insolvencia, que es — en la actualidad — mucho más abarcativo.

(22) De allí también las dificultades que encontró la Guía Legislativa aprobada por la CNUMDI — Naciones Unidas — el 25 de junio de 2004, con la finalidad de la de ayudar a establecer un marco jurídico eficiente y eficaz para resolver las dificultades financieras de los deudores comerciales. Dicha guía era dirigida a las autoridades y a los órganos legislativos de los países que tuvieran previsto preparar alguna nueva norma legal o

reglamentaria en esta materia o revisar la normativa en vigor. El asesoramiento impartido por la Guía tenía por objeto conciliar la necesidad de resolver con prontitud y eficiencia las dificultades financieras del deudor con el deber de defender los intereses de las diversas partes que pudieran verse directamente afectadas por las dificultades financieras del deudor, principalmente sus acreedores y toda otra parte que tuviera algún interés en el negocio del deudor, sin olvidarse de amparar también los intereses de orden público de derecho interno. La Guía Legislativa proponía como principios para una Ley de Insolvencia: 1. Dar seguridad en el mercado para promover la estabilidad y el crecimiento económicos; 2. Obtener el máximo valor posible de los bienes; 3. Ponderar adecuadamente las respectivas ventajas de la vía de liquidación y de la vía de reorganización; 4. Tratar de manera equitativa a los acreedores que se encontraran en circunstancias; 5. Lograr una solución oportuna, eficiente e imparcial de la situación de insolvencia; 6. Preservar la masa de la insolvencia para que pueda efectuarse una distribución equitativa entre los acreedores; 7. Garantizar un régimen de la insolvencia transparente y previsible que comprenda incentivos para reunir y facilitar; 8. Reconocer los derechos existentes de los acreedores y establecer reglas claras para determinar el grado de prelación de los créditos; 9. Establecer un marco para la insolvencia transfronteriza. Como puede advertirse, muchos de estos lineamientos han perdido hoy vigencia frente a la realidad de las crisis empresariales en el mundo.

(23) Es significativo que en Latinoamérica — por ejemplo — sólo México y Colombia hayan adoptado la Ley Modelo UNCITRAL de Insolvencia Transfronteriza, y que Uruguay haya incorporado reglas propias compatibles con el sistema, mientras que

el resto de los países haya resistido el régimen de colaboración propuesto por la norma. Y a nivel mundial la cuestión no fue mucho mejor, ya que después de la incorporación del régimen por los Estados Unidos — que originariamente también se resistió — comenzó a tener mayor aceptación sólo Australia 2008; Canadá, 2009; Colombia, 2008; Eritrea, 1998; Eslovenia, 2007; Estados Unidos, 2005; Grecia, 2010; Japón 2000; Mauricio 2009; México, 2000; Montenegro 2002; Nueva Zelanda 2006; Polonia 2003; Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, 2006; Islas Vírgenes Británicas, territorio de ultramar del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, 2003; República de Corea, 2006; Rumania, 2003; Serbia, 2004; y Sudáfrica, 2001. La mayoría de los países centrales no la han adoptado.

(24) Ver VÍTOLO, Daniel Roque, "El nuevo régimen concursal", cit.

(25) Ver VÍTOLO, "Concursos y Quiebras" ... cit.

(26) ROUILLON, Adolfo, Conferencia inaugural del Simposio "Recent trends in restructuring and distressed M&A" que tuvo lugar en Buenos Aires, los días 4 y 5 de septiembre de 2011, organizado por la International Bar Association.

(27) Indicó el expositor que en la región existen sólo siete leyes modernas (Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Méjico, Perú y Uruguay); tres leyes, parcialmente actualizadas (Bolivia, Costa Rica y Ecuador); y diez leyes antiguas o fuera de sistema (República Dominicana, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Venezuela y Cuba).

(28) Señaló Rouillon que, de la investigación llevada a cabo por el Banco Mundial, sólo Ar-

gentina y Uruguay colocaban en el tope de los privilegios las garantías reales, seguidas por los gastos del concurso, para luego colocar a los reclamos laborales, los impuestos y — finalmente — los acreedores quirografarios; mientras que otros países como Perú, Brasil, México y Colombia privilegiaban los acreedores laborales incluso por sobre los créditos con garantías reales.

(29) Señaló las bondades de la ley de Argentina que coloca a los acreedores mejor posicionados frente a los acreedores, y los defectos de la ley de Colombia que permite a los socios o sociasistas casi controlar el concurso.

(30) Argentina, Bolivia, Colombia y Paraguay, Uruguay forman parte del régimen del Tratado de Montevideo; Brasil, Chile, Costa Rica, República Dominicana, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, Nicaragua, Panamá y Venezuela forman parte del Grupo "Bustamante" en el Tratado de La Habana de 1926.

(31) La estadística muestra que dichos procesos eran frecuentes en Argentina y Colombia, poco utilizados en Brasil y Uruguay, muy poco utilizados en Méjico, para finalmente casi no ser jamás utilizados en Bolivia, Ecuador, Honduras, Nicaragua, El Salvador y Paraguay.

(32) Un desarrollo más completo de los antecedentes históricos podrán encontrarse en VÍTOLO, Daniel Roque, "Derecho Concursal. Procedimientos de prevención y resolución de la insolvencia bajo las leyes 24.522, 25.61, 25.563, 25.589, 26.086 y 26.684", Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 2011; ídem "Ley de Concursos y Quiebras reformada", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2011.

(33) Ver MAYORGA, Julio E. "Breve contribución al estudio de las quiebras", Córdoba, 1909.

(Véase del págs. 3)
 los billetes que privaban al gobierno de los derechos de aduana.

El delicado equilibrio al que aspiraba Rosas con una política férrea en materia de finanzas no podía verse empujada por la crisis de los comerciantes, ni el círculo recaudatorio por los acuerdos falenciales.

Ello llevó la concepción —por parte de Rosas— del paradigma del "moralizador cumplimiento estricto de las obligaciones comerciales"; donde no se permitía negociación alguna respecto de los incumplimientos, ni se perdonaban las conductas que importaran incumplimientos generalizados. (34)

Así fue que, con fecha 29 de marzo de 1836, Juan Manuel de Rosas dictó un decreto aboliendo todos los juicios de esperas y quitas. Conforme a dicha norma:

a) Quedaron sin efecto los juicios de concursos de acreedores llamados de esperas o moratorias y de remisión o de acreedores.

b) A partir de esa fecha ningún deudor pudo solicitar quitas o esperas en juicio y ningún acreedor podía ser obligado a aceptarlas por el voto de los demás coacreedores bajo el régimen de mayorías.

c) La Cámara de Apelaciones tenía vedado conceder moratorias a ningún deudor.

d) Todo juicio, ya fuera de espera o moratoria que estuviera pendiente, porque no hubiera sido resuelto definitivamente o porque habiéndolo sido alguno de los acreedores se oponía en general, o con respecto a su crédito, a las esperas o quitas concedidas tanto por los acreedores como por la Cámara de Apelaciones, quedaban comprendidos en el decreto, teniéndose por nulo y de ningún valor ni efecto todo lo que se hubiese obrado o resucito a favor de dichas quitas o esperas.

e) No se admitía dictamen ni controversia alguna, ni continuación de las cuestiones pendientes vinculadas a estos temas.

3. El regreso a las Ordenanzas de Bilbao y del paradigma de "la protección del comercio y del crédito frente a situaciones de crisis"

El decreto de Rosas finalmente fue derogado por el Gobierno de la Provincia de Buenos Aires, el cual reimplantó la vigencia de las Ordenanzas de Bilbao y de las leyes generales relativas a la materia concursal. La derogación de la norma no fue pacífica, en la medida en que tanto el fiscal de Estado como el Tribunal Superior de Justicia estuvieron en contra de que se dejara sin efecto el decreto dictado por Juan Manuel de Rosas.

Los fundamentos dados por el entonces gobernador de la Provincia, Valentín Alsina, el 24 de marzo de 1858, para la reimplantación de un régimen de moratorias, quitas y esperas —con los alcances fijados en las Ordenanzas de Bilbao— pueden sintetizarse de la siguiente manera:

a) la crisis mercantil europea había afectado fuertemente al comercio en el Río de la Plata, produciendo un impacto negativo en su giro habitual;

b) la administración del Estado tenía como deber ineludible ir en auxilio del comercio, pues de su prosperidad dependerá —en gran

medida— la prosperidad de los ciudadanos y también del mismo Estado, y —finalmente—;

c) tanto el comercio en general como el tribunal de comercio local, se habían pronunciado sobre la necesidad de contar con mecanismos que permitieran celebrar acuerdos para refinanciar las actividades mercantiles frente a las derivaciones de la crisis por la que atravesaba el comercio.

Así, esta legislación consagraba el paradigma de "la protección del comercio y del crédito frente a situaciones de crisis".

4. El régimen general del Código de Comercio (1862-1902) y el paradigma de "la protección de las derechos del deudor en quiebra"

Al adoptarse en el año 1862 el Código de Comercio de la Provincia de Buenos Aires para que rigiera a nivel nacional, con él se incorporaron también a la legislación general las normas relativas al régimen de insolvencia.

Si bien son varios los paradigmas concursales en los cuales se fundaba la norma —la conceptualización del procedimiento como algo propio de los comerciantes y a cargo de ellos; la protección del principio de buena fe; y la intervención judicial para dejar sin efecto el estado de quiebra—, lo cierto es que el eje principal de la regulación estaba dirigido a la protección de los derechos del deudor en quiebra.

Según el Libro IV del Código —relativo a la "insolvencia de los comerciantes"—:

a) la quiebra era dirigida por un juez comisario, que era uno de los miembros del Tribunal de Comercio;

b) el presupuesto objetivo para la declaración en quiebra era el estado de "cesación de pagos";

c) la quiebra era clasificada como casual, culpable o fraudulenta;

d) se contemplaba una sindicatura provisoria ejercida por comerciantes de una lista de treinta que confeccionaba el Tribunal de Comercio;

e) se preveía una suerte de concordato resolutorio para dejar sin efecto el estado de quiebra, pero él debía celebrarse en forma judicial, ya que los acuerdos extrajudiciales eran nulos;

f) con anterioridad a la declaración en quiebra el deudor que pudiera demostrar su solvencia y probase que la cesación de pagos había obedecido a circunstancias extraordinarias y pasajeras, podía recurrir a un sistema de "moratoria";

g) la liquidación de los bienes en la quiebra estaba a cargo de los acreedores del fallido llevándose a cabo los actos de liquidación por cuenta de ellos; y

h) los acreedores podían continuar por su cuenta los negocios del deudor.

Lo cierto es que la experiencia indicó —a pesar de las intenciones de los legisladores— que los deudores en dificultades no recurrían al Tribunal de Comercio de Buenos Aires para buscar las soluciones legislativas a sus problemas; y que abusaban de la posición dominante que tenían respecto de sus acreedores, al tener que

dadas a elegir entre la celebración de un acuerdo privado con fuerte reducción de sus derechos o una quiebra liquidativa en la cual no percibirían ningún dividendo concursal. (35)

La legislación originaria en esta materia, si bien respetaba el sistema clásico vigente en el mundo hasta ese momento, no provocó los resultados esperados; los que también se vieron afectados por la posterior sanción del Código Civil y la interpretación y aplicación de las normas legales que efectuaron los tribunales. (36)

5. La reforma del año 1889 y los paradigmas del "interés público en el proceso judicial" y el "mejor interés de la masa"

La reforma del Código de Comercio de 1889 no pudo incorporar al régimen de quiebras normas que cambiaran las sensaciones de frustración en el ámbito mercantil respecto de que —al decir de un diputado de la época— las moratorias se habían convertido en antesala de la quiebra, constituyendo una falla corrosiva del nervio del comercio. (37)

Sin embargo, algunas aristas de la reforma permitieron focalizar la nueva filosofía de la ley en el "interés público en el proceso judicial" —el que estaría a cargo del Juez de Comercio— y el "mejor interés de la masa" —que venía a sustituir el principio de protección de los derechos del deudor—.

En consecuencia, el Libro IV del Código de Comercio, en la versión 1889:

a) suprimió la figura del juez comisario y le otorgó al juez de comercio intervención en todo el proceso falencial;

b) suprimió el juicio de calificación de la quiebra;

c) permitió que la quiebra pudiera extinguirse por la adjudicación de bienes a los acreedores;

d) facultó a los acreedores a constituir una sociedad para continuar con la explotación de los negocios del deudor; y

e) se dejó sin efecto la norma que permitía que se liquidaran los bienes por cuenta de los acreedores; a partir de la nueva regulación los bienes se liquidaban por cuenta del deudor fallido y en beneficio de la masa de acreedores.

Las normas falenciales judiciales eran ya en esa época —al decir de los autores del momento— una solución mala para el deudor, pésima para los acreedores, de consecuencias fatales para el tráfico económico y la comunidad mercantil. (38)

6. La ley 4156 y los paradigmas de la "privatización del procedimiento" y del "mejor interés de los acreedores"

La ley 4156 (Adla, 1889-1919, 564) constituyó un cambio pendular en la dirección hacia la cual focalizaba la ley concursal el fenómeno de la insolvencia.

En efecto, al revés de lo ocurrido con el Código de Comercio, esta norma vino —ante la desilusión provocada por la legislación entonces vigente— a consagrar dos nuevos paradigmas: el de la "privatización del procedimiento" y el del "mejor interés de los acreedores".

La nueva norma legal constituyó casi el reconocimiento de un derecho absoluto de los acreedores respecto de los bienes y del propio deudor en crisis, y un encuadre en el cual la fi-

gura del Estado y la administración de justicia no tenían relevancia significativa. (39)

De hecho la Comisión redactora de la ley entendía que la insolvencia era, en general, un hecho ajeno a toda intencionalidad criminal, cuyas consecuencias sólo afectaban directamente a los interesados. (40) resultado —a su juicio— natural y lógico que los conflictos generados por la insolvencia fueran solucionados directamente por los acreedores y su deudor, conforme a la tendencia natural y espontánea del comercio mismo. (41)

La norma legal —sin embargo— inspirada en el proyecto italiano de Bolaffio y la Comisión General Italiana, así como en la ley inglesa de 1869, había introducido interesantes institutos:

a) un régimen de procedimiento preventivo en sentido puro, con los institutos del concordato y la adjudicación de bienes que hasta ese momento, y según el Código de 1889, eran figuras legales de carácter resolutorio;

b) suprimió las moratorias; y

c) se apartó del sistema oficial para dejar que los acreedores resolvieran voluntariamente bajo régimen de mayorías la gran cantidad de cuestiones sometidas a debate.

La ley 4156 fue un absoluto fracaso. Como recuerda Cámara, ya al poco tiempo de su aplicación comenzaron a dejarse sentir los efectos de la imprevisión, que acentuándose día a día, llegaron a formar el concepto, muy vulgarizado, de que las juntas de acreedores eran constituidas en el escritorio de los intermediarios, en consideración a las soluciones discutidas y aceptadas privadamente, y se concurría a los tribunales tan sólo a revestir al acto de las formas legales. (42)

7. La ley 11.719 y los paradigmas de la "tutela del interés público" y "la represión del dolo y del fraude"

La crisis del sistema impuesto por la ley 4156 no se dejó esperar y frente al reclamo generalizado de la doctrina, y de la sociedad, se fueron imponiendo dos nuevos conceptos que con fuerza de paradigmas delinearon un nuevo sistema falencial. Estos principios eran: el de la "tutela del interés público" y el de la "represión del dolo y del fraude".

Quiere decir entonces que la ley 11.719 (Adla, 1929-1940, 325) consagró como principios del nuevo régimen la judicialización del proceso, el control estricto respecto de la conformación del pasivo concursal y ahorró sustancialmente el sistema de prevención y resolución de la insolvencia abandonando el sistema privatista y voluntarista instaurado por la ley 4156, para retornar a un procedimiento con una mayor tutela del Estado y elevando a nivel de paradigma la protección del interés público, intentando ofrecer a los involucrados en los procesos de crisis, mayores garantías compatibles con la índole y naturaleza del procedimiento concursal. (43) haciendo especial hincapié en procurar prevenir y reprimir el dolo y el fraude que se habían instalado durante la vigencia de la ley 4156.

8. La ley 19.551 y los paradigmas del "interés público comprendido en el concurso", "la judicialidad extrema", el "formalismo" y "la conservación de la empresa"

Si bien la ley 11.719 rigió durante más de 40 años, ya desde su sanción tuvo reparos por

NOTAS
 (34) Ver ALONSO, María Ernestina; ELIZALDE, Roberto y VÁZQUEZ, Enrique Carlos. "Historia Argentina y el mundo contemporáneo". Editorial Aique. 2ª edición, Buenos Aires, 1995, 352 páginas; DÍAZ, Torcuato. "Historia Argentina —Desde 1830 hasta nuestros días—". Editorial Troquel, 2ª edición, Sta. Fe de Bogotá, 1995, 350 páginas; FIGUEROA y GARCÍA BELSUNCE, César A. "Historia de los argentinos", t. I. Editorial Larousse, 1ª edición, Buenos Aires 1992; GARAVAGLIA, Juan Carlos. "La suma del poder público", t. 4. Editorial Clarín. Colección Historia Visual de la

Argentina, 1ª edición, Buenos Aires, 1999; MIKULSKY, María L. N. de, MUR, Elvira S. de, RIVAS, Gabriel y ROYO, Susana. "Historia 3. La Nación Argentina". Editorial Kapelusz, 1ª edición, Buenos Aires 1971; PÉREZ AMUCHÁSTEGUI, Antonio J. "Mentalidades argentinas". Editorial Universitaria de Buenos Aires. Colección Biblioteca de América. 2ª edición. Buenos Aires, 1970; entre otros.

(35) Ver SEGOVIA, Lisandro. "Explicación y Crítica del nuevo Código de Comercio", Buenos Aires, 1892.

(36) Ver FERNÁNDEZ, Raymundo L. "Fundamentos de la quiebra", Compañía Impresora Argentina. Buenos Aires, 1937.

(37) CÁMARA, Héctor. "El Concurso Preventivo y la Quiebra", 2ª ed. Lexis Nexis, Buenos Aires, 2004.

(38) Ver SAJÓN, Jaime V. "Ley de Quiebras", Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1962.

(39) Ver también CASTILLO, Ramón. "La quiebra en el derecho argentino", Buenos Aires, 1940.

(40) Ver ARMENCOL, Manuel F. "Fundamentos y críticas de la nueva ley de quiebras", Buenos Aires, 1905.

(41) Ver MALAGARRIGA, Carlos. "Código de Comercio Comentado", 3ª ed., Buenos Aires, 1929.

(42) Ver GARCÍA MARTÍNEZ, Francisco. "La convocación de acreedores y la quiebra", Buenos Aires, 1934.

(43) Ver POZZO, Juan D. "Manual de la ley de quiebras n° 11.719", Buenos Aires, 1937.

parte de Yadarola, (44) no fueron pocos los esfuerzos de la doctrina y la jurisprudencia tendientes a interpretarla y armonizarla en su aplicación.

Pero lo cierto es que la realidad económica, financiera y social de los años '30 se vio transformada años después por fenómenos tales como la Segunda Guerra Mundial, y la sociedad liberal individualista fue progresivamente mutando hacia una democracia social con características de masividad, y una sucesiva transformación del modo de realizar negocios, incorporándose —también— nuevos institutos e instrumentos de crédito que modificaron el escenario en el cual debían desenvolverse la nueva protagonista del Derecho Mercantil del siglo XX: la empresa. Los paradigmas concursales de la ley 11.719 entraron en crisis y nuevos conceptos fueron viendo la luz, hasta que se sancionó —luego de varios intentos previos— la ley 19.551 (Adla, XXVII-B, 1677).

Esta ley fue una ley de fuerte corte publicístico, en la cual la balanza de derechos y ventajas se inclinaba fuertemente por el deudor, postergando los derechos de los acreedores y delegando en el Poder Judicial una serie de facultades a la hora de evaluar las soluciones concordatarias para intentar superar las crisis empresarias, colocando a los magistrados como tutores, centinelas y evaluadores de las soluciones que el deudor había acordado con una mayoría significativa de sus acreedores —entre ellas la de determinar si el acuerdo preventivo era posible de cumplimiento; si el mismo favorecía o tutelaba el crédito; o si el deudor concursado era merecedor de una solución preventiva—. (45)

Como paradigmas centrales de la ley 19.551 pueden mencionarse:

- a) el concurso como mero mecanismo de "refinanciación de deudas"; (46)
- b) el "interés público" comprendido en el concurso; (47)
- c) la judicialidad extrema del proceso; (48)
- d) el formalismo llevado a su máxima expresión; (49)
- e) el intento de protección de los derechos de los trabajadores; (50)

NOTAS

(44) YADAROLA, Mauricio L., "Algunos aspectos fundamentales de la nueva ley de quiebras" (Rev. Crítica de Jurisprudencia, Buenos Aires, 1934, t. II).

(45) Puede verse ARGENTI, Saúl, A., "La quiebra y los demás procesos concursales", Librería Editora Platense, La Plata, 1978; CÁMARA, Héctor, "El Concurso Preventivo y la Quiebra...", cit.; FARINA, Juan M., "Concursos en las sociedades comerciales", Ed. Zeus, Rosario, 1982; FUSARO, E., "Concursos. Teoría y Práctica de la ley 19.551", Ed. Depalma, Buenos Aires, 1988; GARCÍA MARTÍNEZ, Francisco y FERNÁNDEZ MADRID, Juan Carlos, "Concursos y Quiebras", Ed. Contabilidad Moderna, Buenos Aires, 1978; MAFFÍA, Osvaldo J., "Derecho Concursal", Ed. Zavalla, Buenos Aires, 1985; MIGLIARDI, Francisco, "Concursos y Procedimiento concursal", Ed. Depalma, Buenos Aires, 1982; QUINTANA FERREYRA, Francisco, "Concursos. Ley 19.551 y modificatorias. Comentada, anotada y concordada", Ed. Astrea, Buenos Aires, 1985; TONON, Antonio, "Derecho Concursal I, Instituciones Generales", Ed. Depalma, Buenos Aires, 1992; ZAVALA RODRÍGUEZ, Carlos, "Código de Comercio y leyes complementarias, comentado y concordado", Ed. Depalma, Buenos Aires, 1972.

(46) Las normas de la ley 19.551 (Adla, XXVII-B, 1677) prevén instrumentos para la consideración y superación de la crisis originada por los pasivos, bajo una concepción de refinanciación de los mismos. Esta concepción, más vinculada a una institución como la moratoria que a la verdadera organización empresarial, acompañada de la exigencia de la propuesta única para todos los acreedores, impedía al deudor la reorganización o reorganización (reestructuración) de su deuda.

f) una visión negativa y sancionadora de los deudores fallidos; (51) y

g) la "conservación de la empresa" —privilegiando este último paradigma sobre cualquier otro—. (52)

La ley 19.551 estuvo en vigencia por 23 años, pero en el transcurso de ese tiempo el entorno nacional y mundial sufrió transformaciones enormes, entre ellas, el nuevo fenómeno de la globalización, la internacionalización de los mercados, la liberalización de la economía y las finanzas, y —adicionalmente— la transformación definitiva del sistema político argentino, que pasó de regirse por una democracia endeble interrumpida de tanto en tanto por gobiernos militares y dictaduras, a un régimen político democrático estable y duradero.

La nueva realidad generó la crisis de los paradigmas en los cuales se sustentaba la ley 19.551.

9. La ley 24.522 y los paradigmas de "protección del crédito", "flexibilización del procedimiento" y de la "conservación de la empresa económicamente viable"

La ley 24.522 vino a innovar fuertemente en el sistema y, tal como lo expusieramos en obras anteriores, (53) renovó en forma absoluta el concepto de prevención de la insolvencia y bajo los paradigmas de la "protección del crédito", "flexibilización del procedimiento" y de la "conservación de la empresa económicamente viable", diseñó diversos mecanismos reparadores para las crisis empresarias consistentes en:

- a) la revalorización del principio de conservación de la empresa de un modo realista y no meramente declamativo —en la búsqueda de conservar las empresas económicamente viables— (arts. 48 y 55);
- b) la flexibilización del régimen de contratos en curso de ejecución; especialmente en lo relativo a las relaciones laborales en el marco de la crisis (arts. 20 y concs.) para permitir el mantenimiento del nivel de empleo y la conservación de las fuentes de trabajo;
- c) la posibilidad de una mayor participación activa de los acreedores en el proceso concursal (arts. 14, Inc. 1; 45 y concs.) —creando los comités de acreedores—;

(47) Otro de los elementos característicos de la ley 19.551 era enfatizar que en el fenómeno de la insolvencia se encontraba comprometido un interés público que excedía los intereses propios del deudor y de los acreedores, interés éste que debía ser fuertemente custodiado por el magistrado a cargo del proceso, y lo obligaba a evaluar como condición de homologación del acuerdo al que pudieran arribar los interesados, dentro del marco legal específico, si la solución concursal preventiva resultaba congruente con las finalidades de los concursos de acreedores, y si era conforme con el interés general; además de tener que evaluar la conveniencia respecto de la protección del crédito en general, y aun pronunciarse sobre si el deudor, en relación a las causas que provocaron su cesación de pagos y su propia conducta, resultaba merecedor de una solución preventiva o si, por el contrario, debía ser castigado con un régimen de liquidación coactiva y forzosa de sus bienes.

(48) Todo el procedimiento vinculado al régimen de insolvencia se encontraba imbuido de una fuerte dosis de judicialidad, donde la facultad y potestad del magistrado superaba el mero control de legalidad o sustancial del proceso, para permitirle pronunciamientos vinculados al mérito o conveniencia del acuerdo, de los acreedores —que ya lo habían votado— y aun el grado de merecimiento que el deudor podía recibir de sus acreedores en orden a la solución preventiva.

(49) El procedimiento tan formalista de la verificación de créditos en sede judicial; la Junta de Acreedores como instante "único" para la negociación del acuerdo; la exigencia de que el deudor presentara propuesta en forma simultánea a la fecha de presentación del informe del art. 35 —lo que hizo que la presentación de la propuesta fuera una mera formalidad para no quebrar en lugar de

d) un sistema diferente para la insinuación de los créditos en el pasivo (arts. 32 y ss.) —que importó la pseudo privatización del procedimiento y la liberación de un trabajo inoficioso de los tribunales comerciales—;

e) la visión integradora del fenómeno de reestructuración de pasivos y recomposición de relaciones jurídicas en lo que hace a la posibilidad de diferenciar y categorizar acreedores con el objeto de ofrecerles propuestas diferenciadas de acuerdos preventivos (arts. 41 y ss.) —sustituyendo el antiguo principio de refinanciación por el moderno de reestructuración—;

f) la restricción de los controles judiciales al cumplimiento de la ley restando poderes a evaluaciones subjetivas de mero mérito o conveniencia en cuanto a la propuesta aprobada por los acreedores, o la posibilidad de cumplimiento de ella por parte del magistrado (arts. 52 y ss.) —con lo que se devolvió al juez su función constitucional de control de legalidad—;

g) la incorporación de terceros en los mecanismos de salvataje de empresas en crisis cuando el deudor no había podido arribar en tiempo a un acuerdo satisfactorio con sus acreedores (arts. 48 y ss.) —preservación y conservación de la empresa más allá de la figura del empresario—;

h) el otorgamiento de una visión más realista a los conflictos derivados de la crisis, y a las consecuencias patrimoniales y personales derivadas de la quiebra (arts. 55 y concs.) —la creación de una "novación concursal"—;

i) un rediseño de los sistemas de ineficacia y responsabilidad, con la activa participación de los acreedores en la decisión respecto de ellos (arts. 118, 119, 160 y ss.; 173 y ss. y concs.) —devolver a los acreedores la decisión respecto de la eventual persecución del deudor para buscar nuevos bienes adicionales u ocultos, o determinar responsabilidades—;

j) la construcción de un nuevo sistema de inhabilitaciones (arts. 234 y ss.) —incorporación a la ley de mecanismos de rehabilitación sencillos y de corto plazo—; y

k) el suministro de un recurso tendiente a la búsqueda de soluciones integrales para los

casos de concursos de conjuntos económicos y de garantes (arts. 65 y ss.), entre otros.

(50) Consecuente con los principios y normas que regían al momento de su sanción, la ley 19.551 reflejaba en su articulado, como derivación también de las normas que regían en materia laboral, un sistema de aguda protección de las relaciones laborales, bajo una figura de *garantismo*, mediante las cuales el acreedor laboral no se encontraba sometido al fuero de extracción, no se veía afectado por el régimen dispuesto por el art. 20 de la ley 19.551, quedaba prácticamente eximido del régimen de concurrencia y de universalidad que importa el concurso, y se le imponía la irrenunciabilidad del privilegio de su crédito, cuestiones éstas que llevaron incluso a algunos fallos jurisprudenciales y a opiniones doctrinarias, a establecer que el acreedor laboral, en definitiva, resultaba ser un acreedor no concurrente; además de superprivilegiado, si se tomaba en cuenta la institución del pronto pago.

(51) A pesar de lo mucho que se ha declamado respecto de la necesidad de instrumentos preventivos de la crisis, la ley 19.551 no contenía normas efectivas vinculadas a la búsqueda de las soluciones preconcursales. Sin perjuicio de la incorporación de los acuerdos preconcursales, bajo el régimen de la ley 22.917 (Adla, XLIII-D, 3771), que reformara la ley 19.551, el modo en el cual estos acuerdos habían sido regulados, desalentaban su práctica y su celebración por parte de los acreedores toda vez que, ante la eventualidad del fracaso de dichos acuerdos, con la consiguiente declaración en falencia del deudor, caía el contenido de los mismos, exponiendo —adicionalmente— a los celebrantes a graves consecuencias previstas por la misma ley.

(52) La ley 19.551, en el conjunto de sus normas, tendía a mantener el principio de conservación

de los créditos en el pasivo (arts. 32 y ss.) —que importó la pseudo privatización del procedimiento y la liberación de un trabajo inoficioso de los tribunales comerciales—;

e) la visión integradora del fenómeno de reestructuración de pasivos y recomposición de relaciones jurídicas en lo que hace a la posibilidad de diferenciar y categorizar acreedores con el objeto de ofrecerles propuestas diferenciadas de acuerdos preventivos (arts. 41 y ss.) —sustituyendo el antiguo principio de refinanciación por el moderno de reestructuración—;

f) la restricción de los controles judiciales al cumplimiento de la ley restando poderes a evaluaciones subjetivas de mero mérito o conveniencia en cuanto a la propuesta aprobada por los acreedores, o la posibilidad de cumplimiento de ella por parte del magistrado (arts. 52 y ss.) —con lo que se devolvió al juez su función constitucional de control de legalidad—;

g) la incorporación de terceros en los mecanismos de salvataje de empresas en crisis cuando el deudor no había podido arribar en tiempo a un acuerdo satisfactorio con sus acreedores (arts. 48 y ss.) —preservación y conservación de la empresa más allá de la figura del empresario—;

h) el otorgamiento de una visión más realista a los conflictos derivados de la crisis, y a las consecuencias patrimoniales y personales derivadas de la quiebra (arts. 55 y concs.) —la creación de una "novación concursal"—;

i) un rediseño de los sistemas de ineficacia y responsabilidad, con la activa participación de los acreedores en la decisión respecto de ellos (arts. 118, 119, 160 y ss.; 173 y ss. y concs.) —devolver a los acreedores la decisión respecto de la eventual persecución del deudor para buscar nuevos bienes adicionales u ocultos, o determinar responsabilidades—;

j) la construcción de un nuevo sistema de inhabilitaciones (arts. 234 y ss.) —incorporación a la ley de mecanismos de rehabilitación sencillos y de corto plazo—; y

k) el suministro de un recurso tendiente a la búsqueda de soluciones integrales para los

casos de concursos de conjuntos económicos y de garantes (arts. 65 y ss.), entre otros.

Lo cierto es que, más allá de la resistencia inicial que genera todo cambio, la ley 24.522 se fue abriendo camino en la doctrina y en la jurisprudencia de los tribunales, y sus soluciones fueron siendo, —poco a poco—, cada vez más comprendidas, valoradas y aceptadas por la comunidad.

El debate que tuvo lugar en los años posteriores a la sanción de la ley se centró en cómo mejorar el sistema implementado por la ley 24.522, más que en discutir la filosofía o los lineamientos de la nueva normativa.

Pero quizás el efecto más importante que produjo en la doctrina y en la jurisprudencia nacional la sanción de la ley 24.522 en el año 1995 —y que posiblemente trascenderá su vigencia— fue el de constituirse en una verdadera bisagra histórica en cuanto a la ruptura de los tabúes y miedos, terminando, con esa tradicional resistencia al cambio, permitiendo el ingreso a la escena falencial de un conjunto de institutos modernos y revolucionarios que cambiaron —sin posibilidad de retroceso— la forma de observar las crisis empresarias y los sistemas de búsqueda de caminos alternativos de solución.

10. Las leyes de emergencia 25.561, 25.563 y 25.589 y los paradigmas de "la protección de los deudores y de las empresas en la emergencia" y del "mantenimiento del nivel de empleo"

El principio de conservación de la empresa fue seguido de un modo firme —aunque adecuado a las cambiantes realidades derivadas de la profunda crisis por las que atravesó la Argentina en los años 2002 a 2005— por las leyes 25.561, 25.563 y 25.589 (Adla, LXII-A, 44; LXII-B, 1602; LXII-C, 2862), que incluyeron dentro de los paradigmas concursales "la protección de los deudores y de las empresas en la emergencia" y del "mantenimiento del nivel de empleo", disponiendo —por vía de normas de emergencia— la destrucción de los derechos de los acreedores en los procesos concursales, y normas disuasivas respecto de la disminución de los niveles de empleo, disponiendo fuertes sanciones y agravamiento de indemnizaciones en los casos de despidos de personal. (54)

(53) Ver VITTOLO, Daniel Roque, "Iniciación en el estudio de la Ley de Concursos y Quiebras n° 24.522", Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 1995; ídem, "Comentarios a la Ley de Concursos y Quiebras n° 24.522", Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 1998; "Concursos y Quiebras...", cit. ídem, "El nuevo régimen concursal...", cit. ídem, "Elementos del Derecho Concursal...", cit.; RIVERA - ROITMAN - VITTOLO, "Ley de Concursos y Quiebras...", cit.; entre otros.

(54) Ver al respecto ALBARRA, Héctor, "La emergencia, el derecho concursal y otros alcances", Ley 25.563", LA LEY, Suplemento de Concursos y Quiebras, 05/04/2002; "La emergencia, el derecho concursal y otros alcances", LA LEY, Suplemento Especial Emergencia Económica, abril 2002; "Nue-

(Véase de pag. 87)

6.1. La ley 25.561

Con fecha 6 de enero de 2002, y ante la decisión política de devaluar la moneda y salir de la convertibilidad dispuesta por la ley 23.920 (Adla, L-I-B, 1752), el Congreso Nacional sancionó una Ley de Emergencia pública en materia social, económica, administrativa, financiera y cambiaria, hasta el 10 de diciembre de 2003, luego postergada hasta el 31 de diciembre de 2006.

Las normas contenidas en la ley 25.561 rompieron todo el andamiaje constitucional de derechos y garantías, lesionando mortalmente el crédito, la seguridad jurídica, y el tráfico mercantil; y paralizaron los pedidos de quiebra, los concursos y las ejecuciones.

6.2. La ley 25.563

Pocos días después de la sanción de la ley 25.561, el Gobierno nacional insistió en ampliar el concepto de "emergencia" y las medidas; y luego de un arduo debate, más periodístico que parlamentario, el Honorable Congreso de la Nación, con fecha 30 de enero de 2002, sancionó el camaleónico proyecto que naciera en su seno como una mera suspensión circunstancial de juicios y ejecuciones por un término de 180 días y que, por artificio de los avatares parlamentarios y de la reforma constitucional de 1994, en forma increíble, y de la mano de astutos artifices, terminó constituyéndose en el Senado una nueva declaración de emergencia, más grave aun —quizás— que la dictada por vía de la ley 25.561. La ley fue promulgada el 14 de febrero de 2002 mediante el dec. 318/2002 (Adla, LXII-B, 1502), y profundizó las reformas al régimen concursal. (55)

6.3. La ley 25.589

Apenas tres meses después de sancionada la ley 25.563, el Congreso nacional volvió atrás sobre sus pasos y regresó al régimen de la ley 24.522; aunque sin poder evitar efectuarle retoques asistemáticos, practicando algunas reformas parciales —pero significativas— al texto original.

En el camino, la reforma mantuvo dentro del régimen algunos aspectos que jugaban fuertemente en materia de conflictos judiciales; entre ellos, la prolongación en el tiempo de la

declaración del estado de emergencia productiva y crediticia y la obligación por parte del Banco Central de reglamentar la eliminación de toda restricción que de "...cualquier modo impida, obstaculice o encarezca el acceso al crédito de las personas físicas y/o jurídicas concursadas...", la instrumentación de "...una línea de descuentos destinada a entidades financieras que asistan a empresas concursadas que se encuentren en la etapa prevista en el art. 43 de la ley 24.522...", y para que las empresas concursadas o fallidas con continuidad de la explotación "puedan contratar libremente con el Estado nacional..." (56)

6.4. La ley 25.570 y el paradigma de la "protección del acervo cultural"

La situación de emergencia y las crisis empresarias de los primeros años del siglo XXI en la Argentina, generaron en el Poder Ejecutivo y en los legisladores una cierta inquietud referida a la posibilidad de que inversores extranjeros, aprovechándose de la situación de crisis de la economía argentina, persiguieran tomar posiciones en el mercado de nuestro país mediante la adquisición de empresas que desarrollaran su actividad en el ámbito informativo, de radiocomunicación y de publicidad.

Mediante la sanción de la ley 25.750 (Adla, LXIII-D, 3817) se estableció —entonces— que el procedimiento y las disposiciones reguladas por el art. 48 de la ley 24.522, en la redacción establecida por el art. 13 de la ley 25.589, no regirán para los medios de comunicación enumerados en el art. 3º de la ley, en la medida que fueran de propiedad nacional conforme a la definición que al respecto contiene el art. 2º del mismo cuerpo legal.

De tal modo: a) los diarios, revistas, periódicos y empresas editoriales en general; b) los servicios de radiodifusión y servicios complementarios de radiodifusión comprendidos en la ley 22.285 (Adla, XL-D, 3902); c) las productoras de contenidos audiovisuales y digitales; d) las proveedoras de acceso a Internet; y e) las empresas de difusión en vía pública que a su vez sean de la titularidad de personas jurídicas constituidas y domiciliadas en el país e integradas mayoritariamente por ciudadanos argentinos, o que sean de titularidad de personas jurídicas constituidas en el exterior o en el país controladas directa o indirectamente por personas físicas de nacionalidad argentina, y

domiciliadas en el país, quedan excluidas del régimen de salvataje empresario previsto en el art. 48 de la ley 24.522.

Si las personas jurídicas titulares de estas empresas no llegaran a alcanzar un acuerdo satisfactorio en los procedimientos concursales, deberán ser declaradas en quiebra; salvo que —a solicitud de la concursada— se efectúe una propuesta de participación directa o indirecta de empresas extranjeras, lo que será previamente autorizado por el Poder Ejecutivo.

V. La ley 26.086 y el paradigma de "la defensa de los derechos de los trabajadores en los procesos de crisis"

La reforma introducida por la ley 26.086 (Adla, LXVI-B, 1368) a la ley 24.522 en materia del tratamiento de las relaciones laborales, fue sancionada bajo la proclama de perseguir "la defensa del derecho de los trabajadores en los procesos de crisis" un paradigma —según la visión de los legisladores— que aparentemente habría sido olvidado y postergado dentro del Régimen Concursal Argentino. (57)

Si bien esta ley modificó fuertemente el régimen original, en realidad no puede evaluarse —desde nuestro punto de vista— como beneficioso de los derechos de los trabajadores; menos aun para la empresa concursada y su posibilidad de rescatar el emprendimiento productivo. (58) Y ello por varios motivos.

a) La sobrecarga de la actividad del síndico —informe inicial, informes mensuales, planes de pago— generó más conflictos que beneficios en la medida de que se le plantearon al funcionario misiones de muy difícil cumplimiento.

b) La ampliación de la enumeración de los supuestos de pronto pago en realidad atentaron contra los derechos de los trabajadores acreedores, pues incorporaron conceptos no "alimentarios" a la distribución entre los acreedores laborales. (59) En perjuicio de los ingresos de fondos para atender a los pagos de la planta activa de trabajadores de la empresa concursada.

c) Establecer la obligación judicial de dictar una providencia que ordene el pronto pago "de oficio" tampoco agregó mucho, ya que aunque el juez así lo ordene, si el trabajador no viene a reclamar su pago, el mismo no podrá efectuarse.

d) La afectación de los fondos líquidos del deudor para el pago íntegro de los "prontos pagos" es realmente la verdadera ventaja que la reforma otorgó al acreedor laboral reclamante; claro está que ello fue —y es— en desmedro del resto de los trabajadores y de los acreedores que verán empumada la posibilidad de continuación del emprendimiento productivo y de la empresa en su giro ordinario.

e) La eliminación del fuero de atracción no favoreció al trabajador, en la medida en que postergó su derecho en el concurso.

En nuestra opinión, la reforma fue sumamente negativa, y no estuvo alineada con el paradigma que proclamaba consagrar. Ni siquiera sirvió —debe reconocerse— para el otro paradigma no proclamado —y subyacente—, que era el de "la defensa de los derechos de los acreedores laborales"; y no de los "trabajadores", como se había declamado.

VI. Los nuevos paradigmas concursales en la ley 26.684: "el principio de conservación del desenvolvimiento de la actividad productiva" y el "fomento de la reconversión de las relaciones laborales en formas asociativas independientes para el rescate de empresas en crisis"

La gran novedad que trae la ley 26.684 (Adla, LXX-C, 2343) es el cambio de dos de los paradigmas: el de la "conservación de la empresa en crisis" —que se había instalado nuevamente, de hecho, al quedar superada la situación de emergencia general en el país— y el de "la protección de las relaciones laborales y del empleo" —paradigma derivado de la fusión de los paradigmas de las leyes de emergencia 25.561, 25.563 y 25.589, y la ley 26.086—, sustituyéndolos por otros dos nuevos principios rectores dentro del régimen concursal: el primero es el de "fomento de la reconversión de las relaciones laborales en formas asociativas independientes para el rescate de empresas en crisis", y el otro, que podrá denominarse "el principio de conservación de la actividad productiva". (60)

El principio de "fomento de la reconversión de las relaciones laborales en formas asociativas independientes para el rescate de empresas en crisis" viene a reemplazar el principio de "protección de las relaciones laborales y el empleo"; y el principio de "conservación de la actividad productiva" reemplaza al principio de "conservación de la empresa en crisis". (61)

NOTAS

va reforma a la Ley de Concursos y Quiebras. Ley 25.589. LA LEY. Número especial del Suplemento de Concursos y Quiebras. Reformas a la ley de concursos. (ley 25.589). Doctrina - Debate parlamentario. 14/6/2002; ALTERINI, Jorge H. - CORNA, Pablo M. y VAZQUEZ, Gabriela A. "El equívoco art. 16 de la ley 25.563, con especial referencia a la supuesta nulidad prevista en su párrafo final. Intento de una interpretación integradora que no desajuste el tráfico jurídico". ED, 18/4/2002; AMBROGGI, Guillermo. "La ley 25.589 y el derecho transitorio". LA LEY, 2002-D, 1198; ARECHA, María - DASSO, Ariel A. - NISSEN, Ricardo A. y VITTOLO, Daniel R. (coords.). "Conflictos actuales en sociedades y concursos", IX Jornadas de Institutos de Derecho Comercial de la República Argentina. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2002; BOQUIN, Gabriela. "Breve comentario sobre la reforma de la Ley de Concursos y Quiebras". RSC, n.º 14. Ad-Hoc, Buenos Aires, enero/febrero, 2002; BORETTO, Mauricio. "Las facultades legales del juez concursal con respecto a la homologación de la propuesta de acuerdo preventivo de quita y espera". ED, 3/5/2002; DASSO, Ariel A. "La reforma de la Ley de Concursos y Quiebras: transitoria y conflictiva". Doctrina Societaria y Concursal, n.º 12, marzo 2002, p. 909; "La contrarreforma de la ley de quiebras en la emergencia. Ley 25.589". LA LEY, 2002-C, 1313; "La reforma de la ley de quiebras en el marco de la emergencia". LA LEY, 25/2/2002 y Antecedentes parlamentarios, n.º 2, marzo 2002, p. 631; "Ley 25.569 de reformas al régimen de concursos y quiebras. Comentada, anotada y concordada". Ad-Hoc, Buenos Aires, 2002; DI TULLIO, José A. "La emergencia en los concursos". Adla, Bol. N.º 475; ESPARZA, Gustavo. "Breve estudio de las reformas a la Ley de Concursos y Quiebras. Ley 24.522 introducidas por la ley 25.563". JA, 2002-I, Fascículo n.º 11, p. 3; FARGOSI,

Horacio P., y RUSSO, Mariana. "Reforma de la ley concursal". LA LEY, 2002-D, 967; FARGOSI, Horacio P. "Salvataje de empresa y seguridad jurídica". LA LEY, 2002-D, 1442; "Sólo reforma de la ley 24.522". LA LEY, 2002-C, 995; FERRARO, Jorge M. "La reforma a la Ley de Quiebras (ley 25.563) y la suspensión de las ejecuciones con garantía prendaria". LA LEY, 2002-B, 891; JUNYENT BAS, Francisco, y MOLINA SANDOVAL, Carlos A. "Reforma de la ley concursal: la derogación de la ley 25.563. El nuevo período de exclusividad y el regreso del hijo prodigo (crashdown)". Ley 25.589". LA LEY, 2002-D, 1468; MORO, Carlos E. "Nueva Ley de Quiebras". ED, 3/6/2002; PORCELLI, Luis A. "No homologación del acuerdo preventivo. Propuesta abusiva o en fraude a la ley". LA LEY, 2002-D, 978; PRONO, Ricardo S. y PRONO, Mariano R. "La novísima legislación de concursos y quiebras. Algunas consideraciones sobre la ley 25.589". LA LEY. Número especial del Suplemento de Concursos y Quiebras. Reformas a la Ley de Concursos (ley 25.589). Doctrina - Debate parlamentario, 14/6/2002; RUBIN, Miguel E. "Las nuevas atribuciones del juez del concurso respecto del acuerdo preventivo según la ley 25.589. Un hito en la evolución del derecho concursal argentino". ED, 9/8/2002; VITTOLO, Daniel R. - TRUFFAT, E. Daniel - VAISER, Lidia - LORENTE, Javier - DASSO, Ariel A. y KLEIDERMACHER, Arnoldo. "Emergencia crediticia y reformas al régimen concursal argentino". Ad-Hoc, Buenos Aires, 2002.

(55) Derivamos —por razones de espacio— la explicación de las reformas a VITTOLO, Daniel Roque. "El nuevo régimen concursal...", cit.

(56) Derivamos —por razones de espacio— la explicación de las reformas a VITTOLO, Daniel Roque. "El nuevo régimen concursal...", cit.

(57) Puede verse BENDERSKY, Lázaro Natalio. "Reforma al régimen de Concursos y Quiebras". Ediciones Jurídicas, Buenos Aires, 2006; CAMANO ROSA, "Análisis de la reforma de la Ley de Concursos y quiebras". Factor, Publicación Semanal de Comercio y Justicia, Córdoba, Año II, N.º 102, p. 11 y ss.; CORNAGLIA, Ricardo J. "El acceso a la jurisdicción laboral y la reforma plasmada en la ley 26.086". La Ley Actualidad, 20/04/2006, I; D'ALESSIO, Ignacio. "La realidad judicial y la insolvencia. Una reforma necesaria a la ley de concursos y quiebras. Breve comentario". ED, 09/05/2006; DI TULLIO, José Antonio. "Teoría y práctica de la verificación de créditos". Lexis Nexis, Buenos Aires, 2006; GRAZIABLE, Darío J. "Suspensión de acciones y fuero de atracción en el concurso preventivo. Versión 2006 (ley 24.522, reformada por la ley 26.086)". Lexis Nexis 31/5/06; 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". Lexis Nexis N.º 0063/012560; JUNYENT BAS, Francisco. "Reflexiones sobre la ley 26.086: ¿Un nuevo cambio de reglas en materia concursal?". Lexis Nexis N.º 0063/70623319-1; MARCHIONATTI, Fernando - GERBAUDO, Germán E. "Ley 26.086. Aportes sobre la reforma concursal". DJ, 31/05/2006, 360; SOSA, Toribio E. "El fuero de atracción en la ley 26.086". LA LEY, 2006-D, 908; TON, Walter. "Pobre ni empresario querido. Reforma de la ley de concursos y quiebras". L. Gran Cuyo 2006 (mayo), 415; entre otros.

(58) Puede verse GRAZIABLE, Darío J. "Tercera reforma concursal del siglo XXI. Ley 26.086". Práctica y Actualidad Concursal (P.A.C.), Errepar, t. I, julio 2006; DASSO, Ariel A. "La reforma concursal de la ley 26.086: Un remedio preventivo menos

concurral y nada atractivo". D.S.C. Errepar, t. XVIII, p. 517; JUNYENT BAS, Francisco - MOLINA SANDOVAL, Carlos. "Reforma de la ley de Concursos y Quiebras". Lexis Nexis, Buenos Aires, 2006, p. 71; VITTOLO, Daniel Roque. "Fantasía y realidad en la reforma de la ley 26.086 a la Ley de Quiebras". Adla, 2006-B, 2360; MARCHIONATTI, Fernando - GERBAUDO, Germán E. "Ley 26.086. Aportes sobre la reforma concursal". DJ, 31/05/2006, 360; MORO, Carlos E. "Ley 26.086. Concursos y Quiebras. Modificación de la ley 24.522". Ad Hoc, Buenos Aires, 2006, p. 81; JUNYENT BAS, Francisco y BERARDO Mónica. "Los nuevos ejes del fuero de atracción". Otra vuelta de tuerca sobre el pronto pago y la competencia laboral". LA LEY, 2006-B, 1133; JUNYENT BAS, Francisco - FLORES, Fernando. "Las recientes reformas a la Ley de Concursos y Quiebras: consecuencias prácticas de su aplicación". Errepar, 11/04/06; CAMANO ROSA. "Análisis de la reforma de la Ley de Concursos y quiebras" Comercio y Justicia, 12/05/06, p. 11.

(59) No parece adecuado privilegiar el pago de las mitas o sanciones por no haberse entregado el certificado de trabajo —por dar un ejemplo— frente a los salarios ordinarios de la planta de personal, o las deudas por salarios impagos, o indemnizaciones ordinarias.

(60) Ver VITTOLO, Daniel Roque. "Ley de Concursos y Quiebras reformada"; ídem, "Derecho Concursal. Mecanismos de prevención y resolución de la insolvencia bajo la ley 24.522 con las reformas de las leyes 25.561, 25.563, 25.589, 26.086 y 26.684...", cit.

(61) Ver VITTOLO, Daniel Roque. "El salvataje cooperativo...", cit.; ídem, "El nuevo régimen de pronto pago de los créditos laborales en el

Vemos estas dos cuestiones a continuación.

1. El fomento de la "reconversión de las relaciones laborales en forma asociativas independientes para el rescate de empresas en crisis"

La ley 26.684 —en lo sustancial— a lo que apunta es a establecer y diseñar un régimen de participación de las cooperativas de trabajo conformadas por trabajadores de una empresa —o de uno o varios establecimientos— o por acreedores laborales de la misma, en los casos de crisis, con el objetivo de que, o bien mediante el mecanismo del salvataje previsto por los arts. 48 y el nuevo art. 48 bis, para los casos de concursos preventivos; (62) o bien a través de los mecanismos de adjudicación de la empresa —o de uno o más de sus establecimientos— en caso de quiebra, conforme a lo dispuesto por los arts. 203, 203 bis y 205 —sustituyan al empresario fallido en la actividad empresarial y asuman el desarrollo de la actividad bajo un régimen cooperativo, utilizando para ello los créditos de que resulten titulares de un modo simulado frente al concurso, o de un modo eventualmente efectivo en caso de quiebra. (63)

La manera en la cual el sistema ha sido diseñado importa un giro sustancial en los conceptos relacionados con el Derecho de la Insolvencia, pues importa privilegiar un único modo de conservación de la actividad empresarial frente a los demás posibles, incluida la explotación de la empresa por parte del titular originario de dicha explotación —el deudor concursado— o de otros terceros.

Ahora bien, en relación con el segundo paradigma, debe tenerse presente que, bajo la ley 26.684, no se trata ya en los casos de salvataje, de continuación de la explotación o en la adjudicación de la empresa —o de uno o más establecimientos— de intentar conservar la "empresa", sino de conservar el *desenvolvimiento de la actividad productiva*.

Tampoco se trata de proteger las relaciones laborales correspondientes a los trabajadores que le prestan servicios al deudor en su empresa, sino de intentar a dejar de lado esas relaciones laborales y abandonar la relación de dependencia, para asumir un rol protagónico cooperativo y acceder a la explotación de la empresa por medio de una cooperativa de trabajo —donde desaparezcan las "relaciones laborales"—.

Esta diferencia es algo fundamental, en la nueva impronta concursal, pues consagra un nuevo paradigma que reemplaza al anterior.

2. El nuevo paradigma de la "conservación del desenvolvimiento de la actividad productiva"

Recordemos que la empresa, en definitiva, no es más que un conjunto de elementos de la más variada condición y naturaleza, los cuales bajo un régimen de organización —establecido por el empresario— se afectan

funcionalmente a una determinada actividad económica, consistente en la producción, comercialización o intercambio de bienes y servicios para el mercado.

La empresa es, entonces, un resultado de la actividad creativa del empresario y tiene por características fundamentales: i) la *organización* y ii) la *actividad*, en la medida que la suma de elementos estáticos o dinámicos que la componen adquieren, a través de dicha organización funcional, una entidad mayor, y un valor superior y distinto al que representan el conjunto de los mismos por su sola suma.

Integran la empresa de esa forma los bienes materiales, los inmateriales, las relaciones laborales, los derechos, el personal, la clientela, la inserción o participación en determinados mercados, las funciones de producción y comercialización, la capacitación, las expectativas de ganancias y beneficios, y otros. Lo que ocurre es que, por una suerte de comodidad verbal, se ha tendido a identificar, o más precisamente tratar de identificar, la figura de la empresa, olvidando que la organización funcional de los elementos de los que el empresario dispone para el ejercicio de su actividad comercial o industrial no alcanzan para adquirir una propia identidad, ni para fundirse en el sujeto de derecho que desarrolla el objeto. (64)

A diferencia de lo que ocurre con el salvataje previsto en la ley 24.522 o en los regímenes de continuación de la explotación y de liquidación de la empresa en marcha —o de uno o más establecimientos— bajo aquella norma, en la impronta de la ley 26.684 y su promoción de los mecanismos de salvataje cooperativo, continuación y liquidación de la empresa y sus activos a favor de cooperativas de trabajo, **no hay —en sentido estricto— "conservación de la empresa", sino "conservación de la actividad", pues la que continúa actuando no es la "empresa en sí misma", sino "otra empresa diferente —y con otra organización también diferente—: una sociedad cooperativa.**

Dicho de otro modo: **la actividad de producción de bienes o de servicios que desarrollaba la concursada —en el art. 48 bis— o la fallida —en los arts. 189 y siguientes, 203, 203 bis y 205— no continúa bajo la titularidad ni bajo la organización determinadas por el deudor concursado o fallido o de un tercero, (65) sino que la actividad es continuada:**

i) **bajo una nueva estructura;**

ii) **con diferente organización; y**

iii) **con distintos fines. (66)**

En efecto:

i) En el salvataje cooperativo del art. 48 bis la cooperativa no sucede a los accionistas o socios de la sociedad concursada en la titularidad del capital social de la misma, sino que se convierte en sucesora a título individual de las obligaciones concursales correspondientes a los acreedores que presta-

ron su conformidad con el acuerdo, dejando —aparentemente— una sociedad residual con el resto de las obligaciones concursales —aunque no sabemos aún con qué activos o mediante cuáles ingresos asumirá el pago del acuerdo homologado—. Esta posición se ve confirmada por el proyecto de ley "correctiva" cuando —en un intento de enmendar algunos defectos de redacción y conceptuales en que incurrió la ley 26.684— dispone, por una parte, que "...la cooperativa asumirá todas las obligaciones que surjan del acuerdo homologado..." y, por otra parte, que una vez inscripta definitivamente la cooperativa, "...el juez deberá ordenar al Registro Público de Comercio que proceda a cancelar la inscripción de la sociedad concursada...".(67) En el régimen del art. 187, lo que la cooperativa puede ofrecer a la quiebra es la celebración de "contrato", de donde no hay una sustitución de la figura del empresario ni se mantiene la misma organización, sino que, por el contrario, bajo el contrato que se celebre —normalmente el de la "locación del fondo de comercio" o de "bienes determinados"— un nuevo empresario —la cooperativa— se sirve de los activos de la fallida para desarrollar una actividad propia con el mismo o con otro personal, y con el mismo u otro perfil de negocios, quedando vinculada con la quiebra sólo por la conservación de los bienes locados, y el pago del canon correspondiente —ver art. 187, párrafos 2 y 3 de la ley 24.522 en la versión de la ley 26.684—.

ii) Bajo las normas de los arts. 189, 190 y 191, la continuación de la explotación también se lleva a cabo bajo una organización de explotación diferente de la que llevaba el propio empresario, a punto tal que es exigencia legal que la cooperativa presente un "... plan de explotación conteniendo las proyecciones referentes a la actividad económica que desarrollará...". Adicionalmente, cuando es la cooperativa de trabajo la que continúa con la explotación, las obligaciones legalmente contraídas por el responsable de la explotación no gozan de la preferencia de los acreedores del concurso —excepción consagrada por el art. 192, inciso 5, párrafo 2—.

iv) La cooperativa no continúa al fallido en su carácter de "empleador" bajo el régimen de reconducción del contrato de trabajo cuando hay continuación de la explotación en la quiebra, y el mecanismo que regula el derecho a percibir haberes cuando no renuncia efectivamente la labor no es de aplicación en los casos en que la continuación de la explotación se encuentre a cargo de la cooperativa —ver el art. 22 de la ley 26.684 que modifica el texto del art. 196 de la ley 24.522—.

v) Tampoco —en caso de adjudicación de la empresa— o de uno o más establecimientos— a la cooperativa de trabajo, éste será considerada sucesora del concurso con respecto a los derechos laborales de los trabajadores cuya relación se mantuvo en el período de continuación —ver art. 24 de la ley 26.684 que modifica el art. 199 de la ley 24.522—.

vi) Finalmente, el nuevo titular de la actividad por adjudicación de la empresa —o de uno o más establecimientos— ya no será más una sociedad comercial en el salvataje cooperativo, o una sociedad comercial, una asociación civil o un comerciante que persiga el desarrollo de una actividad con fines de lucro, bajo una organización "empresarial", sino que el nuevo "desarrollador de la actividad" será una *sociedad cooperativa*, es decir, una entidad fundada en el esfuerzo propio y la ayuda mutua para organizar y prestar servicios, cuyo fin es distribuir los excedentes de su actividad en proporción al uso de los servicios sociales —y en el caso específico de las cooperativas de trabajo la distribución se efectúa en razón del trabajo efectivamente prestado por cada asociado, según el art. 42, inc. 5.b) de la ley 20.337—, y que no desarrollan actos de comercio ni actividad comercial alguna, sino "actos cooperativos".—ver arts. 1, 2 y 4 de la ley 20.337—.

Como puede advertirse, lo único que se mantiene incólume bajo los diversos procedimientos "cooperativos" previstos en la ley 26.684 es el *desenvolvimiento de la actividad productiva*, pues cambian radicalmente:

i) la *organización* —deja de ser una organización piramidal para constituirse en una organización horizontal—; (67)

ii) la *estructura* —deja de ser una estructura cerrada para convertirse en una estructura abierta—; (68)

iii) los *métodos de producción* —dejan de existir el propietario que suministra el capital y en la cooperativa de trabajo se produce con financiamiento absolutamente externo—; (69)

iv) las *relaciones internas* de los propietarios de la organización —no existen más un empleador y sus empleados, sino que todos los miembros de la cooperativa son *cooperativistas*—; (70)

v) las *relaciones entre la cooperativa y los terceros* —dejan de ser actos de comercio para convertirse en *actos cooperativos*; (71) y

vi) los *finés perseguidos* en la actividad de producción de bienes y servicios para el mercado, que dejan de ser especulativos —es decir, bajo el ánimo de generar el lucro— para devenir en una *función social de ayuda mutua y fomento de la educación*, estructurándose mediante un esquema asociativo abierto a todos aquellos que quieran sumarse al emprendimiento, con incapacidad de derecho para generar empleo, dado que no pueden ser empleadores —salvo casos excepcionales—; (72)

Prácticamente todas las normas diseñadas por el legislador de la ley 26.684 tienden —en concreto— a la agudización de la crisis del deudor concursado para derivar en soluciones en las cuales los trabajadores en actividad o los acreedores laborales —agrupados en cooperativas de trabajo conformadas a tal efecto— obtengan preferencias para tomar

(Continúa en pag. 8)

NOTAS

Concurso Preventivo bajo la ley 26.684; Doctrina Societaria y Concursal, Suplemento especial, Ed. Etepar, Agosto de 2011.

(62) GEBHARDT, Marcelo y FAVIER DUBOIS (h.), Eduardo Mario, señalaron interesantes reflexiones sobre el salvataje cooperativo en el curso de la Jornada organizada por la Fundación para la Investigación y Desarrollo de las Ciencias Jurídicas el día 29 de junio de 2011, en la ciudad de Buenos Aires.

(63) Sobre estos mecanismos es muy interesante lo expresado por RUBÍN, Miguel E., "Las reformas a la Ley de Concursos y Quiebras del año 2011 y el fenómeno de las cooperativas de trabajo", artículo remitido gentilmente por mail por el autor.

(64) Ver en este punto VITTOLO, Daniel Roque, "Iniciación en el Estudio del Derecho Mercantil y de la Empresa", Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 2001, la Reimpresión.

(65) Ver DASSO, Ariel A., "La inmortalidad de la empresa por vía de la cooperativa de trabajadores de la empresa", Doctrina Societaria y Concursal, Etepar, julio de 2011; JUNYENT HAS, Francisco, "La reforma del ordenamiento concursal introducida por la ley 26.684", ED, 13/7/2011; idem "Las reformas a la ley concursal en materia de salvataje", LA LEY, 5/9/2011; GRAZIANO, Darío y VILLOLDO, Marcelo, "Breve análisis exegético de la ley 26.684 - modif. L 24.522", Doctrina Societaria y Concursal, Etepar, agosto 2011; CASADÍO MARTÍNEZ, Claudio A., "Introducción al análisis de la nueva ley de concursos y quiebras. La reforma por ley 26.684", Doctrina Societaria y Concursal, Etepar, agosto 2011; entre otros.

(66) Sobre este tema puede verse VITTOLO, Daniel Roque, "La incorporación del salvataje cooperativo al régimen concursal", LA LEY, 2011-D, 815; idem lo sostenido en los foros

sobre la reforma realizadas el 29 de junio de 2011 en la Fundación para la Investigación y Desarrollo de las Ciencias Jurídicas, y el 12 de julio de 2011 en el Salón Azul de la Facultad de Derecho de la UBA.

(67) Según los principios esenciales aprobados por la Alianza Cooperativa Internacional, de 1960, las cooperativas son organizaciones democráticas. Sus operaciones deben ser administradas por personas elegidas o designadas por medio de un procedimiento acordado por sus socios y ser responsables ante éstos. Los socios de las cooperativas primarias deben gozar de los mismos derechos de voto y de participación en las decisiones que afectan a la organización. Ver VERÓN, Alberto Víctor, "Tratado de las Cooperativas", Ed. La Ley, 2009.

(68) La adhesión a una sociedad cooperativa debe ser voluntaria y abierta a todas las personas que puedan hacer uso de sus servicios y

acepten las responsabilidades inherentes a su afiliación. Ver KESSELMAN, Julio, "Sociedades Cooperativas", Ed. Victor Zavalia, Buenos Aires, 1979.

(69) Ver SANZ JARQUE, Juan José, "Manual práctico y estatutos de cooperativas", Ed. Comares, Granada, 1995.

(70) REPETTO, Nicolás, "Lecciones sobre cooperación", Ed. Federación Argentina de Cooperativas de Consumo, 1944.

(71) Ver CORVALÁN, Alfredo, "Teoría general del acto cooperativo", LA LEY, 1986-A, 899; BALSANES, Juan Carlos, "El acto cooperativo", JA, Doctr. Rev. 5173 del 22/10/80; entre otros.

(72) Ver EWELL, Paul Roy, "Cooperativas hoy y mañana", Ed. Albenus, 1969.

(Véase de págs. 7)

el control de la empresa en crisis, ya sea sustituyendo al deudor original en el caso de concurso, continuando la actividad empresarial —temporaria o definitivamente— en la quiebra o —finalmente— resultando adjudicatario de la empresa o de uno o más de sus establecimientos en el procedimiento de liquidación falencial.

Lo cierto es que tanto el deudor concursado como sus trabajadores en actividad que no desean compartir esta experiencia cooperativa a la que los invita la ley 26.684, verán disminuidos y amenazados sus derechos, en razón del contenido de las nuevas disposiciones falimentarias.

Finalmente, cabe señalar que, a medida en que se propague la explotación empresarial por vía de cooperativas de trabajo, el empleo efectivo disminuirá, dado que quienes se suman al fenómeno cooperativo abandonarán el mercado del empleo y su carácter de empleados o trabajadores, para incrementar el universo de los cooperativistas; un universo que se guía por valores y principios no mercantiles y no incluidos en el Derecho del Trabajo, entre los cuales se encuentran:

a) la *ayuda mutua*: es decir, el accionar de un grupo para la solución de problemas comunes; (73)

b) el *esfuerzo propio*: la motivación, la fuerza de voluntad de los miembros con el fin de alcanzar metas previstas; (74)

c) la *responsabilidad grupal*: se trata del nivel de desempeño en el cumplimiento de las actividades para el logro de metas, sintiendo un compromiso moral cada integrante de la cooperativa con los asociados; (75)

d) un *régimen democrático de administración y gobierno*: es decir, organizados para la toma de decisiones colectivas por los asociados —mediante la participación y el protagonismo— en lo atinente a la gestión de la cooperativa; (76)

e) la *igualdad*: todos los asociados tienen iguales deberes y derechos; (77)

f) la *equidad*: a través de una justa distribución de los excedentes entre los miembros de la cooperativa; (78) y la

g) *solidaridad*: o sea, apoyar, cooperar en la solución de problemas de los asociados, la familia y la comunidad. (79)

Ello acentuado, especialmente, en las denominadas *cooperativas de trabajo* —que son a las que hace referencia la ley 26.684— (80)

VII. Conclusiones

Si bien la reforma incorporada a la ley 24.522 por la ley 26.684 puede estar bien intencionada, todo parece indicar que la redacción ha sido defectuosa y los nuevos institutos concursales no han sido bien diseñados.

Por otra parte, los nuevos paradigmas concursales no parecen verse reflejados en dicha normativa.

Tampoco hay en la ley, ni en sus fundamentos, referencia alguna al nuevo paradigma del Derecho Concursal contemporáneo, cual es el de la "restauración de las relaciones jurídicas, económicas, financieras y sociales afectadas por la crisis de la empresa", tesis que sostenemos, y que hemos adelantado en algunas conferencias, y respecto de la cual estamos preparando un trabajo particular. (81)

En este último tiempo el mundo ha cambiado de un modo vertiginoso; las crisis económicas y financieras —así como las catástrofes naturales que afectan a la economía, las finanzas y al sistema social— se generalizan y se suceden de un modo tan desconcertante que las reglas de convivencia se ven alteradas no sólo por estos acontecimientos, sino también por la impotencia que los gobiernos, los

estados y las comunidades tienen para dar cuenta de ellos.

El mundo está desorientado en relación con el rumbo a seguir, y sus dirigentes no pueden ser calificados hoy, lamentablemente como pilotos de tormenta. Van tan a la deriva como los sucesos.

La responsabilidad de la búsqueda de soluciones —entonces— para las crisis globales no es sólo de quienes gobiernan, de los economistas, ni de los hombres de negocios. Todos estamos llamados al trabajo para la superación de estos difíciles momentos, porque el mundo y la sociedad son responsabilidad de todos.

Pero en este campo somos los vinculados al Derecho Mercantil quienes estamos convocados a jugar un rol especial en lo que hace a imaginar, analizar y elaborar propuestas para la sanción de una legislación que regule —de un modo más efectivo, realista, moderno y adecuado— el fenómeno de las crisis empresariales. Adicionalmente, es deber de los legisladores no sólo escuchar lo que los hombres de Derecho vinculados a los fenómenos de insolvencia tenemos para decir, sino también tener en cuenta nuestras opiniones —y al menos evaluarlas— a la hora de decidir. ♦

NOTAS

(73) Ver COLACIOPPO, Vicente, "Sociedades Cooperativas", Ed. Contabilidad Moderna, Buenos Aires, 1967.

(74) Ver ALTHAUS, Alfredo, "Tratado de Derecho Cooperativo", Ed. Zeus, Rosario, 1977.

(75) Ver CUESTA, Elsa, "Manual de derecho cooperativo", Ed. Abaco, Buenos Aires, 2006.

(76) Ver VERÓN, Alberto Víctor, "Tratado de las Cooperativas...", cit.

(77) CORVALÁN, Alfredo Roque, "Derecho Cooperativo argentino", Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1985.

(78) CUESTA, Elsa, "Manual...", cit.

(79) Ver SALINAS PUENTE, Antonio, "El derecho cooperativo", Ed. Cooperativismo, México, 1954.

(80) FLEISE, Miguel, "Cooperativas de trabajo", Ed. Buyatti, Buenos Aires, 2006.

(81) La tesis sobre cómo es la regulación de insolvencia que se necesita en la actualidad, ya fue

puesta por nosotros en cuatro oportunidades: la primera en la Conferencia Inaugural del VII Congreso Nacional de Derecho Concursal y V Congreso Iberoamericano sobre la Insolvencia, Mendoza, el 4 de octubre de 2009; la segunda fue en la I Conferencia Internacional sobre Tendencias procesales en el Siglo XXI y Medios Alternativos de Solución de Conflictos, celebradas en la ciudad de Villa La Angostura, Provincia del Neuquén, los días 14, 15 y 16 de marzo de 2010; la tercera en la Conferencia Magistral Inaugural del V Congreso Argentino

Español de Derecho Mercantil, que tuvo lugar en la ciudad de Huelva, España, los días 26, 27 y 28 de mayo de 2010; y la cuarta en el Auditorio de la Banca di Roma, en Italia, en oportunidad de haberse celebrado el Congreso sobre "Deudor, Acreedores y Patrimonio: Legislaciones frente a frente. Algunas Reflexiones a Partir de la Obra 'Derecho Concursal Comparado' de Ariel Angel Dasso", organizado por la Universidad de Siena, Italia, los días 18 y 19 de febrero de 2011, en el cual tuvimos el honor de haber sido convocados como expositores.

JURISPRUDENCIA

ASENTIMIENTO CONYUGAL

Nullidad relativa de la constitución de hipoteca efectuada por el cónyuge titular del bien sin el asentimiento del otro. Posibilidad de confirmación posterior

Véase en página 9, Nota a Fallo

Hechos: Un hombre celebró un contrato de mutuo con constitución de hipoteca sobre un inmueble en el que habitaba con su ex esposa e hijos. Al celebrar el acto declaró ser soltero, por lo que omitió solicitar el asentimiento exigido por el art. 1277 del Cód. Civil. Aquella interpuso demanda solicitando la declaración de nulidad de la escritura en la que se constituyó el contrato. La sentencia de grado hizo lugar a la acción. La Cámara confirma tal decisión.

Es nulo de nulidad relativa el acto de constitución de hipoteca otorgado por el cónyuge titular del bien sin el asentimiento del otro, en los casos en los que lo exige el art. 1277 del Cód. Civil, pues carece de una condición necesaria para su eficacia, mas puede ser confirmado con posterioridad en forma expresa o tácita. [1]

115.757 — CNCiv., sala F, 2011/05/30. - P. de G. M. B. C. G. M. A. s./ nulidad de escritura.

Jurisprudencia Vinculada

[1] Ver también. Entre otros: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala A, "Fontenova, Humberto y otra c. S. A. J. y otros", 26/12/2005, LA LEY 30/03/2006, 30/03/2006, 10 - LA LEY 2006-B, 674, AR/JUR/7480/2006.

2ª Instancia. - Buenos Aires, mayo 30 de 2011.

Sobre la cuestión propuesta el doctor Galmarini dijo:

I. - La Sra. M. B. P. de G., por sí y en representación de sus hijos —en aquel entonces menores de edad—, L. V. D. L., R. C., T. A. y N. C. G. P., promovió la presente demanda contra M. A. G., J. O. A., C. M. G. y A. J. S., solicitando que se declare la nulidad de la escritura N° ... En su escrito inicial señaló que el 8 de noviembre de 1996 se suscribió ante el escribano A. J. S. la escritura pública N° ... pasada al folio ... del Registro ... de esta Ciudad. Que mediante dicho instrumento se celebró un contrato de mutuo por la suma de US\$10.700 que los codemandados A. y G. otorgaron al esposo de la actora, M. A. G., quien garantizó el préstamo gravando con un derecho de hipoteca en primer grado la unidad funcional N° 2 de la planta baja del edificio sito en la calle Y ... de esta ciudad.

Señaló que, aunque en el acto de celebración del mutuo el Sr. G. manifestó ser de estado civil soltero, a esa fecha estaba casado con la actora, quien junto a los hijos menores del matrimonio G. P. se encontraba viviendo en el inmueble antes referido, por lo cual no podía gravar el bien sin el asentimiento de su cónyuge, de acuerdo a lo prescripto en la segunda parte del art. 1277 del Cód. Civ.

La jueza de primera instancia hizo lugar a la demanda entablada, declarando la nulidad de la hipoteca de primer grado constituida sobre la unidad funcional N° 2, departamento "D", mediante la escritura pública N° ..., pasada ante el escribano A. J. S., titular del registro N° ... del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires.

Contra esta decisión, apelaron únicamente los codemandados A., G. y S. Fundaron su recurso de apelación a fs. 554/5, cuyo traslado fue contestado a fs. 564/9.

II. - En su memoria los recurrentes insisten en sostener que la coactora, M. P., habría prestado tácitamente su asentimiento para la constitución de la hipoteca cuya nulidad pretende. Afirmar

que la magistrada no ha valorado adecuadamente las constancias arrojadas al proceso.

En el caso no ha quedado acreditado y se encuentra fuera de discusión que el 8 de noviembre de 1996 se suscribió ante el escribano A. J. S. la escritura pública N° ..., pasada al folio ... del Registro ... de esta Ciudad. Que mediante dicho instrumento se celebró un contrato de mutuo por la suma de US\$10.700 que los codemandados A. y G. otorgaron al esposo de la actora, M. A. G., quien garantizó el préstamo gravando con un derecho de hipoteca en primer grado la unidad funcional N° 2 de la planta baja del edificio sito en la calle Y ... de esta ciudad.

Tampoco se halla controvertido que a la fecha de celebración del referido contrato de mutuo, en el inmueble sobre el que se constituyó la hipoteca residían la coactora, P. -esposa del demandado G. junto a los cinco hijos menores del matrimonio.

En el acto escriturario M. A. G. manifestó ser soltero, por lo cual no solicitó el asentimiento de su cónyuge, exigido por el art. 1277 del Código Civil, para gravar el inmueble, asiento del hogar conyugal, en el que residían hijos menores de edad.

Sobre el particular, coincido con el criterio sustentado por la magistrada de grado en el sentido de que el acto de constitución de la hipoteca otorgado por el cónyuge titular del bien, sin el asentimiento del otro, en los casos en que lo exige el art. 1277 del Cód. Civ., conlleva la nulidad de aquél. Aunque se trata de una nulidad relativa, establecida en interés del cónyuge que tuvo que prestar el asentimiento. Ello es así, ya que "si el asentimiento es condición de eficacia del acto de disposición, la falta de asentimiento implica la carencia de un presupuesto de validez, en cuanto integra el acto dispositivo que contiene" (Conf. Zannoni, Eduardo A., "Derecho Civil, Derecho de Familia, T. I, p. 639, n° 510, Astrea, Bs. As. 2006).

Lo expuesto no descarta que una vez otorgado el acto sin el asentimiento del cónyuge que debía prestarlo, este lo confirme (art. 1059 y s.s. del Cód.

Civ.), pudiendo esa confirmación ser expresa o tácita. La confirmación purga el vicio originario del acto" (Conf. Zannoni, Eduardo A., op. cit., T. I, pág. 639, n° 511; Jorge A. Mazzinghi, "Derecho de Familia", T. 2, p. 410, n° 345, Abaco, Bs. As. 1996).

Si bien los accionados insisten en afirmar que la coactora, P. asintió y confirmó reiteradamente la constitución de la hipoteca en cuestión, ello no pasa de ser una mera afirmación dogmática carente de todo respaldo probatorio, ya que de ninguna de las constancias obrantes en autos ni en los expedientes sobre ejecución hipotecaria y protección de persona, acompañados por cuerda a la presente causa, surge la acreditación de aquel extremo.

En efecto, lo relatado por la actora en el escrito de demanda en cuanto señaló que "el Sr. G. dejó de pagar las cuotas a partir del día 6 de febrero de 1997", la intimación de pago cursada a su domicilio en el marco del proceso sobre ejecución hipotecaria (fs. 34/7 del expje. N° 21.102/1997 que se tiene a la vista), y las actas de constatación e intimación de desocupación que la Sra. P. presentara en los autos "G. L. y otros/ protección de persona" (expje. N° 72.755/95 que se tiene a la vista) dan cuenta de que la actora tomó conocimiento de la existencia de la hipoteca en cuestión, pero de ningún modo acreditó que la demandante haya asentido la constitución de la hipoteca sobre el inmueble en el que habitaba junto a sus hijos, entonces menores de edad.

Por otra parte, las alusiones referidas al tiempo transcurrido entre el acto de constitución de la garantía hipotecaria y la promoción del presente proceso, así como las deducciones que efectúan los apelantes en cuanto refieren que resulta sugestivo que la actora no haya iniciado contra su cónyuge juicio de alimentos, aun careciendo de fondos, sólo constituyen meras conjeturas carentes de relevancia a los efectos de acreditar el extremo que invocan.

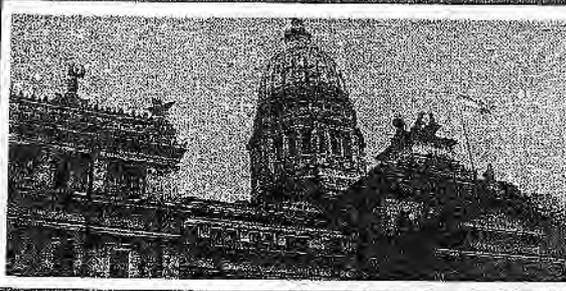
Consecuentemente, al no haberse logrado acreditar que la Sra. P. hubiera prestado su asentimiento para la constitución de la hipoteca cuya nulidad se reclama autos, y toda vez que los

29/3/17

Quiebran De Cesaris

CI

DOCTRINA JUDICIAL



DIRECTOR
ALEJANDRO BORDA

AÑO XXVI • NUMERO 17 • 28 ABRIL 2010

DOCTRINA

Forma de vencimiento y pago en los títulos cambiarios
Por **Carlos Molina Sandoval** 1071

NOTA A FALLO

La antigüedad del trabajador y las ficciones del derecho
Por **David Duarte** 1080

¿Procede el archivo de la causa con imputados?
Por **Guido Aguirre** 1092

ULTIMA INSTANCIA

Declaran in al concedido el recurso extraordinario por no haberse cumplido con la cantidad de renglones por página exigidos en la acordada 4/2007 1097

La defensa de los intereses de los habitantes de la provincia no autoriza la intervención de las autoridades del estado local en los términos del art. 43 de la CN 1097

Corresponde a la competencia originaria de la Corte el amparo promovido por la provincia de San Luis tendiente a que se declare la inconstitucionalidad de la prórroga de la emergencia pública 1100

Es al dependiente a quien le incumbe la carga de probar la incapacidad absoluta a que se refiere el art. 212, cuarto párrafo, de la LCT 1103

Las previsiones de los arts. 471 y 764 del C.P.P. de Córdoba no son de aplicación al recurso de casación incoado por quien pretende constituirse en acusador particular en proceso 1108

La doctrina que establece los intereses moratorios dispuestos en sentencias judiciales no generan cuestión constitucional que permita la apertura de la vía extraordinaria 1116

JURISPRUDENCIA

Abogado

Multa. Notificación al empleador de una deuda de un trabajador. Concusión que puso en compromiso la continuidad laboral del trabajador. Violación del derecho a la igualdad 1120

Prescripción

Suspensión de la prescripción. Cartas documentos. Valor probatorio 1121

Intereses

Tasa activa. Aplicación retroactiva de la doctrina del plenario "Samudio de Martínez" desde la mora hasta su efectivo pago. Disidencia parcial 1122

Competencia

Declaración de nulidad de decisiones asamblearias. Causas iniciadas ante distintos magistrados pero entre las mismas partes. Cuestiones conexas. Art. 188 del C.P.C. y C.N. 1125

Multipropiedad

Tiempo compartido. Facultades del administrador. Aumento de expensas. Aplicación de la ley 24.240. 1127

Contrato de trabajo

Despido. Causa injustificada. Dolencias físicas. Imposibilidad de brindarle tareas livianas 1133

Allanamiento de domicilio

Allanamiento sin orden judicial. Consentimiento del morador. 1139

OBSERVATORIO LEGAL

La nueva ley de mayoría de edad y la responsabilidad civil de los padres o representantes legales
Por **Martín A. Frúgoli** 1142

Ver Sumario completo en pág. I >>

